

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

**TEORIA DO CONTRATO
ADMINISTRATIVO**

**UMA ABORDAGEM HISTÓRICO-EVOLUTIVA
COM FOCO NO DIREITO BRASILEIRO**

São Paulo
2010

SEÇÃO 11 – SUPERAÇÃO DA TEORIA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Pelas idéias expostas nas Seções anteriores, nota-se que a teoria do contrato administrativo, já contendo alguns pontos criticáveis desde sua consolidação, resta insuficiente para explicar o fenômeno convencional da Administração, dado seu aumento de complexidade nos dias atuais. Nesta Seção, serão apresentadas considerações complementares de análise crítica da teoria. No entanto, há que se esclarecer que a referência à *superação* da teoria não significa sua total recusa ou negação, mas sim a indicação da necessidade de alteração de alguns de seus aspectos e de acréscimo de outros novos.

PLANO DA SEÇÃO:

108. Sistematização da análise crítica. 109. Crítica pela perspectiva estrutural. 110. Crítica pela perspectiva funcional. 111. Posicionamentos doutrinários no Brasil. 112. Desdobramentos das críticas. 113. Compreensão do regime de prerrogativas da Administração no Estado de Direito. 114. A tendência da Administração consensual. 115. Ressalvas a esta tendência.

108. Sistematização da análise crítica. Uma teoria justifica-se na medida em que seja apta a fornecer uma compreensão, com a maior precisão possível, do fenômeno que toma por objeto e, ao mesmo tempo, seja apta a colaborar com a preservação da essência desse objeto – reconhecendo-se, com esta última observação, que, especialmente por se referir à realidade humana, uma teoria, como a do contrato administrativo, exerce influência sobre o modo de ser da própria realidade que pretende explicar.

A teoria do contrato administrativo, cuja origem e evolução foram analisadas nas Partes anteriores deste trabalho, parece não mais poder se sustentar nos moldes tradicionais – como se passa particularmente no Brasil.

Com efeito, ela (i) não esclarece adequadamente a essência *estrutural* da figura do contrato, ao vislumbrar, de modo indevido, dentro da relação contratual, elementos próprios de situação jurídica objetiva que lhe é estranha; (ii) induz ao comprometimento da essência *funcional* do contrato, ligada à pacificação decorrente do respeito à confiança que se origina do acordo consensualmente estabelecido; e, (iii), tanto pela perspectiva estrutural, como pela perspectiva funcional, relaciona-se cada vez mais imperfeitamente com a complexidade crescente do fenômeno convencional da Administração.

Frise-se que se está a referir ao estágio atual da teoria. Reconhece-se, por outro lado, que nem sempre tenha sido assim.

Com efeito, a teoria surgiu em contexto institucional diverso, com o sentido de sistematizar elementos da prática já adotada, progressivamente, a partir de decisões do Conselho de Estado francês, as quais, por sua própria natureza, são mais sujeitas a mudanças decorrentes da necessidade de se oferecerem soluções adaptadas a cada um dos casos concretos, em diversos momentos históricos.

Porém, o tratamento dogmático dado à teoria do contrato administrativo – quando transposta ao Brasil e mesmo em sua evolução na França – acabou por lhe impor uma redução simplificadora e empobrecedora da construção original. Neste sentido, se se tomar o pensamento de Gaston JÈZE⁶⁷⁸ como pensamento fundador da teoria do contrato administrativo, verifica-se que sua construção possuía muitas sutilezas a mais do que a simplificação dogmática que, no senso comum, reduz a essência da teoria do contrato administrativo à afirmação das ditas “cláusulas exorbitantes”, ou seja, de um regime de poderes de ação auto-executória unilateral por parte da Administração, notadamente no tocante à rescisão ou alteração unilateral dos contratos, acompanhada, como contraponto, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Destaque-se um aspecto do que se vem de afirmar, porque importante para a compreensão dos desenvolvimentos seguintes: o caráter *auto-executório* da ação administrativa, que é a nota essencial do Direito público⁶⁷⁹, traz naturalmente em si um sentido de ação *unilateral*; mas dele não necessariamente decorrem todas as *prerrogativas de ação unilateral* descritas pela teoria do contrato administrativo.

Ademais, a teoria do contrato administrativo não foi concebida para uma explicação de todo o fenômeno convencional da Administração. Originalmente se entendia, por exemplo, que certos contratos por ela celebrados deveriam seguir as mesmas regras aplicáveis às relações entre partes privadas. No entanto, em certas transposições da teoria, como foi o caso brasileiro, parece ter-se perdido nitidez nessa idéia.

Aliás, no Brasil, pode-se mesmo ponderar que a formulação da teoria do contrato administrativo – desde seus primórdios e ao longo do século XX – perde em muito sua dimensão de *teoria* enquanto *ciência* do Direito, aproximando-se de *ideologia*, vez que se distancia do propósito de *conhecer e descre-*

678 Ver tópico 41.

679 Como visto nos tópicos 33 e 34.

*ver*⁶⁸⁰ a realidade observada e, em grande medida, pretende *conformar* condutas segundo as idéias que entende desejáveis, seja voltando-se à Administração em sua prática, seja voltando-se aos órgãos legislativos e jurisdicionais em sua atividade de criação do Direito⁶⁸¹.

Há que se reconhecer que a teoria do contrato administrativo tem sua lógica interna: encontrar justificativa para que se possa melhor defender “o interesse geral do funcionamento regular do serviço público”, para usar a expressão de JÈZE. Mas também há que se admitir que, em sua aplicação atual, está pondo a perder até mesmo tal função.

Impõe-se, pois, que se estimule a teoria a evoluir – e, ao mesmo tempo, a induzir a evolução da realidade jurídica a que se refere, compreendendo-se que seu objeto “transita em um meio dinâmico que evolui ao compasso das alterações tecnológicas e das exigências da economia social de mercado” –, todavia, sem alterar-se “o núcleo que fundamenta sua substância que não é outro senão a causa do interesse público relevante ou os fins públicos que persegue a função administrativa”, nas palavras de Juan Carlos CASSAGNE (2007:123).

Prossiga-se nesta análise crítica, primeiramente pelo aspecto estrutural, seguido do aspecto funcional, tomando-se a teoria do contrato administrativo em sua compreensão contemporânea no Brasil.

109. Crítica pela perspectiva estrutural. Do ponto de vista estrutural, o problema intrínseco da teoria é pretender esclarecer características de uma relação contratual por meio de elementos próprios do regime legal (situação jurídica objetiva) relativo ao objeto do contrato⁶⁸².

Nessa medida, acolhem-se os argumentos apresentados por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2008:698/702). Em suma, sustentam os autores, com o intuito de afastar um “grande equívoco” que subsiste quanto ao tema, que:

- a) “a prerrogativa de poder público por excelência” com a qual a Administração conta nos contratos administrativos é “*o privilégio da decisão unilateral e executória*, prévia ao conhecimento judicial,

que impõe ao contratante o dever de seu cumprimento imediato”. Todavia, esse “formidável poder” refere-se integralmente ao plano do *exercício* dos direitos, mas não ao *fundo* deles⁶⁸³;

- b) a “regra exorbitante por excelência”, que é o poder de alteração unilateral do contrato, ou bem, em verdade, é uma regra contratual que se poderia validamente incluir nos contratos civis em geral⁶⁸⁴ – observadas limitações legais, em especial o não rompimento da equivalência de prestações, não rompimento que também não ocorre no contrato administrativo, ante a indenização do contratante afetado –; ou bem se cuida, não de um poder contratual, mas do “genérico poder de sacrifício de situações patrimoniais de que a Administração é titular”.

Concluem assim Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2008: 701) que as características próprias dos contratos administrativos preservam o “esquema contratual de fundo tal como o configurou e depurou a técnica civil. Por outras palavras, segundo os citados autores, o “fun-

683 “Quer dizer que a Administração conta com um meio formal determinado de exercitar seus direitos no contrato que realmente excede as facultades próprias dos sujeitos privados, o meio da decisão executória, e que paralelamente o contratante particular se vê privado de outros meios que para o exercício de seus próprios direitos reconhecer-lhe-ia o Direito Civil [...]; mas, por importante que isso possa ser, e o é, sem dúvida, deixa absolutamente intactas as regras de fundo que definem os conteúdos obrigacionais do contrato. Se a Administração decidiu contrariamente a tais regras de fundo (por exemplo, se entende qualificar de descumprimento o que não é, ou pretende que se hajam produzido situações de resolução que não estão legalmente justificadas, ou se apropria da fiança sem razão obrigacional que o justifique, etc.), suas decisões serão anuladas pelos Tribunais contencioso-administrativos, posto que essas decisões somente têm um valor prévio e imediato (executoriedade), mas não um valor definitivo (firmeza), que somente a sentença contencioso-administrativa poderá declarar. Se trata, por isso, de uma simples introdução no contrato da mecânica geral do procedimento formal da Administração, mas sem afetar as regras de fundo próprias do dito contrato” (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, 2008:699) (“Quiere decirse que la Administración cuenta con un medio formal determinado de ejercitar sus derechos en el contrato que realmente excede de las facultades propias de los sujetos privados, el medio de la decisión ejecutoria y que paralelamente el contratista particular se ve privado de otros medios que para el ejercicio de sus propios derechos le reconocería el Derecho Civil [...]; pero, por importante que ello pueda ser, y lo es, sin duda, deja absolutamente intactas las reglas de fondo que definen los contenidos obligacionales del contrato. Si la Administración decidiese en contra de tales reglas de fondo (por ejemplo, si acuerda calificar de incumplimiento lo que no lo es, o pretende que se han producido situaciones de resolución que no están legalmente justificadas, o se apropria de la fianza sin razón obligacional que lo justifique, etc.), sus decisiones serán anuladas por los Tribunales contencioso-administrativos, puesto que esas decisiones sólo tienen un valor previo e inmediato (ejecutoriedad), pero no un valor definitivo (firmeza), que sólo la sentencia contencioso-administrativa podrá declarar. Se trata, por ello, de una simple introducción en el contrato de la mecánica general del proceder formal de la Administración, pero sin afectar a las reglas de fondo propias de dicho contrato”).

684 Os autores exemplificam com regras do Código Civil espanhol, v.g., sobre facultades do *dominus operis* no contrato de obra.

680 KELSEN, 1962-I:139.

681 Não se está negando, com esta constatação, o que já se afirmou no sentido de que a teoria científica, sobretudo aplicada a um fenômeno humano, exerça influência sobre o modo de ser de seu objeto de estudo. Apenas se está sugerindo que, no caso brasileiro especialmente, haja um uso marcadamente ideológico da teoria.

682 Uma análise propositiva mais detalhada desse aspecto será feita na conclusão do trabalho. Por ora, para fins da crítica que se formula, atente-se para os elementos presentes na formulação vigente da teoria.

do obrigacional do contrato [administrativo]” não deriva do Direito administrativo material, ainda que as “modulações” próprias do regime administrativo a ele atribuído possa “funcionalizá-lo em uma dada direção”, deixando intacto o fundo obrigacional⁶⁸⁵.

No mesmo sentido, apontando o fundamento não contratual das ditas “cláusulas exorbitantes”, mas sim lastreado no poder de ação unilateral próprio da Administração, posicionam-se Juan Carlos CASSAGNE (2007:138); Romeu Felipe BACELLAR FILHO (2006:412); Allan R. BREWER-CARIÁS (1992:47)⁶⁸⁶.

Isto não impede que realmente se pactuem, como observado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (na citação logo acima transcrita), *cláusulas contratuais* que estabeleçam certos poderes de ação unilateral para a Administração, mediante aceitação pela outra parte contratante⁶⁸⁷ – como de resto poderia acontecer entre duas partes privadas.

Em suma, pelo aspecto estrutural, não há distinção essencial entre contrato administrativo e contratos ditos privados⁶⁸⁸.

685 “Parece, pois, que se pode dar por definitivamente liquidada a etapa anterior na qual o contrato administrativo e o contrato privado eram considerados como realidades radicalmente diferentes e rigorosamente separadas. No âmbito da contratação dos entes públicos como em tantos outros, convivem já sem escândalo o Direito Administrativo e o Direito Privado. Qualquer contrato é capaz de refletir elementos de um e de outro, sem que por isso varie a essência do instituto contratual. Ocorre, simplesmente, que em certos contratos diretamente vinculados à ação ou atividade típica do órgão administrativo contratante (‘obras e serviços públicos’ no mais amplo sentido) os elementos jurídico-administrativos são mais intensos que em outros. Esses contratos se lhes chamam contratos administrativos e seu conhecimento se atribui à jurisdição contencioso-administrativa” (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, 2008:702) (“Parece, pues, que puede darse por definitivamente liquidada la etapa anterior en la que el contrato administrativo y el contrato privado eran considerados como realidades radicalmente diferentes y rigurosamente separadas. En el ámbito de la contratación de los entes públicos como en tantos otros, conviven ya sin escándalo el Derecho Administrativo y el Derecho Privado. Cualquier contrato es capaz de reflejar elementos del uno y del otro, sin que por ello varíe la esencia del instituto contractual. Ocorre, simplemente, que en ciertos contratos directamente vinculados al tráfico o actividad típica del órgano administrativo contratante (‘obras y servicios públicos’ en el más amplio sentido) los elementos jurídico-administrativos son más intensos que en otros. A estos contratos se les llama contratos administrativos y su conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa”).

686 Por essa razão, aliás, não cabe cogitar de “cláusulas exorbitantes” *implícitas*; o fenômeno que se poderia assim descrever é mais precisamente explicado invocando-se o regime posto de modo geral, em situações jurídicas objetivas, para a Administração. A este ponto voltar-se-á na conclusão (Seção 12).

687 Sobre essa hipótese, ver também Marçal JUSTEN FILHO (2010:418).

688 Lembre-se, aliás, a posição de DUGUIT (ver tópico 52), lançada contemporaneamente à proposição da teoria do contrato administrativo, afirmando veementemente a unidade da noção de contrato como “categoria jurídica” e imputando a oposição de contratos de direito público a contratos de direito privado à finalidade de se “dar uma aparência jurídica aos procedimentos mais ou menos hábeis pelos quais os detentores do poder tendem freqüentemente a se eximir de compromissos regularmente estabelecidos”.

Com isso não se quer dizer que a noção de “contrato administrativo” não exista no Direito positivo. Isto seria negar a realidade dos fatos, ante a existência de leis que a consagram e disciplinam.

Mas ocorre que tais leis – é o caso brasileiro – o fazem justamente pela incorporação dos dogmas doutrinariamente formulados acerca da teoria do contrato administrativo⁶⁸⁹.

Ou seja, esta opção de política legislativa é levada a termo de modo nem sempre coerente com a essência do contrato enquanto categoria jurídica. Portanto, a mesma crítica que permeia esta tese, no tocante à formulação contemporânea da teoria do contrato administrativo, cabe também quanto à decisão legislativa que acolhe o respectivo regime jurídico por influência da teoria.

110. Crítica pela perspectiva funcional. Pelo aspecto funcional, a teoria do contrato administrativo, bem como seu reflexo no Direito positivo – é o caso do Brasil – são potencialmente desestabilizadores da finalidade do contrato como instrumento de pacificação social decorrente do respeito à confiança derivada do consenso das partes.

689 Aliando esta ponderação, com a observação anteriormente feita (a partir do pensamento de GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ), note-se o seguinte trecho da obra de Guido ZANOBINI (1954:303): “De tudo isso é lícito concluir que o problema do contrato de direito público não é um problema abstrato, senão exclusivamente de direito positivo; que, por outra parte, sua importância é puramente formal porque, dado o caráter público dos poderes de que dispõe a administração quando atua no campo do direito público, a forma unilateral ou contratual dos atos de que se vale não tem influência nos efeitos correspondentes, os quais, em todos os casos, são aqueles inerentes ao caráter público do negócio jurídico e geralmente considerados a propósito dos atos administrativos unilaterais”. (“De todo esto es lícito concluir que el problema del contrato de derecho público no es problema abstracto, sino exclusivamente de derecho positivo; que, por otra parte, su importancia es puramente formal, porque, dado el carácter público de los poderes de que dispone la administración cuando actúa en el campo del derecho público, la forma unilateral o contractual de los actos de que se vale no tiene influencia en los efectos correspondientes, los cuales, en todos los casos, son los inherentes al carácter público del negocio jurídico y generalmente considerados a propósito de los actos administrativos unilaterales”). Quanto à expressão “negócio jurídico”, utilizada no trecho citado, esclareça-se que Guido ZANOBINI (1954:328/330) dá a “negócio de direito público” tratamento conceitual peculiar: partindo do conceito de negócio jurídico como ato que consiste em “declarações de vontade dirigidas a conseguir fins determinados, reconhecidos e protegidos pelo direito”, admite que existam negócios jurídicos em direito público, não os identificando necessariamente com contratos, mas antes com atos discricionários – ex.: uma ordem de autoridade visando a que se adote conduta determinada, ou uma concessão de serviço público.

No mesmo sentido, quanto à importância de contextualizar a compreensão do contrato administrativo no Direito positivo, pronuncia-se Gaspar ARIÑO ORTIZ (2002:32): “contrato administrativo *não é uma natureza essencial*, senão uma categorização ou qualificação jurídica circunstancial” (“contrato administrativo *no es una naturaleza esencial*, sino una categorización o calificación jurídica circunstancial”). Inútil buscar sua essência em abstrato. A qualificação jurídica de contrato como administrativo varia no tempo e se vincula ao entorno ideológico e político do momento, a definir prestações ou operações que, considerado o interesse público, tenham importância preponderante.

Com efeito, a *desconfiança* é inerente à idéia de que Administração tenha, por força de lei e independentemente do prévio consentimento das partes, prerrogativas de ação unilateral que operem em sentido contrário do respeito ao que consensualmente foi estabelecido numa relação contratual.

Ou seja, ainda que a outra parte contratante saiba – por não ignorar o que dispõe a lei – que tais prerrogativas assistem à Administração, isso não significa que se estabeleça uma situação de confiança. Pelo contrário, é a institucionalização da *desconfiança*.

Neste sentido, a análise do papel do Direito legislado em relação à proteção da *confiança* de seus destinatários – ou, em termos mais amplos, à proteção da *segurança jurídica* – não se esgota na constatação *formal* da existência de *clareza* no texto da norma. É preciso que se avance em uma verificação *material*, de efetiva garantia da *confiança* no teor da disposição normativa⁶⁹⁰.

Caso contrário, poder-se-ia chegar à paradoxal afirmação de que a segurança jurídica está garantida na medida em que claramente o Direito afirme – para que ninguém tenha dúvida disso – que a regra é a insegurança. Ou, no caso específico do contrato administrativo, à afirmação de que a outra parte pode ter plena confiança em que a postura da Administração, como parte no contrato, não seja confiável.

A constatação da inerência da *desconfiança* no regime do contrato administrativo, decorrente da respectiva teoria, implica a necessidade do reforço de sua interpretação finalística, nunca se perdendo de vista que, se as prerrogativas da Administração realmente existem em dado Direito positivo, são instrumentos da realização da função administrativa e não um fim em si mesmas.

Com esta última observação se quer destacar que, em termos de análise funcional, o contrato administrativo ao mesmo tempo possui a *função de contrato* e a *função administrativa*.

Entretanto, até mesmo se dirigido o foco do viés funcional para este sentido ínsito no consenso estabelecido convencionalmente *com a Administração* – o sentido de buscar-se o interesse público defendido pela Administração –, pode-se pôr em questão a adequação da teoria do contrato administrativo e da correspondente opção de política legislativa.

690 A propósito, sobre o desmembramento do princípio da *segurança jurídica*, como um “princípio matricial”, comportando como princípios derivados os da *clareza*, *acessibilidade*, *eficácia*, *efetividade*, *proteção de direitos adquiridos*, *não-retroatividade*, *estabilidade das relações contratuais* e *confiança legítima*, ver a análise de Bertrand MATHIEU (1999).

A crítica da teoria, pelo aspecto funcional, naturalmente – pelo próprio significado de função – acaba por centrar-se mais em seus reflexos no Direito positivo, com vistas aos concretos resultados sociais.

É crítica, pois, que, ao mesmo tempo, contempla a teoria, propõe certa interpretação do Direito e traz sugestões de política legislativa. Prossiga-se neste sentido.

111. Posicionamentos doutrinários no Brasil. Alguns autores, no Brasil, têm se dedicado ao tema, abordando especificamente o regime jurídico dos contratos administrativos.

Verifique-se, por exemplo, o pensamento de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, em artigo voltado ao tema do “futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos”.

Partindo do nascimento do Direito administrativo sob o “signo da *imperatividade*”, que conduz às idéias de *assimetria* nas relações jurídicas e de *prerrogativas* da Administração, mostra o autor como tal noção permeia o pensamento administrativista até os dias de hoje, não sem ter passado por importantes contestações teóricas (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2008:573).

Mostra, a seguir, que atualmente apresenta-se como fundamento das prerrogativas da Administração não simplesmente a *imperatividade* – como elemento formal, compreenda-se – mas a noção de *interesse público* – que lhe acrescentaria, diga-se, elemento de índole material. Todavia, sustenta o autor que o interesse público não pode ser tomado em sua acepção genérica, “sinônimo de bem comum” ou “expressão voluntarista do Estado”, mas sim como interesses públicos específicos, “produto de uma opção do legislador, fundada e justificada na lei” (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2008:574/575).

Esta concepção, contextualizada na fase que o autor diz “pós-moderna” do Direito administrativo⁶⁹¹, permite uma avaliação contemporânea das vantagens e desvantagens do regime de cláusulas exorbitantes.

Neste sentido, sustenta o autor que, se anteriormente, em tempos de economia semidirigida, de supremacia indiscriminada do Estado⁶⁹² e de baixa

691 Mais um Direito dos administrados, do que do Estado; voltado a servir cidadãos, e não a súditos; mais um Direito de proteção e prestação, do que de imposição; mais um Direito de distribuição do que de solução de conflitos; mais um Direito da consensualidade, do que da imperatividade (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2008:575).

692 “Idéia força que orientava a busca de auto-suficiência estatal e o seu progressivo aparelhamento para lograr a substituição de importações e a estatização da economia” (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2008:581).

preocupação com a competitividade por capitais e tecnologia, eram inegáveis as vantagens das ditas cláusulas exorbitantes, “essas vantagens perderam sentido e estão em vias de desaparecer nos quadros atuais da *economia de mercado, demandante de alta competitividade* para atrair capitais, tecnologias, mercados e cérebros, levando o Estado a atuar não mais como mero *executor*, mas, preferencialmente, como *formulador político* de instrumentos de *fomento*” (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2008:581). E prossegue:

Assim podem ser sintetizadas algumas desvantagens decorrentes desse novo contexto:

1º. a *imprecisão e insegurança* de direitos resultantes do manejo público das *prerrogativas da Administração nas transações*, pela ambivalência de sua origem e justificativa, ou seja, o fato de decorrerem ou da *natureza dos contratos* (relativas) ou da *natureza da própria administração pública* (absolutas);

2º. o agravamento dos *custos de transação* pelo aumento do risco, enquanto a redução e a abolição dessas cláusulas minimiza o chamado *risco soberano*;

3º. o déficit de *transparência da transação*, pois as prerrogativas são *genericamente* estabelecidas nas leis, sem evidente relação com as situações fáticas específicas e as peculiaridades de cada contrato; e

4º. o sacrifício da *confiança legítima do administrado na transação*, pois as prerrogativas tanto podem servir a propósitos legítimos como disfarçar intenções ilegítimas, como a difundida e gravosa corrupção pelo temor (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2008:582)

Enfim, propõe, sob a rubrica de “cláusulas discricionárias”, como “*conciliação necessária*” para superar as antigas desvantagens, a “*flexibilização*”, substituindo-se a lógica de “*comandos excessivamente padronizados*” na legislação, de modo muito geral e em grande parte anacrônicos, pela lógica de “*modulação*”, abrindo-se à Administração a “*possibilidade de avaliar casuisticamente a conveniência e a oportunidade* de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes” (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2008:585)⁶⁹³.

693 Ressalta ainda o autor a constitucionalidade da medida proposta, lembrando que a “*generalização de cláusulas inafastáveis nos contratos administrativos* não repousa sobre qualquer assento constitucional”, nada impedindo que o “*legislador ordinário delegue ao administrador público esta oportunidade de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas*, depois de examinadas as hipóteses, caso a caso” (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2008:586).

E complementa sua proposta conjugando-a com a “*teoria da dupla motivação*”, no sentido de exigir-se da Administração a motivação tanto no momento da “*adoção ou afastamento em tese de cláusula exorbitante em contratos*”, como no momento da *aplicação* concreta de determinada cláusula exorbitante prevista em contrato (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2008:586)⁶⁹⁴.

A seu turno, Floriano de AZEVEDO MARQUES NETO, em artigo em que cuida do “contrato administrativo”, desde sua gênese, até a “*administração contratual*”, constrói seu argumento central em torno da crítica à idéia de que um “regime único” deva pautar todos os segmentos do Direito administrativo (p. ex., em matéria de cargos e empregos públicos, de licitações, de bens públicos) – o que denomina “*maldição do regime único*”:

Tal unicidade é a origem de várias mazelas. Impede a modulação de regime em virtude da finalidade da ação administrativa. Obsta a maior eficiência da máquina pública. Tende a tornar todas as relações de que participa o Estado relações de autoridade, marcadas pelo poder extroverso, em detrimento dos direitos dos administrados” (Floriano de AZEVEDO MARQUES NETO, 2009b:78).

No caso dos contratos, segundo o autor:

Embora possamos cogitar de uma enormidade de tipos distintos de contratos de que o poder público pode participar⁶⁹⁵, nosso Direito Administrativo (aqui não só a doutrina, mas também a Lei) procura reduzir tudo a um único regime contratual. E, pior, inspirado num tipo de contrato: a empreitada para obras de engenharia, molde das disposições da Lei n. 8.666/93 (Floriano de AZEVEDO MARQUES NETO, 2009b:78).

O problema apontado não se resolve, prossegue, com a existência de leis especiais cuidando de certos tipos contratuais (ex.: Leis ns. 8.987/95, 9.637/98, 11.079/04⁶⁹⁶), seja porque o regime traçado por tais leis contém lacunas, seja porque “a doutrina sempre procurará interpretar as disposições específicas previstas para esses contratos a partir do regime jurídico geral, como se a Lei n. 8.666/93

694 Pode-se acrescentar, invocando-se outro texto do mesmo autor, que a proposta de modulação discricionária das prerrogativas contratuais da Administração, harmoniza-se com a defesa de um deslocamento da ênfase que se dá ao controle sobre a vontade do agente público, para o controle sobre o resultado da ação administrativa (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, 2006b).

695 O autor exemplifica com contratos como o de um singelo fornecimento de água mineral, ou da encomenda de um projeto de arquitetura, ou da compra de um sofisticado equipamento feito sob medida, ou da construção de uma usina hidrelétrica, ou da delegação de um serviço público, ou da prestação de um serviço social (Floriano de AZEVEDO MARQUES NETO, 2009b:78).

696 Respetivamente, concessões de serviços públicos, contratos de gestão com organizações sociais e parcerias público-privadas.

tivesse uma prevalência (como regime geral dos contratos administrativos) ou, então, como se ela servisse de pauta hermenêutica para interpretar o regime especial” (Floriano de AZEVEDO MARQUES NETO, 2009b:78).

Como conseqüência dessa tendência “unicista e uniformizadora”, o autor vislumbra “grandes malefícios ao tema dos contratos administrativos”. Em suma: a) a perda, em face da generalidade de comandos legais, da “maior vantagem do instituto do contrato”, qual seja, a possibilidade de se dispor de normas específicas, vinculantes entre as partes numa dada relação (ex.: regime da alocação de riscos); b) a impossibilidade de um regime jurídico único “abarcando todas as modalidades de ajustes obrigacionais que podem interessar à Administração” – o que o leva a defender a importância dos contratos administrativos atípicos (Floriano de AZEVEDO MARQUES NETO, 2009b:78/79).

Destas considerações, particularmente no tocante ao regime de prerrogativas da Administração nos contratos, conclui o autor que a “própria relação assimétrica entre o Poder Público e o Privado perde força como pressuposto do contrato administrativo diante de contratos de parceria, contratos de consórcio ou mesmo contratos de delegação de serviço público controlados por entidades reguladoras autônomas” (Floriano de AZEVEDO MARQUES NETO, 2009b:80).

112. Desdobramentos das críticas. São decorrências comuns desse modo de pensar alguns pontos que merecem destaque e aprovação:

- a) a constatação de que um regime jurídico geral, previsto na lei, baseado na versão consolidada da teoria do contrato administrativo, não mais é apto a resolver a complexidade do fenômeno contratual vivido pela Administração, havendo que se garantir maior flexibilidade ao administrador, no caso concreto de cada contratação – sem que se abra mão da legalidade e do controle do exercício dessa discricionariedade;
- b) a percepção de que as prerrogativas tradicionais da Administração no contrato administrativo não são sequer aptas a assegurar a consecução da função administrativa.

Não se trata de negar o mérito, ou mesmo a inevitabilidade, de se assegurar a prerrogativa jurídica inerente à Administração, qual seja, a possibilidade de auto-executoriedade de seus atos em geral.

Esta, aliás, é a diferença essencial, como visto⁶⁹⁷, entre o modo público e o modo privado de produção do Direito. Sim, pois a auto-executoriedade é

conatural à ação administrativa, na medida em que se compreenda que o agir da Administração é o agir do próprio Direito, vez que a Administração é criação do Direito e não existe fora dele – este o sentido estrito do princípio da legalidade.

O que se questiona é a tradução e amplificação de tal prerrogativa em um regime aplicado de modo padronizado a quaisquer situações convencionais envolvendo a Administração.

Afirma-se isto não apenas pela perspectiva teórica. Constatações extraídas da vivência prática podem-se fazer a respeito.

Neste sentido⁶⁹⁸, de quatro ordens principais são as críticas que se podem levantar ao regime das ditas “cláusulas exorbitantes”.

a) Em primeiro lugar, tal regime gera contratos mais onerosos para a Administração.

É fato notório entre as pessoas que lidam com a formalização de contratos pela Administração que, via de regra, os preços praticados são, em média, mais altos do que os preços praticados em contratos celebrados entre partes privadas.

Não se está aqui cogitando da situação de corrupção, ou de outras formas de ilícitos prejudiciais ao patrimônio público e à probidade administrativa em sentido mais amplo.

A justificativa para o fato que se está destacando é tão simplesmente o verdadeiro aumento de custo de fornecimento de bens e serviços – ou, mais genericamente, o custo de prestação do objeto contratual – devido à alteração de determinadas previsões contratuais, ou mesmo à rescisão do contrato.

Ora, é um dado da realidade que a eventual desmobilização de pessoas e equipamentos ante a redução de um fornecimento, ou ante a interrupção temporária do contrato ordenada pela Administração, ou mesmo ante a rescisão do contrato, implica um custo adicional para o fornecedor. Ou também, que, conforme o caso, a ampliação de um fornecimento pode implicar aumento de custo, se comparado ao custo da situação na qual, desde o início, o fornecedor houvesse organizado sua capacidade produtiva visando à dimensão correta de sua obrigação. Isso sem falar em atrasos ou suspensões de pagamentos pela Administração.

O problema do maior custo nos contratos administrativos pode até ser amenizado, mas não evitado, por técnicas mais recentemente empregadas pela

697 Ver tópicos 33 e 34.

698 Desenvolvendo-se aqui algumas idéias expostas muito resumidamente em Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2008a:344).

Administração, como, por exemplo, realizarem-se cadastros de fornecedores e de preços, de modo a dar-se deles ampla ciência a uma multiplicidade de órgãos públicos; ou mesmo por procedimentos licitatórios que permitem a redução dos valores inicialmente ofertados, como se passa com a modalidade pregão.

Diz-se que não pode ser evitado porque, quanto aos cadastros, os preços cadastrados naturalmente já incluem o “custo Administração” – como se diz de modo corrente.

E os grandes descontos obtidos com o pregão – ou com o uso de mecanismo similar em outras modalidades de licitação –, tal como amplamente divulgado pelos governos, ainda que efetivamente signifiquem um fato positivo, são descontos medidos em relação ao preço estimado para a contratação pela Administração e não em relação a uma média de preços reais do mercado privado⁶⁹⁹.

Também não resolve o problema do custo do particular contratado pela Administração o fato de fazer ele jus a indenização, em dadas circunstâncias nas quais operam as prerrogativas da Administração.

Com efeito, em muitos casos a falta de acordo quanto ao valor da indenização leva a discussões judiciais – em si já implicando um ônus financeiro adicional – que resultam em indenizações a serem pagas pelo sistema de precatórios, ou seja, com uma demora que, mais uma vez, importa novo ônus financeiro, agora decorrente da ausência imediata da disponibilidade do capital investido.

b) Em segundo lugar, tal regime estimula a ineficiência⁷⁰⁰ da Administração⁷⁰¹.

Além dos aspectos de custos – que também se relacionam com a noção de eficiência – as prerrogativas da Administração no contrato administrativo são potencialmente indutoras de atitudes negligentes por parte dos agentes públicos.

Muitas vezes, sobretudo quanto aos objetos mais comuns do cotidiano da Administração, verifica-se falta de adequado planejamento no momento

699 Não se nega que o preço estimado pela Administração, como elemento da fase preparatória da licitação, devesse corresponder ao real preço de mercado; todavia, no mais das vezes, de fato, não corresponde, pois as pesquisas de preços de que resulta tal estimativa já colhem preços dirigidos especialmente para a contratação pela Administração.

700 Não se cuida aqui de uma *ode* ao princípio da eficiência; nem mesmo no sentido do célebre jogo de palavras de Mário de Andrade, em sua *Ode ao Burguês* – ainda que por vezes a insistência de certas abordagens do princípio como panacéia dos males do Estado e como justificativa para pretensas exceções à legalidade o instigue.

701 Sobre a relação das prerrogativas da Administração, integrantes do regime administrativo, com a ineficiência, no sentido de terem se tornado “um critério *per se*, antes que um meio para a realização de determinadas finalidades”, ver Gustavo BINENBOJM (2008:3).

de abertura de um procedimento visando à celebração de um contrato, que acaba por ser concluído com previsão de quantidades insuficientes, ou excessivas, ante as reais necessidades da Administração, ou ainda com modo de execução impróprio.

Essa falha – assim parece se processar o raciocínio médio do administrador público no Brasil – facilmente se pode corrigir mediante a possibilidade de alteração, ou mesmo de rescisão unilateral do contrato. Porém, certamente não sem custo, ou sem seqüelas em termos de qualidade.

Não se quer dizer que seja bom que a Administração deva conviver com contratos mal dimensionados para suas necessidades, sem poder corrigi-los. Quer-se, sim, sugerir um sistema mais favorável a que tal situação nem ocorra.

c) Em terceiro lugar, tal regime facilita desvios em relação à probidade administrativa.

Compreende-se que não são tão firmes os argumentos que se baseiam no fato do desvirtuamento, na prática, dos institutos jurídicos. Ou seja, não necessariamente algo é ruim tão simplesmente pelo fato de ser mal utilizado. Todavia, se suas eventuais vantagens já não se mostram tão certas assim, sua propensão a facilitar usos desvirtuados ganha importância relativa.

É o que se passa com o regime de prerrogativas especiais da Administração estabelecido como genericamente aplicável aos contratos administrativos⁷⁰².

Pode, por exemplo, o administrador ímprobo ofertar favores ou mesmo fazer ameaças ao particular contratado, em troca de vantagens pessoais indevidas, manejando seus poderes de ação contratual unilateral.

Ao mesmo resultado se chega na situação em que o particular contratado propõe ao administrador ímprobo alguma modificação no contrato no exclusivo interesse privado e em detrimento do interesse público – como, por exemplo, muitas vezes se verifica em obras, nas quais nem bem começa a executar o contrato, o particular contratado já procura a Administração para renegociar aspectos de sua execução.

Ainda exemplificando-se, pode a parte privada, em geral de modo já previamente combinado com o agente público, ganhar a licitação com determinada proposta aparentemente mais vantajosa em termos de preço, porém

702 No Direito francês, especialmente sobre uma análise da *lealdade* devida pela autoridade pública nos contratos, tanto em termos de sua celebração (v.g., vícios do consentimento, desvio de poder ou de procedimento, soluções consensuais em parcerias), como de sua aplicação (interpretação segundo a boa-fé, modulação da responsabilidade segundo a má-fé, transparência), ver Christine BRÉCHON-MOULÈNES (2004).

moldada para contrato que já se sabe que será alterado, de jeito a se estabelecer na composição de preços unitários, determinado custo, superdimensionado, para os elementos em relação aos quais haverá aumento de demanda com a alteração; ou, inversamente, pode-se ganhar a licitação mediante sub-dimensionamento do custos de itens, ou de técnicas produtivas, sabidamente caros, de modo a vencer-se a concorrência, no entanto, não se chegando a praticar tais preços mais vantajosos para a Administração, em razão de posterior alteração contratual no tocante a tais itens, ou a tais técnicas.

Repita-se, esse argumento que ora se está apresentando tem a fraqueza de supor a potencial desonestidade do agente público. Por certo não se está a universalizar tal cogitação – que se aplica, na prática, à minoria dos casos.

Entretanto, há que se compreender o argumento no sentido do estímulo, da facilitação, de tais situações irregulares por força do regime tradicional do contrato administrativo, se incidente com caráter de generalidade quanto a todos os contratos.

d) Por fim, em quarto lugar – e esta parece a crítica mais grave –, tal regime pode facilmente legitimar ou estimular práticas autoritárias de agentes da Administração.

Com tal afirmação não se quer condenar categoricamente o regime de prerrogativas em razão de desvio de conduta de alguns agentes. De todo modo, é mais um argumento a ser levado em consideração, em conjunto com os demais já expostos, no sentido de verificar, criticamente, o sentido da necessária evolução da teoria em questão.

Esse problema, aliás, não é exclusivo do regime jurídico tradicional dos contratos administrativos. Antes, é algo que deriva da idéia aplicada ao Direito administrativo em geral – ainda freqüente na mentalidade média dos administradores públicos –, de encontrar seu fundamento na soberania estatal, fundamento este que, nas origens da clássica polêmica entre Escola do Serviço Público e Escola da *Puissance Publique*, DUGUIT quis combater, justamente afirmando-o como “impotente para proteger o indivíduo contra o despotismo”⁷⁰³.

Pode-se argumentar que o regime de prerrogativas unilaterais da Administração no contrato é fundamental para a preservação do interesse público, de algum modo cambiante em função de fatores menos previsíveis do que os que afetam os interesses privados – em regra fatores alegadamente ligados à necessidade de se canalizarem esforços e recursos orçamentários para o atendimento de alguma emergência ou para a implantação de nova atividade que se passe a entender prioritária; ou ainda ligados a dificuldades burocráticas decorrentes dos controles a que a Administração está sujeita; ou também ligados à efetiva realização de receitas orçamentariamente previstas.

Todavia, ainda que se admita esta (eventual) maior volubilidade do interesse público, por comparação com o privado, trata-se de diferença quantitativa e não qualitativa.

Ademais nada há como elemento jurídico-valorativo apriorístico que permita dizer que o interesse público, tomado em abstrato, mereça uma proteção tal que o interesse privado, igualmente tomado em abstrato, não mereça, considerando-se que ambos sejam juridicamente acolhidos⁷⁰⁴.

Não se nega, é certo, que, como regra, o interesse público, *confrontado em determinado caso concreto* com um interesse privado, deva prevalecer.

Mas o que se está afirmando é que a tutela a ser assegurada pelo Direito a dado interesse, público ou privado, só adquire elementos diferenciais quando de sua realização, em casos concretos, necessariamente levando em consideração as circunstâncias do caso – o que, por vezes, ante a experiência vivida do legislador, pode-se antecipar na hipótese normativa.

Deste modo, mesmo em contratos privados, ou seja, contratos celebrados entre pessoas privadas, em torno de interesses privados, pode haver um regime jurídico de prerrogativas de ação unilateral, que não decorrerá do fato de serem *privados*, ou não, os interesses, mas sim das circunstâncias que envolvem aquele determinado *objeto* contratual – circunstâncias estas que o fazem sabidamente mais sujeito à necessidade de mudanças, o que, portanto, leva o Direito a entender como adequado um regime mais flexível no tocante ao modo de se interpretar e aplicar o *pacta sunt servanda*.

703 Léon DUGUIT (1913:26/32).

Oportuno lembrar neste ponto a avaliação de Odete MEDAUAR (2008a:107), por ocasião de simbólico aniversário da Constituição Federal vigente: “No curso de 20 anos, a Constituição revelou-se catalisadora da evolução do Direito Administrativo e de práticas administrativas em prol dos direitos das pessoas físicas e jurídicas. Mas ainda não é suficiente, em especial no tocante à prática administrativa, com cidadãos ainda tratados como súditos, em contraste com a Constituição”.

704 Nas palavras de Márcio CAMMAROSANO (2007:3), “o interesse público reside, em primeiro lugar, no respeito devido à ordem jurídica e, portanto, a Administração Pública, na sua atividade contratual, deve dar o exemplo da observância das normas que presidem a sua atuação e deve também dar o exemplo no que diz respeito aos direitos dos administrados, inclusive direitos daqueles que com ela firmam contratos”.

Diversos exemplos neste sentido podem ser extraídos, no Brasil, do Código Civil⁷⁰⁵.

Assim, um contrato que, pela natureza de seu objeto, tipicamente inclui regras de mutabilidade em seu regime é o de *empreitada*. Tem o dono da obra o direito de suspendê-la, pagando ao empreiteiro os serviços já feitos, bem como indenizando-o pelos ganhos que teria se concluída a obra (art. 623), ou mesmo respondendo por perdas e danos de modo mais abrangente se destituída de justa causa a suspensão (art. 624). Tem, a seu turno, o empreiteiro o direito de suspender a obra por certas causas, dentre as quais “dificuldades imprevisíveis de execução” (art. 625). Também se tem como normal no regime jurídico da empreitada que o empreiteiro introduza modificações do projeto (art. 619). E mesmo há regras que seguem lógica similar à do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 619, parágrafo único; art. 620).

Aliás, em relação à lógica do equilíbrio, associada à teoria da imprevisão, há também no Código Civil a regra aplicável aos contratos em geral, que prevê a “resolução por onerosidade excessiva”, ou seja, por grave e insanável desequilíbrio (art. 478).

Há outros casos em que a evidente preponderância do interesse de uma das partes na execução do objeto contratual leva a que tenha determinados poderes de caráter unilateral. Isto se passa na *comissão*, em que o comitente pode, a qualquer tempo, alterar as instruções dadas ao comissário (art. 704) e mesmo encerrar o contrato, não sem remunerar e indenizar o comissário (art. 705). É também o caso do *mandato*, que pode ser unilateralmente revogado pelo mandante (art. 682, I, com as ressalvas e exceções previstas nos arts. 684 a 689), ainda que eventualmente mediante indenização, caso haja “cláusula de irrevogabilidade” (art. 683). Ou ainda o caso do *transporte de pessoas*, em que o passageiro, em certas condições, pode rescindir unilateralmente o contrato, tendo o direito a ver restituído o valor da passagem, eventualmente descontado o valor de uma multa (art. 740 e §§).

Há também casos em que a relação de propriedade de uma das partes quanto a bem integrante do objeto contratual lhe dá poderes unilaterais quanto ao encerramento do contrato. É o que se passa com o *comodato*, em que o comodante tem, em certas hipóteses, neste caso judicialmente reconhecidas, o direito de unilateralmente suspender o uso e gozo da coisa emprestada (art.

581). O mesmo pode ser dito quanto à *locação de imóveis urbanos*, todavia, não por força do Código Civil, mas sim de lei especial (Lei n. 8.245/91, arts. 47, 50 e 57)⁷⁰⁶.

Em suma, o que se quer sustentar é que, seja face a interesses públicos, seja face a interesses privados, um regime contratual que preveja determinados poderes de ação unilateral a uma das partes, levando ao que se pode chamar mutabilidade contratual, deve decorrer das circunstâncias que concretamente envolvem o *objeto* da prestação, mas não, *a priori* e em abstrato, da natureza pública ou privada dos interesses em questão.

Que as circunstâncias concretas relativas aos *objetos* normalmente associados a contratos celebrados pela Administração levem, mais comumente, por comparação com os contratos privados, à necessidade de um regime de mutabilidade, isso é uma questão quantitativa e não qualitativa, não sendo, portanto, motivo para que se afirme, seja no plano teórico, seja no plano normativo geral e abstrato, um regime jurídico que, como regra, estabeleça poderes unilaterais de mutabilidade sempre ao alcance da Administração.

Um regime assim aplicável a todos os contratos administrativos não é necessário, em termos dos valores jurídicos a serem tutelados.

Não há razão pela qual, por exemplo, a Administração, querendo comprar material de escritório, ou querendo receber a prestação de um serviço de vigilância ou limpeza, não possa se comportar como uma pessoa privada, sabendo prever suas necessidades e levando a cabo o que vier a ser acordado com seu fornecedor, salvo as hipóteses normalmente já admitidas em Direito, que interromperiam o fluxo normal do negócio (tal como se passa com a teoria da imprevisão, ou com caso fortuito ou de força maior).

Sendo assim, a preservação do interesse público ante a superveniência de fatores imprevistos, a ensejar a mutabilidade do contrato administrativo, deve ser avaliada concretamente, em cada caso, em relação ao *objeto* contratual; ou, eventualmente, quanto a cada tipo contratual que se refira a uma mesma espécie de objeto, quando uma certa generalização pode ser antecipada pela experiência do legislador – é o que se passa, por exemplo, com a concessão.

113. Compreensão do regime de prerrogativas da Administração no Estado de Direito. Não se nega, enfim, a importância teórica do modelo que

705 Mas que não expressam idéias, que, ainda que em outros termos, já não se verificassem sob a vigência do Código Civil anterior.

706 E há casos de poderes unilaterais para que as partes resolvam contratos, contudo, em casos de contratos celebrados sem prazo determinado, o que não guardaria analogia com os contratos administrativos. Seriam, por exemplo, os casos, previstos no Código Civil, dos contratos de *prestação de serviços* (art. 599) e de *agência e distribuição* (art. 720).

enxerga no binômio “prerrogativas–sujeições” a nota característica do “regime jurídico administrativo”, ou seja, o regime jurídico que marca as relações jurídicas de que a Administração seja parte.

Mas o ponto crucial da questão é como entender o regime de prerrogativas da Administração em matéria contratual, de modo coerente, no contexto do Estado de Direito, qualificado como democrático e finalisticamente voltado à proteção das liberdades.

Nesse sentido, três considerações podem ser feitas:

(i) Desde os primórdios do Direito administrativo, seus pensadores e aplicadores têm, em grau maior ou menor, a consciência da necessidade de se conciliarem as prerrogativas típicas da Administração Pública com os direitos dos indivíduos⁷⁰⁷.

Por certo, os pensadores que, num contexto democrático, enxergam a questão de modo a antes ressaltar a importância das prerrogativas em face da proteção do interesse público não negam a importância das liberdades. Do mesmo modo, os críticos do regime de prerrogativas não pretendem sua anulação, mas sua adequada contextualização no regime de Estado de Direito⁷⁰⁸.

707 Ilustrativa dessa primeira idéia é o seguinte trecho de René CHAPUS (2000:466): “A consideração, para não dizer a convicção, de que é necessário conciliar as prerrogativas da administração com os direitos e interesses dos administrados é muito natural para ser uma inovação. Ela aparece nos próprios termos do julgado fundador [arrêt Blanco, do Tribunal des Conflits, de 1873] do direito administrativo”. (“La considération, pour ne pas dire la conviction, qu’il est nécessaire de concilier les prérogatives de l’administration avec les droits et intérêts des administrés est trop naturelle pour être une innovation. Elle apparaît dans les termes mêmes de l’arrêt fondateur du droit administratif”).

708 Não se trata, pois, de visões que se anulam. Pelo contrário, o diálogo dessas visões é importante fator para a evolução de ambas. Neste sentido, cite-se as críticas feitas por Alice Gonzalez BORGES às idéias defendidas pelo autor desta tese e por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, nos respectivos artigos acima citados (2008a:335 e segs.; e 2008:571 e segs.). Sustenta a autora, entre outras idéias, que as cláusulas exorbitantes “protegem o interesse público, alterando as condições previamente ajustadas à nova realidade fática, para que o contrato não se desvie dos resultados preordenados” e que sua ausência levaria a “verdadeiro caos, com a desproteção do dinheiro público” (Alice Gonzalez BORGES, 2009:21/22). Sustenta ainda, referindo-se especificamente às propostas do autor desta tese, que “é preciso adotar cautelas na abordagem do tema, com certas colocações românticas, diversas da dura realidade em que vivemos. É até ingênuo pensar que, excluídas as cláusulas exorbitantes, os contratados deixariam de procurar superfaturar os preços para aumentar seus lucros”. Não é esta a sede adequada para que se prolongue um salutar contraditório de idéias; todavia, cabe observar que não se pretendeu, no artigo criticado (Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, 2008a:335 e segs.), sustentar a eliminação total do regime de prerrogativas da Administração, nem se pretendeu sugerir que essa eliminação tivesse o poder de afastar todos os desvios de legalidade nas relações contratuais entre Administração e particulares. O que se pretendeu sustentar é sim como o regime de prerrogativas atualmente aplicado leva às distorções apontadas. Também registre-se, em defesa das convicções do autor desta tese, que ele absolutamente não se considera um “pós-modernista”, nem fundamenta seus argumentos na “supremacia dos direitos fundamentais e no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”, como sugerido no artigo que,

(ii) A idéia de prerrogativas, no Estado de Direito, somente pode ser concebida na perspectiva de uma legalidade única e não de sistemas de legalidade paralelos a que se submetam o Estado e os indivíduos.

Aliás, é da essência do Estado de Direito – em seu sentido liberal e democrático – que importe em “governo de leis, não de homens”⁷⁰⁹. Ou seja, um Estado em que o princípio da legalidade vigore como a outra face da liberdade (Norberto BOBBIO, 1992:122); e um Estado que também esteja submetido à legalidade⁷¹⁰.

A afirmação da legalidade única para o Estado e para os indivíduos não nega a diferenciação do *modo* pelo qual Estado e indivíduos relacionam-se com a legalidade.

Esta é uma só, porém, na medida em que o Estado, diferentemente dos indivíduos, não tem uma subsistência natural, sendo tão-somente uma abstração criada pelo Direito, sua existência resume-se ao universo do Direito. Seu “querer”, não é um querer livre, senão a expressão da vontade objetiva contida no Direito. Portanto, na ausência do Direito, não há uma vontade que lhe possa permitir “agir livremente”.

Diferentemente, os indivíduos, cuja existência não depende do Direito, preservam seu livre querer e seu livre agir mesmo na ausência do Direito, o

elegante e construtivamente, critica suas idéias (Alice Gonzalez BORGES, 2009:21). Em relação à proposta de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO – no sentido de situar-se no campo da discricionariedade do administrador a escolha da inclusão ou não de “cláusulas exorbitantes”, caso a caso, nos contratos administrativos – Alice Gonzalez BORGES (2009:22) conclui: “que terreno fértil, com a devida vênia, contém tal discricionariedade, para a improbidade administrativa e para os conluíus entre administradores e contratados! Nosso ilustre Jurista deveria estar sonhando com uma república de anjos”. Ainda que não se tenha aqui procuração para a defesa de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, consigne-se, respeitosamente, a compreensão de ser um avanço em termos de cultura democrática e de lisura nas ações administrativas, que se substituam paulatina e responsavelmente mecanismos preventivos – como se passa, por exemplo, com todo o rigor burocrático imposto pelas leis brasileiras em matéria de licitações; e também com o rigor do regime de “cláusulas exorbitantes” padronizado –, baseados na desconfiança generalizada quanto à probidade dos agentes públicos e dos particulares que com eles se relacionam, por mecanismos repressivos, baseados na transparência e na efetiva sanção dos ilícitos. E não se rotule a idéia de ampliação de certos aspectos da discricionariedade dos agentes administrativos de “neo-liberal” ou “ultra-liberal”: como sustenta Laurent RICHER (2004:1573), os agentes públicos exercem *competência discricionária* e não *liberdade* e a ampliação do poder discricionário é mesmo, por certos aspectos, contrária ao liberalismo em seu sentido econômico.

709 Como bem lembra Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1999:3), a partir do texto do art. 30 da Declaração de Direitos de Massachussets, de 1780.

710 O que, em termos de Direito administrativo, leva a se afirmar, com Charles DEBBASCH (2002:128), o anacronismo da concepção inigualitária do Direito administrativo: “Em um Estado de direito não pode existir senão uma legalidade, uma ordem jurídica à qual todos os sujeitos de direito estão submetidos” (“Dans un Etat de droit il ne peut exister qu’une légalité, qu’un ordre juridique auquel tous les sujets de droit sont soumis”).

que permite afirmar, segundo a fórmula tradicional, que o que não lhes é proibido pelo Direito é permitido.

De todo modo, reitera-se, a legalidade, no sentido de submissão a um único e mesmo Direito, é comum a Estado e indivíduos.

(iii) A adequada contextualização, no Estado de Direito, das prerrogativas da Administração em matéria contratual pressupõe a análise da relação entre Administração e indivíduos por uma perspectiva dinâmica.

Com esta idéia, quer-se dizer que nem o modo de ser do Estado de Direito, nem o modo de relacionar-se de Administração e indivíduos são estáticos. Fatores políticos, sociais, econômicos e de quaisquer outros aspectos do fenômeno humano os influenciam permanentemente, seja em nível nacional, seja, cada vez mais, em nível mundial.

Assim, por exemplo, momentos de maiores instabilidades políticas, levando a risco de conflitos, tendem a induzir comportamento de reforço de autoridade e poder dos Estados, tanto internamente, como internacionalmente. Ou, momentos em que a situação econômica leva à concentração de capitais disponíveis para investimentos em mãos privadas, relativamente aos capitais de que dispõe o Estado, tendem a ser épocas nas quais a Administração busca aproximações consensuais dos particulares, sendo mais receptiva a suas demandas, relativas às condições desejáveis para que promovam investimentos.

Não é o caso de insistir nos exemplos – necessariamente superficiais, dado o campo temático do desenvolvimento desta tese – mas somente de com eles sugerir que a relação entre Administração e indivíduos, ao longo da história, comporta oscilações, sujeitas a um complexo conjunto de vetores de forças diversas, o que lhes retira um padrão de regularidade temporal.

Neste sentido, sem pretender afirmar que se trate de fato inédito, pode-se constatar, com parte substancial da doutrina, que se tem vivido, no Brasil e também ao menos no dito Mundo Ocidental, mais notadamente nos últimos vinte ou trinta anos⁷¹¹, um reforço da busca, por parte da Admi-

nistração, ao desenvolver suas ações, do estabelecimento de consenso com os indivíduos.

114. A tendência da Administração consensual. Fala-se correntemente em “Administração consensual” ou “Administração concertada”; ou ainda utilizam-se expressões com sentido similar, conforme arrola Odete MEDAUAR (2003:212): “governo por contratos, direito administrativo pactualista, direito administrativo cooperativo, administração por acordos, contratualização das políticas públicas”⁷¹².

de eficiência do procedimento administrativo. Neste sentido, o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo modo, como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade”.

De rigor, a idéia de “um sistema colaboração” entre Administração e particulares, por meio do contrato, já aparece desde antes, como Odete MEDAUAR (1995a:77) destaca, com referência a escrito clássico de André de LAUBADÈRE, em meados da década de 1950.

A noção de “administração consensual” – que se vai referir em seguida – deve ser entendida no contexto histórico do tempo presente. Como se acaba de dizer, o estabelecimento de mecanismos de consenso entre Administração e indivíduos não é fato inédito; porém, por certo, a intensidade do fenômeno contratual é crescente atualmente, tal como se tem indicado ao longo desta tese. Com esta ressalva, sem querer sustentar que já se falasse em *administração consensual* (ou fórmulas equivalentes) décadas atrás, mas apenas para ilustrar a similaridade da construção de idéias e do uso de expressões, em relação ao que se afirma nos dias de hoje, cite-se passagem de Georges LANGROD (1955:326/327): “Portanto, por exemplo, nos sistemas duais da Europa continental [...], este uso exclusivo de velhas formas desapareceu progressivamente em resposta ao desenvolvimento da atividade administrativa reservada para o livre jogo da competição individual, e ao crescente caráter comercial e não-governamental de tal atividade. Esta é a fonte do uso de acordos contratuais como meio das modernas ações administrativas, ao lado de atos unilaterais, baseados em ‘autoridade e comando’. [...] Nas modernas circunstâncias, atos unilaterais impostos pela autoridade da administração pública [...] são insuficientes; a adoção de formas típicas do relacionamento ‘privado’ (normal) entre indivíduos ilustra a tendência dinâmica de qualquer comunidade progressista de passar do *status* ao contrato”. (“Thus, for example, in the ‘dual’ systems of the European continent [...], this exclusive use of old forms has disappeared progressively in response to the development of administrative activity reserved for the free play of individual competition, and the increasingly commercial and nongovernmental character of such activity. This is the source of the use of contractual agreements as means of modern administrative actions, alongside of unilateral acts, based upon ‘authority and command’. [...] Under modern circumstances, unilateral acts imposed by authority of the public administration [...] are insufficient; the adoption of forms typical of ‘private’ (normal) intercourse between individuals illustrates the dynamic trend of any progressive community to pass from *status* to contract” [citando aqui o autor a fórmula de SUMMER MAINE, já referida – tópico 28]).

712 Odete MEDAUAR (2007:441), em homenagem a Jacqueline MORAND-DEVILLER e dialogando com seu pensamento, enfatiza contemporaneamente a atenuação da tradicional oposição entre um Direito privado fundamentado no contrato e um Direito administrativo que implica ação unilateral baseada na *puissance publique*. E é de Jacqueline MORAND-DEVILLER (2005:49/50) a observação de que o contrato torna-se um “modo familiar de administração e a busca do consensualismo, de uma gestão parceira livremente consentida está na moda”; bem como o registro de que se fala de uma “*lógica de projeto* (resultante em geral de acordo) substituindo a *lógica do guichet*”.

Aliás, Odete MEDAUAR (2003:208/209), em texto constante desde a primeira edição de sua obra “O Direito Administrativo em Evolução”, de 1992, em matéria de contratos administrativos, já registrava a “tendência à paridade, ou menor desigualdade das partes, revelada sobretudo por uma preocupação com o particular contratado”. Retornando ao tema na edição de 2003, a autora confirma: “As tendências aí assinaladas [na primeira edição da obra] não

711 Enzo ROPPO (1988:346/347), em obra cuja edição original é de 1977, já anotava: “Por um lado, não deve subvalorizar-se o risco de a difusão das técnicas ‘consensuais’ no campo da ação administrativa e, portanto, a prática constante do negócio e do acordo com os privados, acabarem por determinar desvios perigosos no modo de proceder e nos objetivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da coletividade. Mas, por outro lado, esta afirmação do modelo ‘convencional’ em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas: isto porque a procura e a promoção do ‘consenso’ dos ‘administrados’ significam desenvolvimento de sua ativa e consciente ‘participação’, na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo

Sabino CASSESE (2002:35), ao analisar as transformações do Direito administrativo do século XIX ao século XXI, aponta, entre elas, a substituição da supremacia e da unilateralidade, pelo consenso e a bilateralidade; bem como a adoção, pelo Direito administrativo, de formas tradicionalmente identificadas com o Direito privado⁷¹³. Também é de CASSESE (2006:305) a afirmação de que a “mais intensa” – note-se utilização da expressão que claramente implica gradação⁷¹⁴ – utilização de módulos convencionais pela Administração em sua atividade institucional representa uma de suas características salientes na época contemporânea.

Com esta referência, quer-se chamar atenção para uma necessária distinção entre o fenômeno da Administração consensual e a utilização de módulos convencionais pela Administração.

São elementos distintos, ainda que contenham idéias parcialmente coincidentes.

É verdade que o consenso integra a essência da figura do contrato, conforme se vem afirmando nesta tese⁷¹⁵. Neste sentido, o fenômeno da Administração consensual envolve, entre outros fatores, uma utilização mais intensa dos módulos convencionais.

Contudo, o espírito de consenso na ação administrativa vai muito além do uso do instrumento convencional propriamente dito. Ou então haveria

somente ocorrerem como se ampliaram, sobretudo no tocante aos módulos consensuais e ao surgimento de novas figuras contratuais. [...] Na década de 90 do século XX emergiu o termo *parceria*, vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores” (Odete MEDAUAR, 2003:212/213). E, ainda sobre a matéria do surgimento de novos tipos contratuais em tempos recentes, após afirmar sua inclusão, juntamente com os contratos administrativos clássicos, “num módulo contratual”, pondera que o “regime jurídico dessas novas figuras é essencialmente público, mas diferente, em muitos pontos, do regime aplicado aos contratos administrativos tradicionais” (Odete MEDAUAR, 2010:236).

713 Sobre a inclusão da técnica contratual dentre as “formas tradicionalmente identificadas com o Direito privado” – repetindo-se aqui a fórmula de CASSESE – é de se notar que Massimo Severo GIANNINI, na primeira edição de seu *Diritto Amministrativo*, de 1970, possuía um capítulo intitulado “L’Attività Amministrativa di Diritto Privato”, o qual, na terceira edição, de 1993, passou-se a denominar “L’Amministrazione per Accordi”, mantido o mesmo plano interno de desenvolvimento.

714 Em outro estudo, aqui já citado, o próprio CASSESE (2000b:389), apreciando alguns “paradoxos” que se apresentam na investigação da linha demarcatória dos campos do Direito administrativo e do Direito privado, aponta a contração do uso de módulos convencionais em certas áreas (p. ex., subvenção econômica; acordos em vista de determinação de preços) e, ao mesmo tempo, sua expansão em outras (p. ex., acordos entre governos e sindicatos; acordos substitutivos de decisão unilateral em processos administrativos).

715 Reitere-se, *consenso* importando acordo de vontades das partes, e não apenas o consentimento passivo, como destaca Jean-Christophe BRUÈRE (1996:1715).

que se alargar a noção de contrato – ou de convenção – de tal modo, que se perderia a necessária precisão para efeito tanto de análise teórica, como de operacionalidade prática. Seria, no limite, o caso de reduzir toda a ação estatal à convenção política primordial, que funda o próprio Estado e que se renova, em especial, nas eleições e na produção do Direito pelo legislador⁷¹⁶.

De fato, autores que têm versado o tema da Administração consensual mostram a amplitude de sua aplicação, não necessariamente ligada à utilização de instrumentos propriamente convencionais. Tomem-se apenas alguns exemplos – com a consciência de não ser este o tema central da presente tese.

É o caso do consenso como técnica de decisão na formulação de políticas públicas, visando a facilitar sua execução, ante um panorama social de conflitos de interesses entre diversos grupos e mesmo entre os grupos dominantes, havendo que se manter a coesão social (Jacques CHEVALLIER, 2002:526/527). Também é o caso – para citar o pensamento do mesmo autor – da “abordagem contratualista e consensual da ação pública” como fundamento da governança (Jacques CHEVALLIER, 2005:138/139)⁷¹⁷.

716 De todo modo, como mostra Jacqueline MORAND-DEVILLER (2009:460), dando adequada aplicação ao sentido mais amplo de contrato, ao introduzir seu capítulo sobre os contratos da Administração, “livre acordo de vontades, o contrato, preferido ao ato unilateral, tem um valor simbólico pois presume-se apto a regradar harmoniosamente as relações econômicas, sociais e políticas: contrato social de Rousseau, pacto federativo de Proudhon, economias concertadas e de parcerias” (“libre accord de volontés, le contrat, préféré à l’acte unilateral, a une valeur symbolique car il est présumé apte à régler harmonieusement les rapports économiques, sociaux et politiques: contrat social de Rousseau, pacte fédératif de Proudhon, économies concertées et partenariales”).

717 Em suas palavras: “A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o *acordo de vontades*. Se, de um lado, ela pressupõe que seja levada em consideração a existência de atores autônomos (dos quais se deve obter a cooperação), de outro, ela passa por um processo de negociação visando a definir os contornos de uma ação comum. Encontra-se aqui, portanto, a lógica que caracteriza a governança (Jacques CHEVALLIER, 2005:139).

Dando um passo atrás, para melhor vislumbrar o contexto em que se pode falar de Administração consensual, há que se compreender que o próprio Estado-nação vem passando por transformações essenciais em seu modo de ser.

Não é demais lembrar, com Jacques CHEVALLIER (2004a:120), que o “Estado-nação é uma forma de organização política contingente, nascida em um dado momento da evolução das sociedades ocidentais, e não... o ‘fim da história’” (“[L’]État-nation est une forme d’organisation politique contingente, née à un moment donné de l’évolution des sociétés occidentales, et non pas... la ‘fin de l’histoire’”).

Isto é fato que não pode ser ignorado por uma teoria – como a teoria do contrato administrativo – que, segundo o ponto de vista de certos autores (não o de JÊZE, nem de seguidores da Escola do Serviço Público), admita a existência do poder soberano como fonte de superioridade do Estado e, portanto, de desigualdade quanto aos indivíduos com quem se relaciona.

De fato, seguindo aqui com os critérios de análise de Jacques CHEVALLIER (2004a:108), “[a]s transformações que afetam o Estado podem ser sintetizadas em torno de duas idéias essenciais: de um lado, o Estado está doravante situado em um contexto de interdependência estrutural, que

A idéia de Administração consensual – aqui mais claramente no viés “técnica contratual” – é destacada por Charles DEBBASCH e Frédéric COLIN (2004:461/462) tanto em matéria da intervenção no domínio econômico (p. ex., “regime contratual de preços”; acordos de fomento para induzir instalação de indústrias em certas regiões), como em matéria social (p. ex., acordos entre as “caixas nacionais de seguro social” e profissionais médicos para determinar o valor dos honorários reembolsáveis)⁷¹⁸.

Até mesmo no âmbito da tomada de decisão internamente à Administração, em face da diversidade de interesses públicos envolvidos, a justificar um exame conjunto por diversos órgãos ou entidades administrativas, vem sendo adotadas técnicas consensuais, como no caso italiano da “*conferenza di servizi*”, cuja disciplina⁷¹⁹ leva Sabino CASSESE (2001:618) a afirmar a superação da separação nítida entre, de um lado, a técnica negocial privada como instrumento de criação jurídica e, de outro, a discricionariedade, considerada como uma escolha ordenada heteronomamente a um interesse predeterminado pela norma.

No contexto brasileiro, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007c:43) aponta vários níveis em que a consensualidade passa a integrar a ação administrativa: a regência pelo Direito privado, a ação de fomento, o uso de contratos e acordos administrativos, a delegação de funções a entidades independentes, privadas ou semi-públicas.

torna caduca a concepção tradicional da soberania; de outro lado, o Estado não se apresenta mais como uma entidade monolítica, mas ao contrário caracterizada pelo pluralismo, a diversidade. A conjugação desses dois movimentos, que são, bem entendido, interdependentes – o Estado sendo envolvido em um jogo de interações tanto no interior como no exterior de suas fronteiras –, tende a relativizar a linha demarcatória entre público e privado”. (“Les transformations qui affectent l’État peuvent être synthétisées autour de deux idées essentielles: d’une part, l’État est désormais placé dans un contexte d’interdépendance structurelle, qui rend caduque la conception traditionnelle de la souveraineté; d’autre part, l’État ne se présente plus comme une entité monolithique, mais, au contraire caractérisée par le pluralisme, la diversité. La conjugaison de ces deux mouvements, qui sont bien entendu interdépendants – l’État étant pris dans un jeu d’interactions aussi bien à l’intérieur qu’à l’extérieur de ses frontières –, tend à relativiser la ligne de démarcation entre public et privé”).

718 Exemplos situados do contexto francês.

A contratualização como técnica de gestão de negócios públicos na França – em estudo com viés crítico – é sistematizada por Laurent RICHER (2003:973/974) em três grandes momentos: a primeira fase, de 1960 a 1982, é a da *economia contratual*, marcada pela planificação e pelas convenções de plano; a segunda, de 1982 a 1992, é a da *administração territorial*, com convenções entre Estado e coletividades territoriais; a terceira, posterior a 1992, é a do *todo contratual*.

719 A *conferenza di servizi* é disciplinada, em termos gerais, pela Lei n. 241/1990, que trata de procedimento administrativo; além de por outras normas específicas. A reunião de entidades administrativas em uma *conferenza di servizi*, seja instrutória, seja decisória, não cria um órgão colegiado, mas apenas implica uma técnica de acordo interadministrativo, que se deve seguir da emanção da decisão final (“*provvedimento*”) pelo ente competente, como esclarece Elio CASETTA (2006:312).

Aprofundando este último aspecto, autores têm afirmado a característica da consensualidade em matéria do que se convencionou chamar *regulação*. Neste sentido, Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2002b:16) aponta que “o novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade”. E, mais genericamente, quanto ao “Direito Administrativo Econômico”, Alexandre Santos de ARAGÃO (2006:157) afirma que sua instrumentalização “às finalidades constitucionais e legais se associa com a sua preferencial consensualização; no sentido de que, via de regra, a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que se adotada unilateral e coercitivamente”.

115. **Ressalvas a esta tendência.** A novidade que se está a sublinhar, portanto, não é a *existência* de mecanismos de consenso, mas a *intensidade* com que a Administração tem recorrido a estes mecanismos de consenso.

Contudo, o foco específico da presente tese não está no fenômeno da Administração consensual. A conclusão à qual esta tese deve levar, acerca do contrato administrativo e sua teoria, não guarda relação de consequência e causa com a caracterização contemporânea da Administração consensual; todavia, toma-a por contexto e, nesse sentido, nela encontra reforço.

De todo modo, registre-se que o modelo da Administração consensual há que ser visto com certas ressalvas, no sentido de não se o tomar como fim em si mesmo, nem como solução universal para as questões que se apresentam ao Estado no desempenho de sua função administrativa.

Duas dimensões distintas devem ser reconhecidas na abordagem do tema.

De um lado, uma abordagem científica, que pretenda apreender a realidade da ação administrativa no tempo atual. Desta abordagem, decorrem a constatação da expansão do modelo consensual da Administração, bem como a avaliação objetiva das virtudes do modelo na facilitação da consecução da função própria da Administração. É o que, ainda que muito brevemente, se buscou fazer mais acima.

De outro lado, uma abordagem ideológica, visando à defesa da adoção do modelo, a partir da manifestação subjetiva de preferência pelos princípios que o modelo encerra. Ou seja, a defesa do mecanismo de consenso sobre o mecanismo de império, por diversos fundamentos, v.g., por uma convicção quanto às suas virtudes democráticas, ou por uma postura refratária ao reforço dos poderes estatais em relação à livre iniciativa.

Esta abordagem ideológica é que justifica maiores cautelas. Isto porque não necessariamente a Administração consensual estará atuando em favor da *liberdade e da democracia*.

No tocante à *liberdade*, compreendida no contexto do Estado de Direito, sua maior garantia é o princípio da legalidade, como decorre da clássica formulação dos artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁷²⁰.

Entretanto, a legalidade compreendida segundo o modelo liberal de Estado de Direito comporta dois sentidos.

O primeiro é a legalidade formal, que valoriza o significado democrático da lei enquanto ato produzido pelo parlamento (supondo-se um modelo de democracia representativa). Mas não é esta dimensão – a qual não deixa de ter sua grande relevância – que mais importa quando se está tratando do sentido funcional do Estado de Direito como protetor das liberdades, aqui tomadas em seu sentido negativo⁷²¹.

O segundo é a legalidade material, que valoriza o aspecto de generalidade e abstração da norma legal. Esta é a dimensão que ganha relevância em vista da proteção dos indivíduos ante o arbítrio do governante⁷²².

Em defesa da legalidade material, vale a acertada ressalva de Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2008:685),

720 “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei” e “Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene” (traduções de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, 2004:168). Sobre o tema, destacando na legalidade concebida pelo Estado de Direito liberal um princípio geral de liberdade, o autor desta tese já teve a oportunidade de se manifestar (Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, 2001:22 e segs.).

721 Conforme a proposição de Isaiah BERLIN (1981:135 e segs.).

722 Eis como DUGUIT o esclarece – com observações que se aplicam à análise que presentemente se faz sobre a Administração consensual: “Compreendeu-se que os detentores do poder político não deviam poder tomar arbitrariamente tal ou qual decisão individual, em vista de tal ou qual situação determinada; que eles estavam vinculados pela regra geral formulada de uma maneira abstrata sem consideração nem de espécie nem de pessoa, e não podiam tomar decisão individual senão de modo conforme à regra geral contida na lei. Desde o momento em que este regime foi compreendido e aplicado, o indivíduo sentiu-se fortemente protegido contra o todo-poder dos governantes; pois é evidente que esta regra geral e abstrata, que limita a ação deles, apresenta muito menos perigo de arbítrio que uma decisão individual, que pode sempre ser provocada pela raiva, pela ambição ou pela vingança” [acrescente-se também pelo favorecimento anti-isonômico de alguém]. (“On a compris que les détenteurs du pouvoir politique ne devaient pas pouvoir prendre arbitrairement telle ou telle décision individuelle, en vue de telle ou telle situation déterminée; qu’ils étaient liés par la règle générale formulée d’une manière abstraite sans considération ni d’espèce ni de personne, et ne pouvaient prendre de décision individuelle que conformément à la règle générale contenue dans la loi. Du moment où ce régime a été compris et appliqué, l’individu s’est senti fortement protégé contre la toute-puissance des gouvernants; car il est évident que cette règle générale et abstraite, qui limite leur action, présente beaucoup moins de danger d’arbitraire qu’une décision individuelle, qui peut toujours être provoquée par la haine, l’ambition ou la vengeance”) (DUGUIT, 1923:96).

visando a desmistificar a “Administração concertada”. Após constatarem que não se pode ignorar que a Administração negocia e que “a negociação se converteu em instrumento imprescindível na tarefa de administrar”, advertem:

É, pois, necessário definir em concreto essas margens negociais que a realidade reclama [...] porque é evidente que sob os aspectos habitualmente idealizados de uma política desse caráter se esconde o enorme risco de uma ruptura da objetividade e da igualdade [...] que a impessoalidade da Lei assegura. A adoção do sistema de Administração concertada como fórmula generalizada de administrar não poderia, pois, ser admitida. A aplicação do regime de ‘concertos’ em substituição do exercício unilateral dos poderes públicos para convencionar com os destinatários sua extensão concreta só pode empreender-se em virtude de habilitações legais específicas, ali onde as circunstâncias particulares permitam estimá-lo positivo.⁷²³⁻⁷²⁴

Também Jacqueline MORAND-DEVILLER (2010a:63) – impondo ressalvas à tendência *pós-moderna* de um Direito *narrativo*⁷²⁵, produzido por uma “pluralidade de autores em cadeia, cada qual retomando a história onde seu predecessor a deixou, herança narrativa da qual o juiz, investido de grande autoridade, seria o depositário – aponta os “riscos de tal debandada” e recorda que “as sociedades humanas [...] necessitam de uma ordem que encontra seu fundamento na universalidade e se apoia em regras impessoais preestabelecidas, a fim de garantir a segurança jurídica”. Daí conclui: “o consensualismo deve se desenvolver quanto à edição da regra, ele não deve pretender regular tudo o que está ao seu alcance”.

723 “Es, pues, necesario definir en concreto esos márgenes negociales que la realidad reclama [...] porque es evidente que bajo los aspectos habitualmente idealizados de una política de este carácter se esconde el enorme riesgo de una ruptura de la objetividad y de la igualdad [...] que la impersonalidad de la Ley asegura. La adopción del sistema de Administración concertada como fórmula generalizada de administrar no podría, pues, ser admitida. La aplicación del régimen de ‘concertos’ en sustitución del ejercicio unilateral de los poderes públicos para convenir con los destinatarios su extensión concreta sólo puede emprenderse en virtud de habilitaciones legales específicas, allí donde las circunstancias particulares permitan estimarlo positivo.”

724 No mesmo sentido – e com a experiência decorrente de ser então vice-presidente do Conselho de Estado francês –, Renaud Denoix de SAINT MARC (2003:971) afasta a hipótese de que se eleve “a administração contratual ao nível de panacéia” e nega que se possa “governar por contrato”, sustentando que sempre deverá haver espaço para o comando por meio de uma norma legal ou regulamentar. E conclui afirmando que a autoridade pública “não pode negligenciar a necessária universalidade de certas regras que um mosaico de compromissos contratuais viria arruinar. Ela não pode ser insensível às desigualdades de tratamento que resultam de convenções negociadas ‘sob medida’ com ‘cocontratantes’ todavia situados em condições idênticas” (“Ne peut pas négliger la nécessaire universalité de certaines règles qu’une mosaïque d’engagements contractuels viendrait ruiner. Elle ne peut pas être insensible aux inégalités de traitement qui résultent de conventions négociées ‘sur mesure’ avec des cocontractants pourtant placés dans des conditions identiques”).

725 A referência da autora é a Ronald DWORKIN, em *A Matter of Principle e Law’s Empire*.

Já no tocante ao fortalecimento da *democracia* por meio da Administração consensual, enquanto modelo que favorece a participação dos destinatários do ato administrativo (no caso, contrato) em sua elaboração, não se pode perder de vista que a referência para que se avalie a democracia no plano de um Estado há de ser o Estado como um todo, ou seja, a produção do Direito geral coincidente com esse Estado.

O contrato, assim como os demais institutos jurídicos, como lembra Enzo ROPPO (1988:24), “muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”.

É certo que, em tese, se pode reconhecer que os mecanismos de consenso em questão baseiem-se predominantemente no princípio da autonomia, o mesmo que se associa, no plano do Direito geral, à democracia.

Todavia, sua aplicação, eventualmente, em sentido contrário ao espírito que preside o Direito geral, criando situações para o atendimento de interesses individuais, não será democrática⁷²⁶.

A falta da referência ao Estado, como um todo, para que se avalie a virtude democrática de um instituto, é, via de regra, a maior causa da perda de sentido da idéia de democracia, que passa a ser empregada como mero artifício de retórica.

São vários os exemplos quotidianos que podem ser lembrados nesse sentido. É o caso do alegado caráter mais “democrático” da eleição direta do Reitor de uma universidade pública pela dita comunidade acadêmica (ou seja, pela elite que constitui o corpo de professores, alunos e funcionários administrativos da universidade), em contraposição à sua escolha final pelo Chefe do Poder Executivo que carrega consigo a legitimação decorrente da eleição pela maioria da população. É também o caso do alegado caráter mais “democrático” da oitiva, em consultas ou audiências públicas, de determinados grupos que se formam em torno de interesses específicos e que, portanto, facilmente se mobilizarão para responder ao chamado participativo com muito mais vigor do que cidadãos em geral, em contraposição ao debate nas instâncias parlamentares.

Não se negam eventuais virtudes, nos exemplos dados, da participação da comunidade acadêmica na escolha do Reitor, nem de grupos de interesse

726 Como já se registrou, com KELSEN (1962-II:171/172; e 1961:300), não se deve confundir o caráter da produção do Direito no plano dos atos jurídicos individuais, com o caráter da produção do Direito geral, de modo que a aplicação de normas jurídicas gerais democraticamente produzidas pode, em certas situações, ser melhor garantida por uma produção autocrática das normas jurídicas individuais.

em audiências ou consultas públicas. Mas não se trata necessariamente de mecanismos de reforço da democracia. Em suma, invocando a fórmula de Jean-Pierre GAUDIN (1999:217), são situações que levam ao risco de que se tenha a “*res publica* progressivamente substituída pelas formas difusas de uma cidadania privada”.

Enfim, não se pode perder a dimensão do caráter instrumental dos mecanismos de consenso no Direito administrativo e na prática da Administração. Instrumental em relação à concretização do Direito geral, consistente nas normas gerais e abstratas de ordem constitucional ou legal.

Como instrumento, a técnica convencional deve ser usada na medida necessária e não sempre buscada, como se importasse fim em si mesma. Nas palavras de Laurent RICHER (2003:975), “o recurso sistemático ao contrato incita a se perguntar se essa panacéia não é demasiado universal para ser curativa”⁷²⁷.

Bem compreendidos em sua função, os mecanismos de consenso na ação administrativa podem constituir importante meio de atração dos indivíduos para que se envolvam nos assuntos da Administração e do Estado em geral⁷²⁸ – para que os acompanhem, para que deles participem, para que melhor os controlem –; e, neste sentido e com as ressalvas acima apontadas, podem configurar instrumentos em defesa de um regime democrático e garantidor das liberdades, ampliando-se a dimensão da cidadania ativa⁷²⁹.

727 “Le recours systématique au contrat incite à se demander si cette panacée n’est trop universelle pour être curative”.

728 Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2008a:349).

729 Com outro viés, frisando a necessidade da participação do povo na concretização de uma Constituição democrática, com papel ativo e não meramente passivo (como simples beneficiários da ação estatal), e demonstrando a incompatibilidade desta idéia com a tendência contemporânea do ativismo judicial, ver Elival da Silva RAMOS (2010:315/317).

SEÇÃO 12 – CONCLUSÃO: POR UM NOVO SENTIDO TEÓRICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Em sede de conclusão, pretende-se apontar os parâmetros do que se entende deva ser uma nova formulação teórica acerca do contrato administrativo, reposicionando-a em relação ao objeto dos contratos, com especial atenção para sua evolução em decorrência do aumento de complexidade do fenômeno contratual constatado no Direito positivo – são contemplados assim os dois aspectos da hipótese de início formulada na tese.

PLANO DA SEÇÃO:

116. Sentido histórico-evolutivo da análise crítica. 117. Duas dimensões da análise crítica. 118. Reposicionamento da teoria em função da natureza do objeto contratual. 119. Objeto dos módulos convencionais de concessão. 120. Objeto dos módulos convencionais de cooperação. 121. Objeto dos módulos convencionais instrumentais. 122. Objeto dos módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral. 123. Vetores de interpretação do Direito vigente. 124. Parâmetros de Direito positivo para uma reformulação da teoria.

116. Sentido histórico-evolutivo da análise crítica. Como de início proposto, esta tese haveria de se desenvolver sob uma perspectiva histórica e evolutiva.

Com isto se quis dizer que a análise crítica que se viesse a fazer da teoria do contrato administrativo deveria partir de uma tentativa de compreensão do objeto estudado – a teoria tal como formulada e consolidada – no contexto jurídico-institucional do tempo em que ocorreu. Daí o recurso às suas fontes originais.

Ao mesmo tempo, a análise crítica deveria perceber o sentido da evolução do objeto. E toda evolução pressupõe que o novo estágio carregue consigo as conquistas fundamentais do estágio anterior.

Neste sentido, a postura básica que presidiu a elaboração da tese é a de respeito, não apenas a concepções teóricas diversas – o que, de resto, deve ser algo tido como natural em qualquer debate científico –, mas também à importância das etapas passadas para a edificação da realidade presente da ciência do Direito.

É a perspectiva evolutiva que resolve a aparente tensão entre o tradicional e o moderno⁷³⁰. Para falar com Eberhard SCHMIDT-ASSMANN (2006:79), a apreciação teórica do fenômeno da modernização do Direito administrativo não há de resultar em rechaçar-se globalmente o modelo tradicional.

Portanto, afirmar que a teoria do contrato administrativo possui um problema original intrínseco⁷³¹, ao não explicar adequadamente o fenômeno que se propôs a esclarecer, bem como que o aumento de complexidade do fenômeno convencional da Administração tenha ampliado sua insuficiência, não significa dizer que a teoria não tenha sido de grande importância para a compreensão do mesmo fenômeno e para o oferecimento de lastro doutrinário para a solução de problemas jurídicos das décadas passadas.

Grandes avanços da doutrina do Direito administrativo, no sentido da redução do viés autoritário que ela originalmente possuía, rumo à ampliação da defesa dos direitos dos indivíduos perante o Estado e ao estímulo à participação deles na gestão da coisa pública, são resultados da aceitação da idéia de que a Administração pudesse se relacionar contratualmente com outros sujeitos de Direito.

O recurso a este modo autônomo de produção normativa, ainda que matizado por luzes do modo heterônomo peculiares do Direito público⁷³², é fator de democratização da ação administrativa e, portanto, elemento favorável à garantia das liberdades, contribuindo assim para a realização do sentido finalístico do Direito administrativo⁷³³.

117. Duas dimensões da análise crítica. A crítica que a presente tese traz à teoria do contrato administrativo não a pretende desqualificar como teoria⁷³⁴.

730 Tensão, aliás, bem resolvida na fórmula “velha e sempre nova Academia”, que inspira o modo de se produzir ciência do Direito na Casa à qual se submete este trabalho.

731 Como se fez na Seção anterior.

732 Recordem-se os desenvolvimentos destas noções nos tópicos 33 e 34.

733 Ver tópico 8.

734 Com efeito, não se pode negar a realidade de que, em dados ordenamentos jurídicos, a Administração relaciona-se com particulares pela técnica contratual, numa relação – a qual se convencionou chamar “contrato administrativo” – que implica a manutenção, pela Administração, das prerrogativas de que goza para cumprir sua função pública.

Neste ponto, há que se dar razão, em parte, a autores que pensam como Fernando GARRIDO FALLA (2002:52), quando afirma: “supondo-se que haja realmente relações jurídicas em que assim ocorre [em que Administração possa celebrar contratos, mantida a incidência de suas prerrogativas], todos os ataques de fundo que se tem feito contra o contrato administrativo terminam por ser, no mais, um mero intento de reivindicação terminológica” (“Supuesto que hay realmente relaciones jurídicas en que así ocurre, todos los ataques de fondo que se han hecho contra el contrato administrativo terminan por ser, a lo más, un mero intento de reivindicación terminológica”).

Disse-se dar razão em parte porque, em que pese muitos “ataques” se percam em uma dimensão apenas formal, ou terminológica, há, como se quis demonstrar ao longo deste trabalho, substrato

Apontar-lhe o que se entende serem equívocos não lhe nega o caráter verdadeiro de teoria: é certo que ela foi concebida com o intuito de explicar um fenômeno real, decorrente, em especial, do Direito produzido pelo Conselho de Estado francês no início do século XX.

Quando propôs um modelo teórico para explicar o Direito francês, fruto da atividade do Conselho de Estado⁷³⁵, JÈZE (1945:251) vislumbrou, em suma, o contrato administrativo como “um procedimento de técnica jurídica posto à disposição dos agentes públicos para assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos”.

Tomou por ponto de partida a idéia de ser inerente ao serviço público a variação, no tempo, de suas necessidades, o que leva a que o objeto de um contrato celebrado por certo prazo deva poder sofrer alterações, ou mesmo que o próprio contrato deva poder ser extinto (JÈZE, 1931:70/73).

Por outro lado, afirmou como “princípio fundamental” da execução dos contratos da Administração, bem como de todo o “Direito moderno”, o “respeito à palavra dada” (JÈZE, 1930a:680); e definiu *contrato* como acordo bilateral de vontades com o fim criar uma situação jurídica individual (JÈZE, 1930a:82/84).

Ou seja, em sua formulação original, da autoria de JÈZE, a teoria do contrato administrativo toma seu elemento de estudo como realmente possuidor do sentido estrutural e funcional de contrato, enquanto categoria do Direito.

O regime “especial” de Direito público que a ele se associa diz com a natureza do *objeto* contratual; e não com o *contrato* em si⁷³⁶.

Todavia, o sentido comum teórico dessa idéia, consolidou-se na França⁷³⁷, numa redução simplificadora, como havendo um regime especial *dos contratos* administrativos, a incluir as possibilidades, para a Administração, de alteração unilateral do contrato, de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público e de ação unilateral auto-executória também em outras medidas inerentes à execução contratual: basicamente um poder de direção e controle e um poder de sanção – tudo isto tendo como contraponto a imutabilidade do equilíbrio financeiro do contrato.

Com esta última configuração é que a teoria do contrato administrativo entrou e consolidou-se no Brasil. Mais ainda: na ausência de mecanismos de criação jurisprudencial do Direito administrativo e na ausência de legislação a respeito em um primeiro momento, entrou e consolidou-se como dogma doutrinário, aceito progressivamente pela jurisprudência (judicial) e posteriormente incorporado pela legislação, com um sentido de *regime de referência* (de aplicação direta ou subsidiária) para todo o fenômeno convencional da Administração.

Ou seja, no caso brasileiro, a teoria do contrato administrativo, em um primeiro momento, sequer pode-se dizer *teoria científica*, no sentido de se propor a conhecer e descrever a realidade do Direito positivo, mas sim uma teoria empregada como *ideologia*, visando a conformar a produção do Direito. Uma vez produzido o Direito nos moldes propugnados pela teoria é que esta, de fato, passou a descrevê-lo.

Com as considerações acima, notam-se as duas dimensões de análise que a proposição crítica de um novo sentido teórico para o contrato administrativo comporta:

- (i) a retificação do que se entende seja uma percepção equivocada da realidade; e
- (ii) a indicação de outra diretriz de política de criação do Direito e de interpretação do Direito vigente⁷³⁸.

São duas dimensões que correspondem à *hipótese* inicialmente lançada nesta tese⁷³⁹:

- (i) de um lado, haver um problema intrínseco no modo como se consolidou e se propagou a teoria do contrato administrativo, resumindo o cerne da explicação à existência de certas prerrogativas inerentes ao *contrato*, não atentando de modo suficiente para o regime *materialmente legislativo* do objeto da relação contratual;
- (ii) de outro, dado o aumento de complexidade do fenômeno contratual da Administração, havido contemporaneamente, a teoria

consistente para uma crítica – e uma crítica que não tenha a conotação de ataque, como algo destrutivo.

735 O qual, por sua vez, naturalmente, não faz, nem deve fazer, *teoria*.

736 O que JÈZE reafirma, até com mais clareza, em obra posterior (1945). Também explicitando a associação do regime ao *objeto* da relação contratual, ver Massimo Severo GIANNINI (1993-II:356).

737 Conforme exposto no tópico 50.

738 A propósito de se falar em medidas de política legislativa em uma tese acadêmica, oportuno endossar as críticas de Carlos Ari SUNDFELD (2008a:33/34) à “atitude de soberba”, daquilo que define como “sentimento constituinte” dos “homens do Direito” (juristas e magistrados), pela qual se quer negar aos “políticos” (notadamente parlamentares) a proeminência no papel soluções para os problemas administrativos, econômicos, sociais e de organização política. Acrescente-se, aliás, outro viés a esta crítica, apontando-se, em sentido oposto ao “sentimento constituinte dos homens do Direito”, a necessidade do retorno dos homens do Direito à Política, como se dava nas antigas tradições da formação de juristas no Brasil.

739 Ver tópico 2.

do contrato administrativo, nos seus moldes tradicionais, ter visto ampliada sua insuficiência.

Estas duas dimensões estão presentes nas observações conclusivas que se apresentam nos tópicos seguintes.

118. Reposicionamento da teoria em função da natureza do objeto contratual. Uma acurada verificação da realidade há de levar à constatação de que as prerrogativas da Administração, inerentes às relações de Direito público, estão presentes no Direito objetivo, aplicando-se a toda ação administrativa, independentemente de estarem presentes no regime específico dos contratos administrativos – seja um regime específico dos contratos estabelecido, por sua vez, também de modo objetivo (por via geral) pelo Direito, seja um regime estabelecido de modo subjetivo pelas partes.

Estas prerrogativas inerentes às relações de Direito público sintetizam-se na idéia de *auto-executoriedade* da ação administrativa.

No entanto, importa perceber – o que nem sempre fica claro em termos da visão da teoria do contrato administrativo – que o regime de Direito público (auto-executório) não acarreta como consequência necessária a incidência das *prerrogativas de ação unilateral* tradicionalmente descritas por aquela teoria, tal como consolidada, p. ex., no Brasil.

É certo que o *auto-executar* já tem implícito um mínimo de *unilateralidade*. Mas, não estando em questão este mínimo, pode haver auto-executoriedade desacompanhada de poderes de imposição unilateral no âmbito de uma ação contratual, tal como se passa quando a Administração auto-executa algo que seja objeto de uma decisão anteriormente tomada por acordo das partes.

E, noutro sentido, pode haver prerrogativas que levem a medidas unilaterais desacompanhadas, porém, de auto-executoriedade, como se passa com certos contratos entre partes privadas⁷⁴⁰.

Essas prerrogativas de ação unilateral, além de auto-executórias, dirão respeito, antes de mais nada e necessariamente, ao *objeto* da ação administrativa, à função pública, ou, como dito no passado, “serviço público”, segundo o sentido amplo empregado na construção originária da Escola do Serviço Público e, particularmente, de Gaston JÈZE, no tocante à teoria do contrato administrativo.

Eventual e acidentalmente estas prerrogativas também dirão respeito ao regime do contrato administrativo, enquanto um *instrumento* possível para o desempenho da função pública – isto por uma opção de política legislativa, quer se trate de um regime já antecipado pela lei, quer se trate de um regime posto pelas partes a partir de abertura da lei neste sentido⁷⁴¹.

Das proposições acima, decorre que um *contrato*, celebrado pela Administração no desempenho de sua função pública, ainda que não contenha certas prerrogativas de *ação unilateral* no seu regime específico – ou seja, no regime que diz respeito à *dinâmica da execução* das cláusulas contratuais – pode ainda assim ser explicado teoricamente como *contrato administrativo*, com o sentido de que: a) é *genericamente contrato* porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral; b) é *especificamente administrativo* porque sofre potencialmente a incidência do regime de Direito público inerente a toda ação Administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral (e não porque tal regime necessariamente esteja incorporado ao modo de ser da relação contratual)⁷⁴².

A diferença, frise-se, está no regime auto-executório que *potencialmente* segue a Administração, pelo simples fato de ser o Estado a agir. Sim, *potencialmente*, porque há se de admitir que, voluntária e justificadamente a Administração possa deixar de exercê-lo, ou mesmo comprometer-se juridicamente a deixar de exercê-lo, por exemplo, levando eventual questão à apreciação judicial, do mesmo modo que já se aceita hoje que a Administração possa consentir com levar eventual questão ao juízo arbitral.

Portanto, o problema da teoria do contrato administrativo, pelo ângulo da análise estrutural, não está em descrever um fenômeno inexistente – pouco importando o nome que se lhe dê: “contrato administrativo” ou outro – mas em pretender levar para dentro da essência contratual do fenômeno elementos que lhe são estranhos, especialmente não distinguindo o *contrato* de seu *objeto*, com os respectivos regimes jurídicos.

No entanto, muitas vezes pode-se encontrar no Direito legislado um tratamento – seja pela imprecisão no uso das palavras, seja por real intenção, o

741 Ver o desdobramento destas hipóteses no tópico 124.

742 Numa compreensão alargada – e usual – de *contrato*, não há problema em se manter a expressão *contrato administrativo* para designar o objeto central da teoria no Brasil. Talvez melhor fosse, como já observado, o uso de expressão que normalmente já possuísse sentido mais amplo, como *convenção*, ou, como se adotou para efeito de sistematização da matéria nesta tese, *módulos convencionais*. Todavia, certamente não soaria natural no uso da língua – ao menos não de imediato – *teoria dos módulos convencionais da Administração*.

740 Aliás, a ausência de auto-executoriedade nos contratos entre partes privadas torna impróprio referir-se à *publicização* dos contratos privados quando se cogita do fenômeno pelo qual se tem constatado incidirem quanto a eles os princípios ditos sociais – função social dos contratos, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual – e a possibilidade de revisão judicial dos contratos com base em tais princípios

que, de todo modo, resulta praticamente no mesmo – que indique as prerrogativas como inerentes ao *contrato*. Verifiquem-se, como exemplo, os termos do já citado art. 58 da Lei n. 8.666/93⁷⁴³.

Está por trás desta opção de política legislativa a idéia de que as prerrogativas de Direito público são decorrência tão-somente da presença da Administração como parte na relação convencional, independentemente de seu objeto.

Com efeito, já se observou que, no Brasil, o regime jurídico vigente acaba por tender a universalizar um critério orgânico de aplicação do regime de Direito público aos contratos da Administração⁷⁴⁴, ou seja, uma aplicação pelo simples fato da presença da Administração como parte da relação.

Destes dois modos de se entender o regime de prerrogativas da Administração em relação aos contratos, aquele que o justifica em razão do *objeto* contratual (relacionado à função pública) dá um sentido coerente à teoria. Daí decorrem, por exemplo e conforme o caso, os poderes de alteração quantitativa do objeto contratual, ou alteração qualitativa de seu modo de execução, ou a suspensão do contrato por certo prazo, ou a aplicação de sanções às pessoas encarregadas de executar o objeto, ou sua rescisão por interesse público. Ainda que estes poderes realmente digam respeito a um regime de contratos, tal se dá apenas acidentalmente, como decorrência de aquele objeto estar sendo executado pela via contratual, vez que, caso se tratasse de execução direta pela própria Administração, o mesmo objeto e seu modo de execução estariam sujeitos a serem atingidos pelo mesmo tipo de decisão unilateral da Administração.

Outro deles – que leva a um sentido teórico incoerente – é supor que a Administração possa exercer suas prerrogativas, não quanto ao objeto contratual, mas quanto à relação contratual em si, independentemente do objeto. Ou seja, a Administração carregaria sempre consigo, mesmo em uma relação contratual, *toda sua potencialidade* de ação unilateral auto-executória – vez que não modulada, caso a caso, em função do objeto, mas acompanhando a pessoa da Administração. Esta situação, contudo, seria a própria negação da possibilidade de relação contratual da Administração, pois um contrato assim concebido seria mera aparência, sempre passível de ser unilateralmente rompido⁷⁴⁵.

E, de fato, tanto é descabida esta última conclusão teórica, que, mesmo face a um texto como o da Lei n. 8.666/93, não se sustenta e não se pratica a possibilidade de que a Administração rompa o *fundo* da relação contratual, segundo sustentam GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ⁷⁴⁶, por exemplo, afirmando ser descumprimento o que não é, ou invocando razões de rescisão ou de aplicação de sanção contratual fora das hipóteses convencionadas.

Todavia, ainda que incoerente teoricamente e descabida na prática, a leitura, de certo modo simplificadora, de que o regime de prerrogativas seja e deva ser próprio do contrato e não do objeto contratual tem a conseqüência, em termos de produção e aplicação do Direito, de propiciar uma tendência de expansão, irrefletida, deste regime a qualquer relação convencional da Administração.

Portanto, não se nega que se possa teorizar sobre o *contrato administrativo*, isto é, não se nega que o *contrato administrativo* seja um fenômeno real, passível de ser compreendido e explicado teoricamente.

Mas, repita-se, *contrato administrativo* há de ser compreendido como elemento pertencente ao gênero próximo *contrato* porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral; e como possuidor da diferença específica *administrativo* porque sofre potencialmente a incidência do regime de Direito público inerente a toda ação administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral.

E o critério da incidência desse regime há de ser o objeto contratual e não a simples presença da Administração na relação. Há que se buscar na *natureza* do objeto contratual a razão de ser do regime.

Seria, neste sentido, uma aplicação revigorada da noção de *natureza das coisas* – uma noção anteriormente bastante prestigiada⁷⁴⁷ e atualmente pouco considerada, possivelmente por seu uso generalizado e pouco preciso em termos conceituais.

Aliás, por um aspecto – que não é o que aqui se quer invocar – a noção pode equivocadamente sugerir uma postura metafísica da produção normativa, como se o legislador e o aplicador do Direito devessem apreender algo que seja dado pela natureza, de modo a não alterá-lo com sua vontade. Seria, por outras palavras, a redução da produção normativa a ato de conhecimen-

743 Ver tópico 64.

744 Ver tópico 68.

745 Seria o retorno teórico, p. ex., as concepções germânicas que negavam a possibilidade de que a Administração celebrasse contratos (ver tópico 40). Reitere-se aqui o que se disse mais acima: a auto-executoriedade, essencial do Direito público, não implica, necessariamente, toda carga de ação unilateral aqui considerada.

746 Ver tópico 109.

747 Lembre-se, p. ex., da célebre definição de *leis*, em sentido amplo (não apenas jurídico), oferecida por MONTESQUIEU no Capítulo primeiro do Livro primeiro de seu *Do Espírito das Leis*: “relações necessárias que derivam da natureza das coisas” (“rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses”).

to e não a ato de vontade, para usar as categorias trabalhadas por KELSEN (1962-I:137 e segs.).

De rigor, porém, há que se entender, adaptando-se a fórmula de BOBBIO (1980:149), que o legislador – e acrescente-se o aplicador do Direito – pode até crer “ler no livro da natureza”; porém, “na realidade o interpreta”.

A utilização *revigorada* da noção de natureza das coisas – aplicada ao objeto do contrato administrativo – deve seguir as ressalvas de BOBBIO (1980:154): a) o procedimento empregado para que sejam obtidas regras a partir da natureza das coisas deve possuir um caráter racional-teleológico; b) a expressão vaga *natureza das coisas* seria melhor compreendida como *função econômico-social de uma instituição*.

Em suma, há que se raciocinar finalisticamente com a função social do objeto contratual e, neste sentido, do próprio contrato, para que se justifique, em cada caso, a incidência de um regime com maior ou menor carga de prerrogativas auto-executáveis de ação unilateral por parte da Administração.

A idéia que se acaba de enunciar pode ser aplicada aos diversos grupos de módulos convencionais de que a Administração seja parte, no contexto contemporâneo do aumento de complexidade do fenômeno convencional da Administração – aumento este que evidencia, de plano, a impropriedade de se pretender explicá-los todos pela tradicional teoria do contrato administrativo (tal como se consolidou no Brasil), bem como de se lhes dar tratamento de Direito positivo no mesmo espírito desta teoria.

Agruparam-se os principais exemplos de módulos convencionais em quatro blocos: *módulos convencionais de cooperação*, *módulos convencionais de concessão*, *módulos convencionais instrumentais* – estes três configurando hipóteses em que a convenção é indispensável para a criação de situação jurídica – e *módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração*.

É certo que, dentro de cada grupo, as figuras individualmente consideradas podem receber do Direito um regime jurídico peculiar. Mas também, dentro de cada grupo, uma identidade genérica das figuras justifica, no plano teórico, um só modo de incidência, em linhas gerais, de um regime de prerrogativas da Administração.

119. Objeto dos módulos convencionais de concessão. Tomem-se, em primeiro lugar, os *módulos convencionais de concessão*, lembrando-se que foi a partir do contrato de concessão de serviço público que se edificaram as bases da teoria do contrato administrativo.

Recorde-se que a principal diferença entre este e os demais grupos é a presença, nos módulos convencionais de concessão, como *objeto* contratual, de

um elemento inerente com exclusividade ao Estado, que lhe é e continuará sendo próprio, por se vincular de modo imanente – ainda que por uma decisão política em cada regime constitucional – à função pública.

Este objeto, seja um serviço ou um bem, já trará consigo um regime jurídico próprio, com notas mais ou menos intensas de Direito público.

As normas de regência do objeto da concessão, enquanto objeto de função pública, são postas por ato materialmente legislativo (ato-regra) e unilateral, não sendo criadas por ato de natureza convencional.

Assim, os aspectos muitas vezes ditos “regulamentares da concessão” (de serviços ou de bens) situam-se em um ato de natureza objetiva, anterior a qualquer contrato, seja esse ato formalmente lei, seja um ato formalmente administrativo, mas de caráter normativo geral e abstrato, editado em decorrência de uma lei.

Há que se compreender, portanto, que o ato objetivo, anterior ao contrato, não é propriamente um *regulamento da concessão*, mas um *regulamento do serviço ou bem* passível de ser objeto de concessão; este regulamento pode até referir-se ao fato de tal serviço ou bem poder ser concedido e pode até disciplinar o modo pelo qual aconteça a concessão, porém, antes de mais nada ele será um *regulamento do objeto da concessão*, e não um regulamento da concessão (enquanto regulamento de uma convenção individualmente considerada).

O ato objetivo a reger o modo de ser do serviço público impõe-se à Administração, não apenas por ser ela titular do serviço, mas sobretudo por a prestação do serviço configurar para ela dever constitucional de que não se pode eximir; e o mesmo raciocínio aplica-se em matéria dos bens públicos e de sua utilização funcionalmente vinculada.

Todavia, este ato objetivo não se impõe a uma pessoa diversa da pessoa da Administração que seja titular do serviço ou bem em questão, senão na medida em que esta outra pessoa consinta inserir-se em uma relação jurídica pela qual se obrigue a executar prestações relativas a tal objeto.

E ainda, na verdade, este ato objetivo, que disciplina o modo de ser do serviço ou bem público, não impõe à Administração que garanta sua consecução *mediante concessão*. Cabe à Administração, por decisão de natureza administrativa, dentro da esfera da *reserva de Administração*, optar por cumprir seu dever de modo direto ou valendo-se da concessão. A autorização legislativa, que, em regra, o Direito brasileiro exige para que se dê a concessão, é realmente *autorização* para que a Administração escolha esta via; e não *imposição* de que o faça.

Por outras palavras, o regime jurídico do serviço ou bem – que vinculará a Administração enquanto sua titular e sujeito de dever – apenas incidirá em uma dada relação *de concessão* se ambos, concessionário e Administração concedente, assim consentirem.

Daí porque considerar que, de rigor, na situação complexa do que se usa simplificadaamente dizer “concessão”, há a incidência de *três* atos jurídicos: (i) em primeiro lugar um ato *anterior à concessão propriamente dita*: um *ato-regra* de caráter unilateral, consistente na lei, ou também no ato administrativo dela decorrente, que fixam as normas de regência do objeto da concessão; (ii) em segundo lugar, um *ato-condição*, que importa o consentimento do concessionário e da Administração concedente, fazendo quanto a eles, enquanto partes de uma relação convencional, incidirem as regras postas pelo Direito objetivo em matéria da concessão; (iii) em terceiro lugar, um *ato-subjetivo* relativo às cláusulas econômicas da concessão⁷⁴⁸.

Por vezes não se percebe a distinção dos dois últimos atos acima referidos porque, na prática, vêm contidos no mesmo suporte formal e são realizados simultaneamente.

Note-se que o ato descrito em (ii) não se confunde com “contrato de adesão” (como se usa dizer no Direito privado), no sentido de ato subjetivo: no caso da concessão incidem, quanto ao concessionário e também quanto ao concedente, normas postas desde antes pelo Direito objetivo; no caso do contrato de adesão, incidem, quanto à parte aderente, normas postas pela outra parte contratante, portanto, numa relação puramente subjetiva. E também não pode ser tido como ato unilateral, pois para que se forme a relação jurídica da concessão é necessário o consentimento das partes.

Como se vem de afirmar, de um lado, as normas de regência do *objeto* da concessão situam-se em ato unilateral, com natureza de *ato-regra*, anterior à concessão; mas, além disso, deve haver um ato pelo qual o concessionário admitta a incidência destas normas quanto a ele. Esse segundo aspecto corresponde exatamente conceito de *ato-condição*⁷⁴⁹.

748 Ver tópico 92.

749 Ver tópico 23. Com este posicionamento se está afastando, de certo modo, da posição de DUGUIT (1927:327), quando menciona as *cláusulas regulamentares da concessão* como exemplo de *ato-regra*; todavia DUGUIT (1927:421) também afirma que as *cláusulas regulamentares da concessão* são exemplo de *união*; e a *união* aqui não seria, por certo, o de fixação das normas de regência do objeto da concessão – posto que é evidente seu caráter *unilateral* – mas sim esse ato de consentimento do concessionário, que se está dizendo nesta tese *ato-condição*, como o faz BONNARD (1935:550). Lembre-se também que Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO entende que o ato relativo ao regime da obra ou serviço seja ato unilateral (2007:689), mas que na concessão haja acordo de vontades entre concedente e concessionário para a formação do vínculo jurídico (2007:558).

A distinção entre o *ato-regra* e o *ato-condição* acima indicados leva a que se desdobre o que muitas vezes a doutrina chama unificadamente de “cláusulas regulamentares da concessão”. Neste sentido, há, de um lado, o *regulamento do objeto da concessão* e, de outro, as verdadeiras *cláusulas regulamentares da concessão*.

Aceitando-se que, na linguagem jurídica usual, “cláusula” remete à idéia de elemento presente expressamente em uma convenção (não decorrente apenas da lei)⁷⁵⁰, as verdadeiras *cláusulas regulamentares da concessão* são aquelas *presentes* no contrato de concessão, como reflexo dos dispositivos materialmente legislativos, contendo prerrogativas da Administração no tocante ao objeto da concessão (*regulamento do objeto da concessão*).

Neste caso, porém, o fundamento de validade do regime de prerrogativas da administração não está nas *cláusulas regulamentares* presentes no texto do instrumento jurídico que dá suporte material à concessão, mas sim no ato gerador da situação jurídica objetiva (*regulamento do objeto da concessão*) do qual tais cláusulas são reflexos.

Por outras palavras, as *normas jurídicas* que obrigam concedente e concessionário a certas condutas em relação ao modo de ser do objeto da concessão situam-se nos dispositivos materialmente legislativos de regência desse objeto; se formalmente o conteúdo de tais normas encontra-se replicado⁷⁵¹ em dispositivos contratuais – as *cláusulas regulamentares* – isso se dá por uma questão prática de se aclarar a compreensão global da matéria, consolidando-se em um único texto todas as regras aplicáveis⁷⁵².

E, nem por isto, as cláusulas regulamentares ganham natureza de normas contratuais em sentido estrito, no sentido de criadoras de situação jurídica subjetiva: persiste na relação em questão o caráter de situação jurídica objetiva. As cláusulas regulamentares provêm de ato com natureza de *ato-condição*.

750 Convencione-se assim o uso da expressão *cláusula*. No dizer de Orlando GOMES (1990:20), quando *escrito* o contrato, chamam-se *cláusulas* à “série ordenada de disposições” que ele contém. Não se ignora, todavia, que há autores que admitem a noção de cláusula *implícita* em contrato. Neste sentido, Edmir Netto de ARAÚJO (2010:673), indica a existência, no contrato administrativo, de cláusulas *explícitas*, cláusulas *referenciais* (que comportam remessa a outros documentos regulamentares ou legais) e cláusulas *implícitas* (as que, mesmo não escritas, nem mencionadas, fazem incidir direitos e obrigações quanto aos contratos).

751 Ou mesmo não textualmente replicados no corpo do contrato ou em documento anexo, mas alvo de remissão feita por dispositivo contratual ao texto do regulamento do objeto da concessão.

752 É a mesma lógica do que se passa quando, por exemplo, uma lei estadual reproduz em seu texto o conteúdo de norma geral fixada por lei federal, sendo o caso de competências legislativas concorrentes. Estar o texto presente em dispositivo de norma estadual, num caso em que se trate de matéria de competência federal, não faz que sua força normativa fundamente-se na lei estadual: a força vinculante continua fundada na lei federal.

Em suma, além do ato unilateral que estabelece o *regulamento do objeto da concessão*, a *concessão propriamente dita* é misto de ato-condição com caráter de união (de que decorrem as *cláusulas regulamentares da concessão*) e de ato subjetivo com caráter de contrato em sentido estrito⁷⁵³ (de que decorrem as *cláusulas econômicas da concessão*); portanto, sempre convencional.

Contudo, pelas considerações terminológicas já feitas em termos de Direito brasileiro⁷⁵⁴, cabe dizê-la *contrato*, dando sentido amplo a esta palavra.

De todo modo, há que se ter consciência de que essa simplificação na expressão esconde a complexidade do ato, como acima descrito, ou seja, a presença de um mecanismo pelo qual, mediante o consentimento das partes incidem regras do derivadas de situação objetiva de regência do objeto da concessão⁷⁵⁵.

A existência de uma situação objetiva, com maior ou menor intensidade de um regime de Direito público, que vem reger o serviço ou bem objeto de uma concessão, é que justifica o tratamento teórico diferenciado dos módulos convencionais de concessão em relação aos demais grupos de módulos convencionais.

A opção pelo tratamento jurídico de certa matéria em atos materialmente legislativos, com caráter objetivo, decorre, aliás, da compreensão da mutabilidade inerente a certos objetos peculiares da função administrativa.

Com efeito, por não dizerem respeito à situação jurídica individual de nenhum sujeito, e sim estabelecerem o Direito de modo geral e abstrato, os atos jurídicos de caráter objetivo são modificáveis a qualquer tempo (observados, por certo, os procedimentos formais previstos no ordenamento).

Note-se que essa característica de possibilidade de alteração do ato jurídico com sentido objetivo – o que corresponde ao sentido material de lei – não é afastada pela noção que se usa dizer “direito adquirido”⁷⁵⁶: a lei geral e abstrata, por sua própria natureza, não afetará direitos adquiridos, ou seja, não retroagirá para afetar situações jurídicas subjetivas⁷⁵⁷ e apenas configurará uma situação objetiva. O que se passa é que, sendo verificada uma situação subjetiva que o ordenamento jurídico trate como de “direito adquirido”, essa situação ficará fora da hipótese de incidência da nova lei.

753 Para usar as categorias de DUGUIT quanto às convenções.

754 Ver tópico 57.

755 Atente-se para a mera coincidência das palavras: o adjetivo *objetivo* associado a *situação* (“situação objetiva”) não é derivação da palavra *objeto*, associada à prestação contratual (“objeto da concessão”).

756 Conceito acolhido pela Constituição brasileira (art. 5º, XXXVI).

757 Caso se trate de um ato que seja formalmente lei, mas materialmente administrativo – com efeitos individuais e concretos – ainda assim não poderá retroagir para afetar situações jurídicas subjetivas. Todavia, nesse caso, não *por natureza*, mas por vedação constitucional.

Dito isso com outra perspectiva: a lei não retroagirá para afetar situações jurídicas subjetivas, mas apenas, a partir de sua edição, modificará as situações jurídicas objetivas, que são emanações diretas da própria lei⁷⁵⁸.

Aplicando-se essa afirmação ao caso do contrato de concessão, tem-se que a lei⁷⁵⁹ sempre terá a possibilidade de alterar lei anterior, modificando o que esta estabeleça quanto ao modo de ser do objeto da concessão.

Se isso produzir reflexos no contrato de concessão (situação jurídica subjetiva), o concessionário estará resguardado em seu direito “adquirido” ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A lei nova não retroagirá para modificar esse equilíbrio.

Ou seja, o objeto da concessão pode até mudar, na medida em que mude a situação jurídica objetiva, mas o reflexo dessa mudança no contrato de concessão abrirá ao concessionário o poder jurídico de exigir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou, no limite, indenização ante a impossibilidade de prosseguimento na prestação contratual, vez que a relação jurídica subjetiva estabelecida no tocante ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato é intangível.

Por outro lado – fenômeno distinto – é o de haver previsão em ato de caráter objetivo (lei, no caso), de que certos contratos possam ser alteráveis por ato unilateral de uma das partes (além de outras prerrogativas que caracterizam os ditos contratos administrativos).

O fenômeno é distinto porque aqui se está a cogitar não da possibilidade de mudança da lei (ato objetivo), mas sim da mudança de um contrato (ato subjetivo) com fundamento em previsão de uma lei.

Em outras palavras, a mutabilidade como aspecto próprio do *regime do contrato administrativo* não se confunde com a mutabilidade da lei que estabeleça o regulamento do objeto contratual – que, de resto, é a mutabilidade própria de qualquer lei.

758 Nesse sentido, a doutrina de DUGUIT, lançada no tomo I de seu *Traité* (1927:315) e desenvolvida no tomo II (1928:238 e segs.). Aliás, DUGUIT expõe a matéria, baseando-a na noção de irretroatividade das leis, em que se funda toda a segurança do Direito, mas negando o sentido do conceito de “direito adquirido”, que aponta somente trazer dificuldades para a explicação do fenômeno e que indica ser redundante em seus próprios termos, pois um direito que não fosse adquirido seria em verdade um não-direito (1928:231). Para um completo estudo sobre o tema no Brasil, ver Rubens LIMONGI FRANÇA (1982) e, mais contemporaneamente, Elival da Silva RAMOS (2003). Sobre o tema do direito adquirido no Direito administrativo, especialmente quanto aos contratos, ver Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (2009:24/25). Para a relação de direito adquirido e irretroatividade das leis com a extinção dos atos administrativos – partindo-se da distinção entre a extinção do ato e a extinção de seus efeitos que subsistam mesmo após o esgotamento do ato – ver Márcio CAMMAROSANO (1980:161 e segs.).

759 Fala-se aqui em lei no sentido material, incluindo atos regulamentares de caráter geral e abstrato (gerando situações jurídicas objetivas).

Um contrato de concessão terá, pois, um *objeto* sempre mutável, acompanhando as alterações que venha a sofrer o ato que se está chamando de *regulamento* desse *objeto*.

Não tendo, contudo, a teoria do contrato administrativo, tal como consolidada no Brasil, apontado adequadamente tal diferencial – referente ao objeto contratual –, a justificar o tratamento jurídico da concessão, expandiu-se de modo indevido, tanto em termos de teoria, como em termos de reflexo no Direito positivo, para praticamente todo o fenômeno convencional envolvendo a Administração Pública⁷⁶⁰.

Entretanto, mesmo no caso dos módulos convencionais de concessão, verifica-se uma tendência, em termos de política legislativa – ou também em termos de formulação teórica que a pretenda influenciar – de que o *regime legal do contrato* passe a acolher uma maior flexibilidade na definição, pelas partes, das prerrogativas da Administração a incidir em cada caso, diferentemente do modelo mais tradicional de concessão de serviço público (dita “comum”, após o advento da Lei n. 11.079/04).

Aliás, é de se notar que mesmo a concessão comum, ainda que não possua esta maior flexibilidade na definição do regime de prerrogativas, já comporta, nos termos da Lei n. 8.987/95, a mitigação deste regime, p. ex., com a exigência da intercessão legislativa para que a Administração possa proceder à encampação (equivalente à rescisão contratual por motivo de interesse público); ou com mais rigores para que se realize a intervenção (equivalente ampliado da idéia de ocupação provisória de bens, pessoal e serviços).

Sem que se perca o sentido de inerência ao Estado do objeto contratual, em muitos casos de concessão, a Administração busca na outra parte contratual uma atuação com sentido reforçado de parceria.

Ainda que a idéia de *parceria*, em um sentido amplo, possa mais remeter ao grupo que se intitulou módulos convencionais de cooperação, dada a conjugação de esforços para a consecução de fim comum, até mesmo o legislador

760 Sistematizando com critério diverso do sugerido nesta tese a fonte normativa do regime de prerrogativas da Administração – “por força de lei, de cláusulas contratuais ou do objeto da relação jurídica” (2010:620), ou seja, sugerindo, com esta terceira hipótese, prerrogativas que não decorram de previsão contratual e nem mesmo estejam previstas expressamente em normas jurídicas (2010:619) –, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO afirma, criticamente, que “não se pode impedir que a doutrina absolutamente majoritária no Brasil resolva designar sob o nome ‘contratos administrativos’ esta variedade de relações díspares” (2010:620).

(não apenas no Brasil) tem se valido desta expressão para reforçar a dimensão de *parceria* em certos casos de concessão⁷⁶¹.

É o caso das ditas “parcerias público-privadas”, que em termos de estrutura contratual, não deixam de ser *concessão*⁷⁶², aplicando-se a expressão *parceria* em um sentido ilustrativo – pode-se dizer uma expressão *mercadológica* –, com o objetivo de se chamar atenção para o maior nível de envolvimento do concessionário na relação, desde a definição concreta do objeto contratual.

Num caso como estes, de figuras de concessão em que o concessionário atue assim mais proximamente da Administração concedente, participando tecnicamente da definição do projeto a ser executado, trazendo para o contrato o modelo de financiamento que tornará viável o negócio, partilhando ganhos econômicos e riscos decorrentes da atividade contratual⁷⁶³, é natural que se mitiguem as prerrogativas de ação unilateral da Administração.

São contratos complexos, de longa duração e altos valores, fortemente vinculados a modelos sofisticados de financiamento, cujo equilíbrio não se recompõe com tanta simplicidade e cuja viabilidade técnica e econômica pode-se pôr a perder facilmente ante alterações unilaterais do que foi originalmente projetado.

Por certo não se está sustentando que, quanto a eles, não possua a Administração, no limite, certas prerrogativas de que são decorrentes do caráter imanente do objeto em relação à função pública. Apenas se está dizendo que estas prerrogativas devem ser reduzidas⁷⁶⁴.

Ainda tratando do grupo dos módulos convencionais de concessão, há também que se lembrar das peculiaridades da concessão relativa a bens públicos.

Por um lado, vale novamente a consideração do caráter inerentemente público do objeto, a justificar a incidência objetiva de um regime publicístico.

761 Observe-se, quanto ao sentido mais puro das palavras, como bem lembra Romeu Felipe BACELLAR FILHO – segundo o autor desta tese já presenciou –, em princípio, na situação de *concessão* não há *parceria* (cada parceiro fazendo sua parte), mas uma outorga de poderes para que o concessionário atue em lugar da Administração.

762 Ver tópico 87.

763 Verifiquem-se, p.ex., os artigos 5º, III e IX, da Lei n. 11.079/04; e 15, § 3º, e 21, da Lei n. 8.987/95.

764 Floriano de Azevedo MARQUES NETO (2008:68/69), marcando as peculiaridades dos contratos de concessão que importam parcerias público-privadas afirma que “subjaz à idéia de parceria que ambos os parceiros concorram para o arranjo mais apto a consagrar o interesse de ambos” o que implica imutabilidade do “objeto (entendido como resultado, utilidade final) alvitado pelo poder público”; e o modo de se alcançar o resultado há de se estabelecer não de modo unilateral, mas envolvendo-se o concessionário. Diz ainda: “A posição de prevalência, de autoridade, conferida à Administração no regime geral dos contratos administrativos não desaparece no regime das PPP, mas sofre forte mitigação”. Também Paulo MODESTO (2005:32) afirma como características dos contratos que implicam parcerias, entre outras, a “atenuação no uso das prerrogativas exorbitantes por parte da Administração” e a “flexibilidade dos arranjos institucionais” que tornam viável o ajuste de interesses.

Por outro, muitas vezes a vantagem derivada da utilização do bem é em grande medida privada – ainda que sempre conforme o interesse público revelado na norma jurídica que prevê a possibilidade de concessão. Pense-se, por exemplo, na concessão de uso especial para fins de moradia, ou na concessão de direito real de uso, ou na concessão minerária.

Em casos assim, não faz sentido teórico sustentar um amplo regime de prerrogativas de ação unilateral por parte da Administração no tocante à execução do objeto contratual, senão, notadamente, as prerrogativas de sanção e de encerramento da relação⁷⁶⁵.

120. Objeto dos módulos convencionais de cooperação. Diferentemente do grupo dos módulos convencionais de concessão, o dos *módulos convencionais de cooperação*, em vários casos de relações estabelecidas com particulares, não envolve, como *objeto* contratual, elemento próprio e exclusivo do Estado, vinculado de modo imanente à função pública.

O desempenho de função pública, por certo, acompanhará qualquer atividade estatal. Porém, o que se está a dizer é que, nestes casos de módulos convencionais de cooperação, ainda que atuando de modo a cumprir sua função pública, o Estado lida com objeto contratual que igualmente é acessível aos particulares, independentemente de outorga pelo Estado.

No entanto, é verdade que dentre os exemplos dados de módulos convencionais de cooperação, há casos em que o objeto contratual é sim inerente ao Estado. Mas estes são casos em que a relação convencional se estabelece entre dois entes estatais.

Nesta última situação, ainda que não se possa falar em “objeto contratual acessível aos particulares”, trata-se também – diferentemente do caso dos módulos convencionais de concessão – da mesma hipótese em que uma parte contratual não depende de *outorga* pela outra de objeto de titularidade exclusivamente estatal, até porque, como dito, ambas são partes estatais. O que estará em questão é a cooperação para o exercício de competências constitucionalmente atribuídas aos entes estatais.

Em suma, no caso dos módulos convencionais de cooperação, a Administração e a outra parte contratante (estatal ou particular) conjugam esforços para alcançarem um *fim comum* – expressão aqui tomada não em seu sentido genéri-

co (tal como se pode dizer que o fim comum seria o “interesse público”), mas no sentido de fim comum individual e concretamente definido na convenção.

Em uma situação assim, não há necessariamente que existir, *a priori*, no ordenamento jurídico, um regramento objetivo, com prerrogativas de ação auto-executória e unilateral da Administração, do objeto da relação convencional que se venha a estabelecer. Isto é, não necessariamente existirá algo similar àquilo que acima se disse *regulamento do objeto da concessão*.

Justifica-se esta última afirmação, seja pela idéia da existência de um fim comum a ser atingido pelas partes, as quais estarão lidando com um objeto contratual que já lhes é próprio, seja – aqui contemplando-se apenas o caso de relações convencionais da Administração com particulares – pela não inerência de certos objetos ao Estado de modo exclusivo.

Assim, a lógica teórica a explicar o regime dos módulos convencionais de cooperação é distinta daquela que preside os módulos convencionais de concessão.

No caso dos módulos convencionais de cooperação, a teoria há de dar sustentação para que, em termos de política legislativa, seja amplificada a possibilidade de estabelecimento de mecanismos autônomos de produção normativa, levando a situações jurídicas com maior grau de caráter subjetivo.

Com efeito, a homogeneidade de fins é um fator de redução dos potenciais conflitos de interesse, a justificar maior flexibilidade para que as partes possam convencionar o regime jurídico específico de sua relação.

Alie-se a esta consideração a idéia de Maria GARCIA (1995:230) quanto aos *convênios em geral*, detectando-se neles “ausência de vinculação contratual”, no sentido de que possa “qualquer partícipe denunciá-lo livremente mantidas vantagens e responsabilidades existentes até a denúncia”. Nestes casos, que a autora caracteriza como de “*cooperação associativa*”, “a liberdade de ingresso e de saída é traço característico”.

Ora, em face de tal “liberdade de ingresso e de saída”, perde relevância, em termos de zelo para com o que seja entendido de interesse público, a existência de um regime de prerrogativas unilaterais da Administração.

Este mesmo raciocínio, fundamentado na idéia de “liberdade de ingresso e de saída”, pode ser aplicado quanto às *sociedades e associações*. Nestes casos, está presente verdadeiramente uma liberdade – quando se cogita de partes privadas com que a Administração se relacione⁷⁶⁶ – de natureza constitucional: a liberdade de associação.

765 No caso da concessão de uso especial para fins de moradia, aliás, a lei quase retira até mesmo a possibilidade de rescisão da relação por parte da Administração, salvo hipóteses estritamente previstas de extinção do direito e a hipótese, também legalmente prevista, de que o Poder Público assegure o exercício do direito em outro imóvel, o que não configura propriamente extinção do direito.

766 Isto porque não cabe a noção de *liberdade* tendo por sujeito o Estado. De todo modo, vale a idéia de que o Estado, bem como outros sócios ou associados, têm possibilidade jurídica de se retirar da relação.

Ademais, no caso das sociedades e associações, por se dar origem a nova pessoa jurídica – a qual passa a seguir um regramento jurídico interno, próprio de seu modo de ser –, não seria cabível supor que um sócio ou associado, simplesmente por sua natureza estatal (e não por um critério de controle de capital, ou de maioria em órgão colegiado), pudesse exercer prerrogativas de modo a unilateralmente modificar tal regramento. Esta possibilidade operaria no sentido contrário da estabilidade que o Direito pretender conferir à situação pelo meio qualificado da criação da nova pessoa.

Já particularmente no caso dos contratos que importem *fomento*, seguindo-se a mesma lógica do que acima se afirmou quanto a contratos de concessão de bens públicos – por certo, com a diferença de que no presente caso sequer se trata de objeto contratual inerente ao Estado –, ou seja, a lógica da utilidade preponderantemente privada do objeto contratual, vale com mais razão o afastamento do sentido teórico de um regime de prerrogativas da Administração.

À Administração não caberia pretender interferir com o desempenho da atividade fomentada, senão no limite da verificação do respeito às condições sob as quais se decidiu fomentar.

121. Objeto dos módulos convencionais instrumentais. O que se vem de afirmar, quanto aos módulos convencionais de cooperação, com mais intensidade se aplica ao caso dos *módulos convencionais instrumentais*.

De fato, mesmo que – repita-se a idéia – também neste caso a Administração esteja a desempenhar função pública, o *objeto* da relação convencional está ainda mais afastado de uma caracterização de inerência ao Estado.

Note-se⁷⁶⁷: *objeto* da relação convencional no sentido jurídico e não no sentido de bem individualmente considerado – ou seja, ao se cogitar, p. ex., da alienação de um bem público ou da obra a se realizar sobre um bem público, o que se está dizendo “igualmente acessível aos particulares” é o *alienar* ou o *construir* (ou *reformular*) e não o *bem público* em si. Diferente é, pois, p. ex., o *prestar serviço público*.

Eventualmente pode até acontecer que o Direito positivo contenha um *regulamento do objeto* de um módulo convencional instrumental. Com efeito, em última análise, a letra da norma jurídica comporta qualquer conteúdo (admitindo-se, por hipótese, que sua validade esteja fundada na norma constitucional). Mas são situações diferentes.

No caso do objeto da *concessão*, justamente por se entender algo inerente ao Estado, o Direito tem que havê-lo regrado objetivamente. “Tem que havê-lo regrado” não por uma questão de *dever*, mas por um *imperativo lógico*: dizer que se trata de um objeto inerente ao Estado já implica que seja ele objetivamente regrado pelo Direito, pois não há Estado, nem, portanto, inerência de um objeto ao Estado, sem que o Direito assim o estabeleça.

E é diferente desta situação de imperatividade lógica – isto faz toda a diferença entre a natureza das coisas analisadas – que o Direito, por uma opção de política legislativa, entenda cabível regrar objetivamente o objeto qualquer de uma relação convencional.

Não haverá, pois, no caso dos módulos convencionais instrumentais, o imperativo lógico de que o Direito estabeleça um regramento objetivo quanto ao objeto contratual em razão de inerência ao Estado.

Se, por opção de política legislativa, o Direito vier a estabelecer certo regramento objetivo, com alguns poderes de ação unilateral, quanto a um contrato, p. ex., de obra, ou de compra, ou de prestação de serviços, estará levando em consideração circunstâncias próprias do modo de ser do objeto contratual, por sua natureza física e não por seu caráter público.

Neste sentido, já se ofereceram exemplos extraídos do Código Civil⁷⁶⁸, de contratos que são normalmente firmados entre partes privadas e que comportam certo regime especial com poderes de ação unilateral (ainda que não auto-executória, vez que entre partes privadas), fixado de modo objetivo (por via geral, em normas materialmente legislativas) e não subjetivo (pelas partes do contrato, para se aplicar tão somente a elas), em virtude do modo de ser do objeto e não de seu caráter público.

Portanto, a lógica teórica a explicar o regime dos módulos convencionais instrumentais também é distinta daquela que preside os módulos convencionais de concessão.

No caso dos módulos convencionais instrumentais, ainda mais do que no caso dos módulos convencionais de cooperação, a teoria deve propiciar margem de política legislativa para que seja amplificada a possibilidade de estabelecimento de mecanismos de produção normativa segundo o princípio da autonomia, levando a situações jurídicas com maior grau de caráter subjetivo.

Esta conclusão se reforça quanto àqueles módulos convencionais instrumentais que o Direito positivo usa dizer sujeitos preponderantemente ao Direito privado.

767 E a ressalva se aplica, com as devidas adaptações de exemplos, aos módulos convencionais de cooperação.

768 Ver tópico 112.

Mas também vale, ressalte-se, mesmo para aqueles aos quais alguns ordenamentos jurídicos tendem a dar tratamento publicístico, por relacionar seu objeto – obras, fornecimentos e serviços – com um suporte direto ao exercício de função pública.

Apesar desta suposta proximidade com a função pública, também nestes casos não está em questão um objeto contratual inerente ao Estado. Para usar a expressão de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás Ramón FERNÁNDEZ (2008:682), neles a Administração atua meramente como “cliente” dos empresários privados, num terreno de “simples colaboração ou intercâmbio patrimonial”.

Em última análise, o interesse da Administração presente nestes casos é substancialmente redutível a uma dimensão patrimonial, podendo sua execução operar muito proximamente de uma lógica privada.

Em contratos assim, poder-se-ia, de modo teoricamente coerente, sustentar cabível a manutenção do diferencial publicístico no nível mínimo da auto-executoriedade da ação administrativa (p. ex., na fiscalização ou na aplicação de sanção) desacompanhada das prerrogativas de ação unilateral mais vigorosas da tradicional teoria do contrato administrativo (p. ex.: alteração unilateral e rescisão unilateral por razão de interesse público). Ou mesmo a completa supressão das prerrogativas de Direito público.

122. Objeto dos módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral. Já quanto aos *módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral*, a situação ganha contornos mais peculiares.

Isto porque o objeto contratual é estritamente um ato jurídico: uma *decisão administrativa*, que, em lugar de ser tomada unilateralmente, convencionou-se.

A conduta material a ser desempenhada pela outra parte não é propriamente o *objeto* contratual, no sentido de que possa ser considerado algo exigível, nem mediante execução específica, nem mediante indenização decorrente de responsabilidade contratual. A conduta material é tão somente condição do objeto contratual.

É diferente, de um lado, a situação em que o vendedor compromete-se a fornecer certos bens à Administração, ou em que o concessionário compromete-se a prestar certo serviço público, ou em que o conveniente compromete-se ao cumprimento de certas metas; e, de outro lado, a situação em que uma parte em um termo de ajustamento de conduta, ou uma parte interessada em obter uma licença, compromete-se a adotar certa prática.

Nos primeiros casos acima exemplificados, ante o descumprimento do compromisso, a Administração pode, conforme a situação concreta, exigir o

cumprimento específico ou a compensação financeira correspondente. Nos segundos casos, conforme os exemplos dados, ante o descumprimento do compromisso, a Administração tão-somente volta a poder exercer sua decisão unilateral, procedendo aos atos tendentes à medida sancionatória (no caso do TAC), ou negando a licença.

Sendo o objeto contratual estritamente um *ato jurídico*, não faz sentido logicamente cogitar-se de prerrogativas de ação auto-executória e unilateral da Administração quanto a ele: a ação unilateral da Administração é simultaneamente o aniquilamento da convenção.

Com efeito, nos casos de *módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral*, por definição a Administração já possuía, anteriormente, um poder de ação unilateral.

O sentido da convenção é justamente a substituição deste poder de ação unilateral.

Trazer para dentro da relação convencional o poder de ação unilateral é, portanto, tornar inexistente a convenção, retornando-se à situação anterior.

Por tais razões, é impossível aplicar-se aos módulos convencionais substitutivos de decisão administrativa unilateral, um regime de prerrogativas de ação auto-executória unilateral da Administração quanto ao objeto contratual.

123. Vetores de interpretação do Direito vigente. As considerações feitas nos tópicos anteriores promovem a integração da análise teórica com um posicionamento de política legislativa. Entretanto, esta integração impõe-se igualmente com a postura a presidir a interpretação e aplicação do Direito positivo.

Como visto ao longo desta tese, o Direito brasileiro vigente acolhe a teoria do contrato administrativo com uma tendência ampliada de aplicação do regime de prerrogativas unilaterais de ação da Administração.

Notadamente o faz por meio da Lei n. 8.666/93, enquanto lei de *normas gerais*, no sentido de lei federal aplicável nacionalmente em matéria definida como de competência concorrente; mas também lei *geral*, no sentido de criadora de um regime aplicável aos contratos em geral, salvo previsão de leis específicas.

Pelas razões já exploradas nesta tese⁷⁶⁹, tende-se a ver no regime traçado pela Lei n. 8.666/93 um *regime de referência*.

Isto é, tende-se a interpretar o regime da Lei como aplicável a qualquer relação convencional da Administração, salvo se outra lei específica o afastar; e,

769 Ver tópico 117.

como reflexo desta tendência, assume-se como conatural à presença da Administração em uma relação convencional a incidência de prerrogativas de ação unilateral, independentemente de se cogitar do objeto envolvido no caso concreto.

E mesmo no caso em que o objeto devesse de plano excluir tal incidência – como no caso dos contratos ditos pela própria Lei como sujeitos *predominantemente* a regras de Direito privado – o tratamento legal da matéria induz a que não se aceite espontaneamente a incidência de um outro regime, senão após um exercício de argumentação a justificar o afastamento de prerrogativas das quais, enfatize-se, no caso, se deveria cogitar.

No caso brasileiro, a interpretação e a aplicação do Direito não podem desconsiderar a existência de uma opção política de tratamento legislativo da matéria, nos moldes da Lei n. 8.666/93⁷⁷⁰.

Tal tratamento legislativo, tanto por ser bastante minucioso, como por ser amplificador das prerrogativas de ação administrativa unilateral, é fortemente nocivo ao intento de se pautar o regime do contrato pela natureza – pela função social – de seu objeto.

No entanto, alguns vetores de interpretação e aplicação do Direito positivo podem ser propostos, adequando-se a opção política original à realidade contemporânea:

- a) a compreensão da função social a justificar o regime de prerrogativas;
- b) a compreensão da opção política pela técnica convencional como expressão de justiça no caso concreto;
- c) a fundamentação do regime das relações convencionais da Administração no Direito e não apenas em certa Lei;
- d) a valorização da confiança recíproca das partes em torno da relação convencional.

Quanto ao primeiro vetor proposto, há que se enfatizar a compreensão de que um regime de prerrogativas na ação administrativa deriva da função social a ser desempenhada pela Administração e não de sua suposta posição de supremacia em relação aos indivíduos.

770 Em meados do século passado, JÈZE (1945:252) enaltecia o fato de, na França, o legislador não ter codificado o regime dos contratos da Administração – “o legislador, muito felizmente, não interveio” (“le législateur, fort heureusement, n’est pas intervenu”) –, deixando que a jurisprudência construísse suas regras, considerando situações concretas, a partir do objeto do contrato. Este fenômeno, se hoje já não se pode dizer existente em tal intensidade mesmo na França, mais marcadamente ausente se faz no Brasil.

Esta idéia, que já foi há um século afirmada pela Escola do Serviço Público como fundadora de uma nova compreensão do Direito público em geral, parece ainda não ter sido assimilada adequadamente em matéria das relações contratuais da Administração no Brasil.

Dela deve decorrer uma interpretação da lei que flexibilize a necessidade de incidência de um conjunto padronizado de prerrogativas da Administração a todos os contratos.

A flexibilização vale, claramente, nas hipóteses em que a lei determine a incidência do regime padrão de prerrogativas, “no que couber”, a certas relações convencionais. Propõe-se, pois, que se interprete o “no que couber”, ou expressão semelhante, de modo a resultar em uma leitura restritiva e não ampliadora do cabimento.

Porém, de rigor, mesmo em face do texto do art. 58 da Lei n. 8.666/93, que tende a ser interpretado como impondo *necessariamente* a presença das prerrogativas que arrola em todos os contratos administrativos, que até se entenderiam *implícitas*, pode-se evoluir para uma interpretação que entenda cabível às partes afastar, no caso concreto, a incidência de certas delas, seja fazendo-o expressamente, seja não as prevendo. Daí, duas considerações.

A primeira tem o objetivo de se apontar o sentido contraditório, sob o ponto de vista finalístico, da interpretação da lei que leva a prerrogativas *implícitas* em relações convencionais.

Ora, supor que as partes contratantes se vinculem a regras que imponham certo conteúdo às obrigações contratuais, contudo regras não previstas no contrato (nem por uma simples remissão), importaria a negação da liberdade de contratar, vez que, manifestando a vontade de aderir a um certo regime, o sujeito será levado, independentemente de sua vontade, a aderir a mais outro.

Contra essa última ponderação, poder-se-ia objetar que a ninguém é permitido alegar o desconhecimento da lei; e ainda que, em nome do princípio da legalidade, a lei pode legitimamente obrigar.

Contudo, esta objeção acarreta negar-se potencialmente a existência de qualquer módulo convencional administrativo, em face do dever legal de observância de certas regras, independentemente de previsão no contrato. Ora isso significaria dizer que, independentemente da vontade manifestada, aquele que pretendesse assumir obrigação contratual (situação subjetiva) com a Administração, assumiria, enfim, obrigação legal – de modo contraditório, portanto, com a premissa de uma opção do Direito pela via convencional.

Por certo, mesmo nos contratos privados, por vezes a lei já impõe certas regras, que as partes não podem afastar, ditas “de ordem pública”. Todavia, a lógica da existência destas regras é configurar exceção, justificada em relação ao objeto de cada tipo contratual e não generalizadamente aplicável a todos os contratos celebrados por certa pessoa⁷⁷¹.

Outra consideração, em decorrência da primeira, é no sentido de se reformular a interpretação que aponta a *necessidade* de o regime padrão de prerrogativas incidir. Em lugar desta interpretação, cabe acatar a proposta de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2008:585/586)⁷⁷², quanto à possibilidade de o agente público avaliar discricionariamente, em cada caso concreto, o cabimento da inserção das prerrogativas, motivando seu afastamento, ou sua eventual aplicação.

Isto vale tanto no momento de se decidir pela inclusão (ou não) das prerrogativas no contrato, como no momento de se decidir pela aplicação (ou não) em dada situação concreta daquilo que esteja previsto no contrato.

A esta proposta poder-se-ia acrescentar a recomendação de que o agente público exerça sua discricionariedade sem deixar de interagir, de modo transparente – a fim de se propiciar amplo controle – com os potenciais interessados em contratar; e, deste modo, forme melhor sua convicção (quanto às prerrogativas a serem adotadas, ou não) com base nas reais condições de cada negócio, avaliando impactos de sua decisão, por exemplo, nos custos, ou na atração de maior número de interessados em uma licitação.

Quanto ao segundo vetor, tem-se a compreensão de que o recurso à técnica contratual decorre de uma opção de política legislativa que expressa a avaliação social quanto a, em certos casos, a “regulamentação autônoma dos interesses” dos sujeitos envolvidos ser a “solução mais indicada e mais justa” – recordando-se a formulação de KELSEN (1940:48).

771 Aliás, a incidência quantitativamente maior de contratos, entre partes privadas, com cláusulas de ordem pública prefixadas pela lei, caracterizando, no caso limite, o que a doutrina diz *contrato regulamentado*, é explicada por Romeu Felipe BACELLAR FILHO (2007:155/156) a partir da função social do contrato. E, indo além, o mesmo autor, lembrando lição de Orlando GOMES, menciona as figuras dos contratos *autorizados*, isto é, contratos, entre partes privadas, sujeitos a autorização da autoridade administrativa; e dos contratos *coativos*, impostos a ambas as partes, o que, de rigor, não caracteriza contrato, senão por uma ficção com o objetivo de estender a tais relações certas normas do direito das obrigações (esta a explicação de Orlando GOMES, citada por Romeu Felipe BACELLAR FILHO, 2007:156/157).

A consideração da aplicação de uma lógica obrigacional, decorrente de *nexo intersubjetivo*, a situações de compulsoriedade decorrente da lei, é bem evidenciada em estudo no qual Alcides Jorge COSTA (1998) analisa a evolução de concepções sobre a natureza da relação tributária, mostrando como parte da doutrina a explica não mais como relação de *poder*, mas como relação *obrigacional*, com a mesma estrutura da obrigação do Direito privado.

772 Ver tópico 111.

Desta idéia deve decorrer uma interpretação do Direito no sentido de valorizar o contrato – de valorizar a produção normativa autônoma – quando o Direito o aponte cabível.

Não é legítimo ao intérprete e aplicador do Direito negar a opção de política legislativa pela via convencional, maximizando a incidência de modos heterônomos de produção normativa, no caso, representados pelos poderes de ação unilateral da Administração.

É certo que o próprio legislador, no Brasil, optou politicamente por um regime de prerrogativas. Mas, *antes disto*, optou por um regime *contratual*. A tendência, pois, há de ser enfatizar os aspectos de produção normativa segundo o princípio da autonomia – próprios do contrato –, tratando restritivamente a incidência dos aspectos derivados do princípio da heteronomia.

Quanto ao terceiro vetor, ainda que o Direito brasileiro não o explicita⁷⁷³, é cabível a interpretação de que a Administração não esteja vinculada estritamente a regimes típicos de contratos, previstos em certas leis.

A própria história do Direito administrativo brasileiro em matéria contratual legitima esta conclusão, pois, como bem lembra Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (2009a:205), a ausência de legislação sobre contratos, anteriormente ao Decreto-Lei n. 2.300/86, nunca impediu sua celebração; e, mesmo em se tratando de um contrato específico, como a concessão de serviço público, a ausência de lei a respeito, que veio a ser editada em 1995, não foi impedimento de sua prática desde muito antes.

Em suma, é lícito supor que a Administração possa se valer de instrumentos presentes no Direito em geral para compor suas relações contratuais.

Em certa medida, foi o que se passou com a concessão de rodovias, a partir do regime da Lei n. 8.987/95, que não prevê claramente a figura da concessão de obra desvinculada da prestação de um serviço público⁷⁷⁴.

Ou também o que se passou com a previsão, por leis estaduais, de *mecanismos* da dita parceria público-privada antes da edição da Lei n. 11.079/04, a qual criou os tipos contratuais concessão patrocinada e concessão administrativa. Ou seja, mesmo sem estes tipos contratuais, com seu regime específico, seria lícito à Administração (no âmbito de certos Estados, no exemplo dado) aplicar

773 Diferentemente do que se passa, p. ex. com o espanhol, em matéria de “liberdade de pactos e conteúdo mínimo do contrato” (Lei 30/2007, art. 25), prevendo-se que nos contratos do setor público se possam incluir quaisquer “pactos, cláusulas e condições”, que “não sejam contrários ao interesse público, ao ordenamento jurídico e aos princípios da boa administração”.

774 Diferentemente, por exemplo, do que fazia a Lei estadual paulista n. 7.835/92.

elementos trazidos de outras leis a seus contratos de concessão, havendo certa permeabilidade entre os regimes legais, dada a natureza do objeto⁷⁷⁵.

A idéia de que a Administração possa se valer de instrumentos presentes no Direito em geral para compor suas relações contratuais abrange os instrumentos contidos até mesmo em normas de Direito privado, uma vez compreendido o contrato como categoria jurídica. Neste sentido, por exemplo, a defesa de Romeu Felipe BAÇELLAR FILHO (2007:193) quanto ao emprego, pela Administração, da figura da *transação*, prevista no art. 840 do Código Civil.

Valem, pois, para o Direito brasileiro vigente, as observações de Charles EISENMANN (1983:554/557) sobre o Direito francês, quanto à inexistência de uma imposição de *conformidade*⁷⁷⁶ dos contratos celebrados pela Administração, sejam os de Direito privado, sejam os contratos administrativos, à lei ou ao regulamento.

Nem quanto aos contratos administrativos, nem (e menos ainda) quanto aos de Direito privado, a lei impõe à Administração um esquema a ser reproduzido. Há sim imposição legal de que certos tipos de cláusulas sejam inseridos; mas não uma definição completa de “fundo dos contratos”.

Nem mesmo no plano regulamentar isso se passa: ainda que, neste plano, haja em maior abundância a previsão de regras *de fundo*, tal fato não impede que as cláusulas contratuais acrescentem elementos novos ou mais precisão aos elementos preestabelecidos nos regulamentos.

E quanto ao quarto vetor, se, por um lado, é verdade que não se pode considerar a confiança como fundamento de *validade* do contrato – vez que o contrato vale e produz efeitos ainda que eventualmente a confiança não se verifique⁷⁷⁷ – por outro, a confiança condiciona a dinâmica da execução contratual, integrando funcionalmente a substância contratual.

Neste sentido, a confiança – que, em si, implica a subjetividade das convicções e expectativas das partes – passa a ter um lastro objetivo no conteúdo do que foi convencionado. Não se trata mais de confiar na conduta da outra parte, mas de confiar na tutela jurídica que fará aplicar-se a norma jurídica individual consistente no contrato. Para falar com Karl LARENZ (1958:144),

775 Sobre o tema, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2005 e 2007).

776 Lembre-se que a noção de *conformidade* (ao lado da noção de *não contrariedade*) é utilizada por EISENMANN para explicar um sentido possível do princípio da legalidade. Por *conformidade* entende-se a imposição de *similitude*, de *reprodução* do conteúdo do ato administrativo em relação à lei (1983:537).

777 Nesse sentido, Manuel A. CARNEIRO DA FRADA (2004:67).

a proteção da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base de toda vinculação jurídica individual.

Lembre-se que, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem progressivamente valorizado os princípios da boa-fé e da segurança jurídica – princípio matricial, na já citada expressão de Bertrand MATHIEU (1999:52), tendo como desdobramento a proteção à confiança – na ação administrativa, inclusive em matéria contratual⁷⁷⁸.

No contexto contemporâneo de aumento das relações convencionais da Administração, verifica-se um certo deslocamento na compreensão da confiança. Como observa Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007d:465): “ontem”, a ênfase era na proteção da Administração e a preocupação era na verificação da confiabilidade no contratante privado; “hoje”, a ênfase é na necessária proteção das duas partes, acrescentando-se que a necessidade de atração de investimentos privados faz crescer a preocupação na confiabilidade no contratante público.

Diga-se mais, ainda que verdadeira a justificativa pragmática da atração de investimentos, o sentido recíproco da confiança entre as partes é antes questão de princípio, à luz da boa-fé: não se pode exigir confiabilidade da outra parte, ante a ciência de sua própria falta de confiabilidade.

Esta idéia há de inspirar a interpretação do Direito aplicável quanto ao regime dos contratos administrativos em pelo menos dois sentidos.

Em primeiro lugar, reforçando-se o que já se disse quanto a não se interpretar a lei no sentido de acolherem prerrogativas implícitas nos contratos.

Em segundo lugar, acompanhando-se as lições de Juan Carlos CASSAGNE (2007:139), quando propõe que as prerrogativas públicas “devem ser depuradas

778 Tem-se formado consistente linha jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal, no sentido de se entender o princípio da segurança jurídica, bem como o da proteção à confiança, como possuidores de sede constitucional, consistente do princípio do Estado de Direito. Ver, neste sentido, e em matéria de segurança jurídica em relação à ação administrativa, entre outros, os casos analisados em Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA (2009).

Especialmente referindo-se à boa-fé em convênios administrativos, ver ACO 970, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17.5.2007.

No Superior Tribunal de Justiça também já se pode delinear jurisprudência afirmando a boa-fé, em seu sentido objetivo, que remete à confiança e à segurança, a restringir possibilidades de ação unilateral da Administração em suas relações convencionais. Ver, por exemplo, RMS 14.924, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, julgado em 6.9.2005; REsp 524.811, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, julgado em 14.12.2004; REsp 141879, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, julgado em 17/03/1998. Ou também destacando a imposição de boa-fé à outra parte contratante no contrato administrativo: REsp 776.790, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 15.10.2009.

dos elementos autoritários que as nutrem num marco no qual se afirmem os princípios gerais do direito administrativo, especialmente o concernente à estabilidade contratual, quicá uma das regras do direito ocidental que mais contribui para a segurança jurídica⁷⁷⁹.

124. Parâmetros de Direito positivo para uma reformulação da teoria. Segundo se expôs ao longo desta tese, no contexto jurídico-institucional em que se formulou originalmente a teoria do contrato administrativo, transitava-se da negação para a aceitação de que a Administração pudesse se relacionar, pela via do contrato, em matéria do exercício da função administrativa.

Se, por um lado, havia a busca de se justificar teoricamente o fenômeno contratual progressivamente constatado na prática administrativa, por outro, havia a preocupação em se preservar a possibilidade de que a Administração dispusesse de adequados instrumentos para permanentemente zelar pelo atendimento ao interesse público, contido na idéia do serviço público em sentido amplo.

O ponto de convergência da teoria do contrato administrativo, naquele contexto, situa-se nas prerrogativas de ação unilateral da Administração.

O contexto atual, porém, é bem distinto.

Não está em questão a aceitação do uso da técnica convencional pela Administração. E a maior complexidade das possibilidades de relação da Administração com parceiros privados evidencia que não necessariamente a via unilateral é a melhor para se garantir a consecução da função administrativa.

Neste sentido, é que se propôs que a teoria do contrato administrativo devesse evoluir, convergindo para um ponto mais próximo da essência do contrato, concebido como categoria do Direito. As prerrogativas da Administração deixam, pois, de ser o ponto de convergência da teoria⁷⁸⁰.

779 "Deben ser depuradas de los elementos autoritarios que las nutren en un marco en el que se afirmen los principios generales del derecho administrativo, especialmente el concerniente a la estabilidad contractual, quizás una de las reglas del derecho occidental que más contribuye a la seguridad jurídica".

780 "Haveremos certamente de convir: a competência contratual da Administração não é senão um título jurídico habilitando-a a contratar; ela não fundamenta nem explica as prerrogativas da Administração. Por unilaterais que sejam, elas antes se ligam ao contrato por sua função social do que aos meios de afirmação da *puissance publique*. Assim inscritas na lógica contratual por sua utilidade social e sua conformidade ao justo contratual, elas carecem de base teórica para justificar a diferença fundamental que é de costume se introduzir entre o contrato administrativo e o contrato de Direito Civil". ("On en conviendra sûrement: la competence contractuelle de l'Administration n'est qu'un titre juridique l'habilitant à contracter; elle ne fonde ni explique les prérogatives de l'Administration. Pour unilatérales qu'elles soient, celles-ci se rattachent davantage au contrat par leur fonction sociale qu'aux moyens d'affirmation de la puissance publique. Ainsi inscrites dans la logique contractuelle par leur utilité sociale et leur conformité au juste contractuel, elles manquent de base théorique pour justifier la différence fondamentale qu'il est de coutume d'introduire entre le contrat administratif et le contrat de droit civil") (Marcel H. SINKONDO, 1993:257).

Esta evolução deve ser marcada pela superação da distinção entre contrato em sentido estrito e figuras afins para efeito de inclusão no alcance da teoria.

Há que se valorizar a essência da relação convencional, em seu aspecto estrutural, enquanto acordo de vontades de partes diversas, com o objetivo de se criar uma situação jurídica individual, independentemente de tratar-se daquilo que se designou nesta tese módulos convencionais de cooperação, ou de concessão, ou instrumentais, ou substitutivos de decisão administrativa unilateral – todos unificados pela mesma essência convencional.

Uma teoria assim abrangente não perde sua razão de ser enquanto teoria geral. Preserva suas utilidades primordiais de facilitar a integração do Direito e a solução de questões de interpretação; e de dar consistência finalística e segurança jurídica à aplicação do Direito⁷⁸¹.

A relevância atual da teoria não está mais em explicar a situação do que tradicionalmente se diz contrato em sentido estrito, mas sim em amparar o aumento de complexidade das relações convencionais da Administração.

As diferenças específicas entre os grupos de módulos convencionais acima indicados não justificam exclusões em relação a uma teoria dos contratos administrativos com sentido geral; justificam, tão-somente, modulações no regime jurídico de cada grupo de figuras e mesmo de figuras dentro de um mesmo grupo⁷⁸².

Tais modulações não devem ser concebidas como exceções a um suposto regime público "padrão", ou "de referência". Ao contrário, devem ser concebidas como próprios regimes específicos, todos integrados em um mesmo regime genérico do contrato administrativo.

E para que se chegue a estas modulações de regime jurídico, dentro de uma formulação teórica mais abrangente, deve-se partir da constatação da existência, por hipótese, de sete situações principais de tratamento da matéria.

781 Adaptando-se aqui idéias de Juan Carlos CASSAGNE (2007:136), sobre a importância de persistir uma teoria geral dos contratos administrativos.

782 Nas três primeiras décadas do século XX, na França, o Conselho de Estado preocupava-se em afirmar a autonomia do contrato administrativo e a especialidade de seu regime; uma vez concretizado seu intento, não hesita em "(re)especializar" o Direito do contrato administrativo, desenvolvendo regras diferenciadas, cuja aplicação depende principalmente do objeto de cada contrato, o que leva à limitação do alcance de certas regras de exorbitância e à tomada de empréstimo de certas regras do Direito comum. Após fazer esta análise, François BRENET (2003:924) caracteriza a teoria do contrato administrativo nos dias de hoje como intercalada entre "um fundo de princípios comuns ao conjunto dos contratos" e uma "verdadeira teoria dos contratos administrativos especiais", acolhendo uma "escala de administratividade dos contratos", que se estende numa gradação "do mais ao menos exorbitante". Importante a idéia de *escala de administratividade*; porém, diferentemente da visão que o trecho citado sugere, nesta tese se está propondo como cerne da teoria a essência contratual e não a especialidade do regime dos diversos tipos contratuais.

Note-se novamente, com esta observação, a dupla função da teoria: antes de mais nada, permitir uma compreensão da realidade; mas, como decorrência, influenciar a configuração do próprio Direito positivo que pretende explicar.

Ou seja, a teoria, configurada no âmbito de cada Direito positivo, há de constatar a ocorrência ou não dessas sete situações; e, ao mesmo tempo, pode lastrear ideologicamente sua adoção em termos de política legislativa.

Estas sete situações principais são as seguintes:

- a) decorre diretamente da lei um regime de prerrogativas (de ação auto-executória e unilateral) da Administração, que se aplica seja em matéria de contratos, seja em qualquer outra forma de ação administrativa;
- b) a lei, tratando dos contratos a serem celebrados pela Administração, ou de alguns deles, prevê que sofram a incidência de um regime de prerrogativas⁷⁸³, o que se dá pela via geral, independentemente de previsão contratual;
- c) a lei, tratando dos contratos a serem celebrados pela Administração, ou de alguns deles, prevê que devam incorporar em suas cláusulas regras de um regime de prerrogativas já configurado pela lei;
- d) a lei, tratando dos contratos a serem celebrados pela Administração, ou de alguns deles, prevê que sofram a incidência de um regime de prerrogativas já configurado pela lei, desde que não ressalvado pelas partes;
- e) a lei, tratando dos contratos a serem celebrados pela Administração, ou de alguns deles, prevê às partes a faculdade de incorporarem nas cláusulas contratuais regras de um regime jurídico de prerrogativas já configurado pela lei⁷⁸⁴;
- f) a lei, tratando dos contratos a serem celebrados pela Administração, ou de alguns deles, prevê às partes a faculdade de incorporarem nas cláusulas contratuais regras de um regime jurídico de prerrogativas, sem prefixar contornos de conteúdo destas regras;

- g) a lei proíbe a incidência de um regime de prerrogativas da Administração nos contratos que celebre, ou em alguns deles.

As hipóteses acima figuradas situam-se em ordem decrescente de intensidade de presença das prerrogativas da Administração em matéria de suas relações contratuais.

As hipóteses “a”, “b” e “g” referem-se a situações puramente objetivas no tocante ao regime de prerrogativas. Nelas, este regime jurídico é estabelecido diretamente pela lei – entenda-se *lei* como ato com *sentido material* de lei – por via geral.

Já as hipóteses “c”, “d”, “e” e “f” referem-se a situações em que intervêm, em maior ou menor medida, mecanismos propriamente contratuais de produção normativa no tocante ao regime de prerrogativas, levando a situações jurídicas com pelo menos algum grau de caráter subjetivo.

As hipóteses “c” a “f” estão arroladas em ordem crescente de incidência do princípio da autonomia na produção normativa, considerado o regime de prerrogativas da Administração – ou seja, ordem crescente da margem deixada às próprias partes contratantes para dispor sobre a ocorrência, ou não, deste regime ou de aspectos dele.

A hipótese “g”, que implica o mínimo de incidência do regime de prerrogativas, ao mesmo tempo suprime a autonomia das partes quanto a esta incidência.

As diferenças entre as hipóteses sugeridas podem ser sutis em alguns casos, mas existem e podem interferir com a formulação de uma teoria que as pretenda explicar.

Entre “a” e “b”, ambas caracterizando situação jurídica objetiva no tocante ao regime de prerrogativas, nota-se a diferença de, em “b”, a lei atentar para o que seja um regime próprio de *contratos* da Administração, distinto do regime geral dos contratos como categoria do Direito (este último incluindo contratos entre partes privadas); enquanto em “a”, a lei considera desnecessário caracterizar um regime próprio de contratos da Administração, do que decorre que incida, quanto aos contratos da Administração, o regime geral dos contratos como categoria do Direito, todavia alterado por elementos decorrentes da presença da Administração na relação, porém elementos que incidiriam tanto em uma relação contratual, como em uma relação não contratual.

Entre “b” e “c”, dois casos em que a lei aceita um regime próprio de *contratos* da Administração, há a diferença de “b” configurar situação puramente objetiva no tocante ao regime de prerrogativas, enquanto em “c” apare-

783 Prerrogativas da Administração, bem entendido. E prerrogativas de ação unilateral e auto-executória. Esta observação também vale para as hipóteses seguintes.

784 Situação que remete, na lição de Orlando GOMES (1990:21) invocando a classificação proposta por POTHIER, às cláusulas “naturais” de um contrato: aquelas que “se referem a obrigações peculiares previstas na lei, que não são, no entanto, compulsórias”.

ce um mínimo grau de subjetividade. Mínimo grau porque a lei já configura o regime jurídico a incidir na relação, porém a incidência apenas se dá a partir do momento em que as partes com ele consentem, fazendo-o presente nas cláusulas contratuais. É verdade que nesta hipótese “c” as partes não teriam margem para agir de outro modo, sob conseqüência da invalidade do contrato; por outro lado, as regras não incidem *para aquelas partes* se elas não consentirem (ainda que, não consentindo, nem valha seu contrato). Vislumbra-se, aí, a lógica do ato-condição⁷⁸⁵.

Entre “c” e “d”, ambas seguindo a lógica do ato-condição – ou seja, da incidência para certos sujeitos, mediante seu consentimento, de um regime estabelecido em via geral pela lei – há a diferença de em “c” o regime necessariamente incidir, sob conseqüência da invalidade do contrato, enquanto em “d” o regime poder não incidir se as partes expressamente o afastarem. Nota-se, pois, significativo aumento da ocorrência do princípio da autonomia.

Já “d” e “e”, que guardam entre si talvez a diferença mais tênue, distinguem-se pelo fato de em “d” o regime incidir na ausência de manifestação das partes, enquanto em “e” o regime só incidir ante seu consentimento expresso. É a diferença, de todo modo não desprezível, de uma postura passiva e uma postura ativa. O regime a incidir em ambas as situações tem contornos prefixados na lei.

Entre “e” e “f”, a diferença que se percebe é a não prefixação pela lei, em “f”, de conteúdos do regime a incidir no contrato – sendo que, em ambos os casos a incidência se dá desde que as partes expressamente consintam, trazendo-o para as cláusulas contratuais. Em “f”, a lei apenas dirá, de modo mais aberto, que possam incidir prerrogativas da Administração, cabendo às partes configurar seus contornos no caso concreto.

Por fim, “g” distingue-se das outras seis hipóteses por significar uma opção do Direito pela não incidência, em matéria de relações contratuais, de um regime de prerrogativas da Administração.

Do ponto de vista de uma formulação teórica que se refira à matéria de *contratos* da Administração, com ênfase na substância contratual, a diferença mais relevante a ser destacada, a partir da análise que resulta nas sete hipóteses acima, é aquela que separa as situações puramente objetivas, das situações subjetivas.

Com efeito, não há nada de *contratual* no fato, tomado em si, de que um certo regime de prerrogativas da Administração a acompanhe também em suas relações contratuais, porém não por força do contrato e sim por força da lei.

Teorizar sobre estas prerrogativas, nestes termos, não é teorizar sobre contrato. Pretender que um regime assim concebido seja um regime *contratual* põe a perder a própria essência do contrato: vê a criação de situação individual por decorrência de acordo de vontades onde não existe e, inversa e simultaneamente, nega essa criação onde possa existir; além disto, retira de certas relações jurídicas o sentido de pacificação mediante respeito à confiança no que foi consensualmente acertado. Enfim, em termos práticos, sacrifica importante mecanismo de produção normativa segundo o princípio da autonomia, de índole democrática.

Portanto, uma teoria que pretenda explicar o fenômeno convencional da Administração, deve, antes de mais nada, apartar situações verdadeiramente convencionais, de situações com mera aparência externa convencional, mas com caráter materialmente legal.

Explique-se melhor. Em todas as sete situações hipotéticas acima indicadas está-se cogitando da existência de uma relação convencional da Administração, ou seja, uma situação na qual, mediante acordo de vontades, seja criada uma situação jurídica individual (isto é, aplicada àqueles determinados indivíduos), envolvendo a Administração e outra pessoa pública ou privada.

Portanto, de plano já não se está tratando dos casos em que os sujeitos submetam-se diretamente a um regime legal, independentemente de seu consentimento; nem dos casos de situações jurídicas criadas por decisão unilateral da Administração; nem dos casos em que o acordo de vontades não leve à criação ou de uma situação jurídica – casos todos que, ao longo da tese, foram indicados como estranhos a uma teoria do contrato administrativo.

No entanto, se está propondo que, havendo uma relação convencional, ainda assim diferenciem-se – *dentro* da relação convencional – as normas que incidem na relação e que tenham sido criadas pelas partes (mediante os procedimentos juridicamente previstos, por certo), daquelas normas que incidem na relação e que tenham sido criadas previamente pelo Direito, mas com as quais as partes tenham consentido ao celebrar o contrato (*tenham consentido* porque senão não se trataria de relação convencional).

Esta é uma aplicação da distinção entre *situação subjetiva* e *situação objetiva*, que remete, em matéria de atos convencionais, aos conceitos de *contrato em sentido estrito* e de *ato-condição*, e que podem coexistir em uma relação convencional complexa.

Aliás, tal constatação da coexistência de aspectos de situação subjetiva e objetiva indica que dentro do que se pode considerar *contrato administrativo* – cujo sentido decorre de uma nova convergência teórica – está presente uma

785 Ver tópico 23.

gradação do princípio da autonomia e do princípio da heteronomia como inspiradores da produção normativa. Aplica-se aqui o mesmo raciocínio kelseniano quanto a, na realidade, sempre haver graus de autonomia e heteronomia no tocante à produção normativa em geral.

Mas, repita-se, é importante compreender a distinção entre os aspectos objetivos (ao lado dos subjetivos) da relação convencional e os aspectos objetivos decorrentes puramente da lei, para que não se atribua ao contrato a criação de situação que advém da lei.

Uma visão teórica distorcida quanto a este ponto pode levar, por exemplo, a que se entenda que uma pessoa que venha a celebrar um contrato com a Administração veja-se vinculada a um regime legal com o qual não tenha consentido e que, eventualmente, tenha mesmo sido afastado, tácita ou explicitamente, do contrato pelas partes.

Se o eventual afastamento a que se refere o exemplo acima é contrário ao Direito, a consequência coerente, *em termos de uma teoria do contrato* – ou seja, pressupondo-se cuidar-se realmente de caso de contrato –, há de ser a invalidade do contrato e não a incidência, mesmo contra o consentimento das partes ou de uma delas, de um regime jurídico, que, todavia, fora previsto para incidir pelo mecanismo convencional (na lógica de ato-condição) e não diretamente por mecanismo legal (na lógica de ato-regra).

E a teoria do contrato administrativo, alçada a um novo patamar evolutivo de convergência, por decorrência do aumento de complexidade do fenômeno contratual, deve acolher toda esta possibilidade de *gradação de situações objetivas e subjetivas*, coexistindo em uma mesma relação estruturalmente convencional, conforme as hipóteses acima aventadas – desprendendo-se, pois, da idéia de incidência necessária e automática de um rol de prerrogativas de ação unilateral auto-executória da Administração.

Esta compreensão de certo modo afasta a visão que admite o gênero *contratos da Administração*, tendo por espécies *contratos administrativos* e *contratos de Direito privado da Administração*.

Tal classificação, com efeito, parte da premissa de que a noção específica de *contratos administrativos* traz consigo um regime público de caráter padronizado, *versus* um regime privado, também de certo modo padronizado, decorrente dos *contratos de Direito privado da Administração*.

Pela perspectiva que ora se propõe, a referência mais genérica há de ser a *contrato* como categoria geral do Direito, enquanto as referências específicas devem considerar todas as gradações possíveis de incidência de uma regime

publicístico, até, no limite mínimo, ante a ausência de prerrogativas auto-executórias, chegar-se a uma regime privado.

Em suma, neste sentido teórico, o contrato administrativo: a) é *genericamente contrato* porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral; b) é *especificamente administrativo* porque sofre potencialmente⁷⁸⁶, a incidência do regime de Direito público auto-executório inerente a toda ação Administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral.

A esta formulação teórica que se refere à matéria de contratos administrativos pelo sentido estrutural de contrato pode-se acrescentar um viés funcional que implica – já transitando aqui para a utilidade da teoria em influenciar a política legislativa – a indicação de critério para a incidência, ou não, e em que grau, de um regime de prerrogativas da Administração, atentando-se para a garantia dos valores de confiança e pacificação próprios do contrato, sem descuidar da realização do interesse público.

Há que se optar, basicamente, por uma de duas possibilidades: o critério do objeto da relação convencional, ou o da simples presença da Administração.

Conforme o que já se sustentou nesta tese, é muito mais coerente com a noção de contrato basear eventual regime de prerrogativas da Administração não em algo inerente ao contrato em si, mas sim em algo inerente à natureza do objeto do contrato, o que varia, caso a caso, em cada contrato administrativo.

Deste modo, nem todo contrato administrativo comportaria tais prerrogativas, mas somente os contratos que tivessem por objeto algo que, por sua natureza – entenda-se, nas palavras de BOBBIO, por sua *função econômico-social*⁷⁸⁷ –, independentemente de execução via contrato, exigisse permanente possibilidade, a ser dada pelo Direito positivo, de modificação por parte da Administração, com o objetivo de se atender ao interesse público.

Com esta perspectiva, a mutabilidade – atributo tradicionalmente vislumbrado no contrato administrativo – diz respeito antes ao objeto contratual e, reflexamente, ao contrato. Eventualmente nem mesmo cláusulas contratuais precisam ser modificadas para que se reposicione o regulamento do objeto, salvo as modificações para que se proceda ao consequente reequilíbrio econômico-financeiro.

786 No caso dos módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração a incidência *resta* em potência, como visto no tópico 122.

787 Ver tópico 118.

Desta opção de associar as prerrogativas da Administração ao objeto, e não ao contrato – ou seja, a qualquer contrato em que a Administração tome parte –, decorre a inadequação de que se dê um tratamento, em termos de uma lei geral, a todos os contratos que tenham a Administração como parte.

Mais adequado é o tratamento em uma ou mais leis que considerem os contratos em razão de seu objeto, seja tomando-se um a um; seja agrupando-os, por exemplo, com um critério como o que se utilizou nesta tese para identificar os módulos convencionais.

E – reiterando considerações de política legislativa feitas nos tópicos anteriores – que tais leis preferencialmente valorizem o princípio da autonomia nas relações contratuais, o que corresponde as hipóteses “c” a “f” acima arroladas, numa gradação que atenda à natureza do objeto de cada grupo de módulos convencionais⁷⁸⁸.

Trata-se, enfim, segundo a já citada visão finalística de Odete MEDAUAR (2003:268), de admitir que “o enfoque evolutivo do direito administrativo significa, sobretudo, o intuito do seu aprimoramento como técnica do justo e, por isso, da paz social”.

Herbert HART (1997:28) já apontara que o poder conferido aos indivíduos para moldar suas relações com outros indivíduos por meio de contratos é uma das grandes contribuições do Direito para a vida em sociedade.

O mesmo poder, no âmbito da relação do Estado com os indivíduos, não apenas reforça os vínculos de solidariedade social, como ainda contribui para mitigar tendências autoritárias da Administração, reforçando a liberdade e criando instrumentos de efetivação dos outros direitos fundamentais, que prespõem prestações pelo Estado. Este aspecto deve ser adequadamente compreendido e ainda potencializado por uma teoria que tenha por objeto o fenômeno contratual da Administração.

788 Conforme observado nos tópicos 119 a 122.