OS CONTRATOS ENTRE AGENTES PRIVADOS COM FUNÇÕES DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA[*]

SIMONE TORRICELLI[†]
Tradução de Marco Antônio Moraes Alberto[♦]

SUMÁRIO: 1. Delimitação do objeto de estudo. A hipótese e as passagens lógico-argumentativas a fim de demonstrar sua fundamentação teórica e apontar suas implicações práticas – 2. Premissas ideais e exigências substanciais na origem do fenômeno da contratualização administrativa – 3. O contrato como fonte do poder privado que realiza o arranjo de interesses normativamente desejado: 3.1. Funções instrumentais e finais confiadas, por meio de agências administrativas, às empresas; 3.2. A emissão de atestados para a qualificação de agentes em procedimentos de adjudicação de contratos públicos – **4. O contrato como resultado do exercício de poder privado que realiza o arranjo de interesses normativamente desejado:** 4.1. A admissão no mercado de energia elétrica; 4.2. Os contratos de compartilhamento da capacidade da infraestrutura – **5. Contratos e exercício do poder. A recuperação da noção de "contrato de objeto público" – 6. Os acordos característicos do regime jurídico dos contratos entre agentes privados em funções regulatórias, entre ser e dever-ser. A importância do artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990 – 7. A obrigação de negociar como parte integrante da vertente contratual da obrigação de agir da administração pública: limites à exigibilidade da prestação administrativa em um regime no qual a função administrativa é confiada à concorrência:** 7.1. A obrigação de agir da administração pública como expressão da vedação ao abuso de posição dominante. A consonância entre direito administrativo e direito da

[*] Tradução para o português do artigo "*I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica"*, publicado originalmente em italiano na coletânea, organizada por DOMENICO SORACE, intitulada "*Amministrazione pubblica dei contratti*". **Referência completa da publicação original:** TORRICELLI, Simone. *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*. In: SORACE, Domenico (org.). *Amministrazione pubblica dei contratti.* Nápoles: Scientifica, 2013, p. 253-308.

[†] Professor Titular (Ordinario) do Dipartimento di Scinze Giuridiche (DSG), Sezione "Diritto Pubblico Andrea Orsi Battaglini", da Università degli Studi di Firenze. Pesquisador em Direito Administrativo (IUS 10) da Faculdade de Direito da Università degli Studi di Firenze. Pesquisador visitante da Dickinson School of Law of Carlisle, Pennsylvania.

[♦] Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Pesquisador (*Full-Time Researcher*) junto ao Departamento de Direito do Estado da Universidade de São Paulo (DES/USP).

concorrência; 7.2. A administração como fornecedora, em última instância, de atividades prestacionais. Reflexos sobre a dinâmica de mercado das atividades prestadas em um mercado no qual persiste a presença da administração; 7.3. A prestação em um contexto de mercado. A insuficiência do direito da concorrência e a necessidade de uma intervenção corretiva dos princípios de direito administrativo – **8. A avaliação do exato adimplemento no desenvolvimento da atividade administrativa: o interesse do credor como elemento redutor da incerteza do resultado – 9. A prova de confirmação da coerência do raciocínio desenvolvido. Jurisdição e técnicas de tutela dos direitos dos contratantes – 10. A posição dos terceiros externos à relação contratual (e a persistência do significado do interesse público). A emergência de uma função de administração pública *nos* contratos entre agentes privados – 11. Administração pública com contratos entre agentes privados, administração pública nos contratos entre agentes privados: correspondências biunívocas de uma relação necessária**.

1. Delimitação do objeto de estudo. A hipótese e as passagens lógico-argumentativas capazes de demonstrar sua fundamentação teórica e apontar suas implicações práticas

O tema do contrato entre agentes privados como substitutivo de atividades administrativas (e, notavelmente, como instrumento de regulação) é objeto de intenso debate na doutrina jurídica. Usualmente, porém, tal expressão é utilizada para fazer referência à assim chamada "autorregulação" ou "regulação privada" [1]. Não se intenciona, aqui, tratar disto; a utilização do contrato para disciplinar fenômenos sociais que podem prescindir das garantias ligadas ao caráter público do sujeito regulador não se coloca como uma forma de "administração pública", e sim como forma que se substitui à administração pública, sendo, pois, indiferente aos resultados. Constitui, ao revés, objeto desta análise, um fenômeno menos explorado, mas que apresenta aspectos sistemáticos de grande interesse: o fenômeno do

[1] Sobre este ponto, v. os estudos de CAFAGGI, F. *Private regulation and European Private Law*. In: HARTKAMP, A.; HESSELINK, M.; HONDIUS, C.; MAK, C.; DU PERRON, E. (orgs.). *Towards a European Civil Code*. Den Haag: 2010; CAFAGGI, F. *La regolazione privata nel diritto europeo dei contratti*. In: *Contratto e impresa 2008*, p. 104 e ss.; CAFAGGI, F. *La responsabilità dei regolatori privati: un itinerario di ricerca tra mercati finanziari e servizi professionali*. In*: Mercato, concorrenza, regole, v. 8* (2006), p. 9 e ss.; CAFAGGI, F.; IAMICELI, P. *Le dimensioni costituzionali della regolazione privata*. In: LIPARI, N. (org.). *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*. Nápoles, 2015, p. 315 e ss.

contrato como elemento do processo regulatório[*], que permite à autoridade pública a consecução de um resultado considerado socialmente desejável[2].

Em tempo: a noção de regulação é uma noção elusiva, pouco precisa. Frequentemente, o termo "regulação" é utilizado em diversas acepções. Este trabalho não é o lugar adequado para reconstruir as diversas opções interpretativas propostas acerca desta noção ao longo do tempo, nem para dar conta das várias subcategorias conceituais nas quais esta noção pode ser subdividida[3]. É necessário, contudo, formular rapidamente uma definição de regulação, uma vez que o problema aqui tratado se coloque na medida de sua conformidade com o conceito de regulação que venha a ser mobilizado. Apenas para dar conta desse objetivo, é possível assumir, neste trabalho, uma noção ampla de regulação, na intenção de referir, com tal termo, uma atividade de harmonização de interesses, tomada em função de algum valor de fundo que possa dizer-se público[4].

No modelo mais conhecido, a regulação se articula em uma série de atos, mormente administrativos, que, do geral ao particular, constroem a regra regulatória[*] e a aplicam. Concluído esse processo, abre-se espaço à atividade privada regulada, que se desenvolve através dos instrumentos normais da autonomia negocial. A divisão público/privado, a distinção entre o momento da formação e aplicação da regra e aquele do desenvolvimento da atividade privada regulada, a linha de confinamento entre o momento da autoridade e o momento da liberdade, aparecem de forma extremamente clara nesse modelo comum de compreensão da atividade regulatória.

---

[*] "Processo regulatório" (*processo regolatorio*) é uma locução utilizada pelo autor não no sentido, mais usual na literatura brasileira, de processo de regulação administrativa da atividade econômica, mas sim em uma acepção mais ampla, significando a regulação pública da sociedade, pela via do direito. Nessa mesma acepção o autor utiliza a noção jurídica de "*garanzie*", termo que foi, por isso mesmo, traduzido sempre com sentido de "atividades e padrões públicos de atuação juridicamente garantidos à sociedade" (N. do T.).

[2] Sobre os atos dos agentes privados como atos de "administração pública", v. SORACE, D. *Atto amministrativo* (verbete). In: *Enciclopedia di Diritto*, v. III, 2010, p. 62-63.

[3] Para este ponto, v., em um panorama geral, LA SPINA, A.; MAJONE, G. *Lo Stato regolatore*. Bolonha, 2000, p. 368, Para uma perspectiva mais específica, referida aos temas que interessam mais diretamente ao direito administrativo, v. DE LUCIA, L. *La regolazione dei servizi di pubblica utilità*. Turim, 2002.

[4] SORACE, D. *Diritto delle pubbliche amministrazioni*. Bolonha, 2012, p. 95 e ss.

[*] O autor utiliza, ao longo do artigo, a palavra "*regole*" em dois sentidos diferentes. O primeiro designa o plural simples de regra (*regola*) jurídica. O segundo, entretanto, tem um alcance muito mais específico do que aquele que poderia ser traduzido simplesmente por "regras", pois abarca não todo tipo de regra jurídica, mas apenas as regras construídas em meio à atividade administrativa de harmonização de interesses (*regolazione*), não necessariamente econômicos, com base em algum valor de fundo. Optou-se, dessa feita, pela utilização do termo "regras" quando designativo da primeira acepção, e da locução "regras regulatórias" sempre que se estiver diante da segunda acepção (N. do T.).

A hipótese que se pretende demonstrar é a de que esse protótipo tradicional de construção e atuação das regras regulatórias está, há tempos, sofrendo transformações, revelando formas de hibridização capazes de gerar sistemas alternativos que não apenas se encontram irreversivelmente difundidos em setores relevantes, mas também parecem dotados de uma crescente força expansiva. Nesses sistemas, a regulação é fruto do concurso de atividades públicas e privadas e, nesse sentido, de atividades administrativas e atividades contratuais.

Essa perspectiva requer ainda um ulterior detalhamento, com vistas à sua precisão. Não se coloca, neste artigo, a pergunta sobre *se* e *em qual intensidade* a autonomia contratual e a eventual negociação entre as partes seja efetivamente uma fonte de regras regulatórias, até porque o fenômeno da presença de agentes privados aparece como particularmente significativo, ao menos quantitativamente, exatamente onde não há espaços de discricionariedade, mas somente atos de verificação ou valoração técnica. Em vez disso, o que será observado é o regime dos atos negociais privados que se inserem no circuito da administração pública, e que conduzem a algum resultado socialmente desejável, frequentemente substituindo, assim, os atos administrativos.

De fato, pode ser observado na doutrina civilística que por vezes os contratos se enquadram em contextos normativos particulares, como também o fato de que o contrato, em atenção às regras postas, pode aperfeiçoar-se com a persecução de interesses outros que não aqueles deixados à escolha, ao consentimento interessado das partes, o que se verifica também no caso da consideração de um objetivo genérico de reequilíbrio de posições tidas por desproporcionais entre os contraentes[5]. Isto se dá no quadro de uma reformulação mais geral do pensamento em torno da pretensa unidade da categoria do contrato, e da progressiva dissolução dessa categoria supostamente uniforme, dissolução esta que levou, há muito tempo, a uma reflexão sobre a função do direito contratual, por exemplo, nos mercados regulados[*] e, de um modo mais geral, de sua função em relação aos contratos interempresariais e aos contratos entre empresas e consumidores. Nessa reformulação, emergiram não poucas dúvidas sobre a viabilidade da perspectiva tradicional dos contratos

[5] Basta pensar no fenômeno dos contratos de consumo e nos elementos fortemente especiais de sua regulamentação jurídica, o que vem sendo objeto de constante atenção da doutrina. Dentre outros, v. ALPA, G. *I diritti dei consumatori*. Turim, 2010.

[*] Aqui o autor utiliza um terceiro sentido de "regulação", diferente e mais específico que os dois anteriores, por não se referir quer à noção de regra jurídica, quer à noção geral de regra oriunda do processo regulatório, e sim à atividade administrativa específica de regulação econômica de mercados relevantes (N. do T.).

privados, tão permeados que são por um quadro regulatório conduzido por alguma matriz finalística, o que inclusive traz a eles instrumentos para a realização de um ajuste abrangente entre diversos interesses que se colocam dentro e fora de uma negociação específica[6].

A reflexão da civilística permite, assim, a conclusão de que, no direito dos contratos, há espaço para interesses externos, que não apenas constituem limites à autonomia privada, e que o contrato deve concretamente satisfazer[7]. Trata-se de um dado interessante para quem queira explorar suas potencialidades de aplicação no desenvolvimento da atividade administrativa: dado que a negociação contratual pode ser canal de persecução de interesses outros que não aqueles de suas partes, não se pode excluir aprioristicamente o potencial de utilização da negociação contratual para satisfazer interesses públicos e com finalidades regulatórias gerais. A sensibilidade crescente do direito privado acerca da justiça do contrato[8] oferece outra perspectiva funcional à análise, na medida em que evoca formas de controle proporcionais ao imperativo de que bem se atendam as exigências da ação administrativa.

Para conseguir demonstrar a hipótese formulada, será necessário, contudo, perguntar-se *se* e *em qual medida* os atos privados que concorrem à regulação – e os módulos negociais empregados – são, efetivamente, inscritíveis à categoria conceitual do contrato, tomada em sentido amplo[9], mas próprio, fora de metáforas e sem transliterações[10]. Será necessário, por fim, ocupar-se das implicações práticas do tema, e, assim, verificar, na base dessas conclusões, se aos atos privados em questão deva ser aplicado, nos trechos que ainda não estejam disciplinados pelo legislador, um dos diversos regimes contratuais civis próprios, ou se é necessário construir um regime jurídico peculiar que responda às exigências administrativas que tais contratos devem especificamente satisfazer.

---

[6] CAFAGGI, F. *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*. In: *Rivista trimestrale di diritto procedurale civile*, 2008, p. 95 e ss.

[7] Paralelamente, também a reflexão sobre a atividade administrativa não deixa de verificar casos nos quais a atividade privada é sujeita a obrigações mais ou menos próximas àquelas que vinculam a administração pública. Na perspectiva desse tipo de análise, especialmente no que toca ao princípio da não-discriminação, é particularmente significativa a contribuição de RACCA, G. *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*. Pádua, 2000, sobretudo p. 41 e 55.

[8] VOLPE, F. *Contratto giusto*. In: *Digesto delle discipline privatistiche, 2009*, p. 384 e ss.

[9] Nestes casos, de fato, é certo que não estamos diante de uma manifestação que celebra a autonomia da vontade, mas sim de acordos cujo conteúdo é fortemente regulado pela lei.

[10] Sobre as dificuldades conceituais e lexicais relacionadas ao termo "contrato". v. SACCO, R. *Contratto (genotipi e fenotipi)*. In: *Digesto delle discipline privatistiche, 2009*, p. 127 e ss.

2. Premissas ideais e exigências substanciais na origem do fenômeno da contratualização administrativa

Entre os vetores de fundo que parecem guiar a evolução normativa dos anos mais recentes, é reconhecível a exigência de realinhar a dimensão da administração pública (seja a administração tomada como sujeito, seja a administração tomada como função) às exigências efetivas que ela venha a ser chamada a satisfazer. Todo descolamento, excesso ou transbordamento da função pública irá assim constituir uma anomalia, um dispêndio inútil de recursos, eventualmente até um incidente *contra ius*[11].

A reflexão parte de longe: partindo de uma primeira fase na qual a atenção foi concentrada na necessidade de a administração pública consentir na colaboração do agente privado à sua atividade[12], necessidade esta acompanhada de intervenções defensivas do privado contra uma atividade pública danosa e um interesse público potencialmente conflitante com o seu[13], a doutrina chegou, em um momento posterior, a colocar em discussão a necessidade da própria presença do sujeito público e do direito público, sob o pressuposto de que a presença da administração[14] e a presença de um direito especial (diferente do comum) [15] devessem ser justificadas nas razões da existência da administração e nas razões, portanto, das derrogações ao direito comum que o direito especial da administração introduzia no sistema[16]. Simplificando os termos de uma relação que é, na realidade, muito mais

---

[11] Tais observações são propostas em diferentes níveis de intensidade. Chega a conclusões particularmente rígidas sobre este ponto MAZZAMUTO, M. *La riduzione della sfera pubblica*. Turim, 2000. Criticamente, v. DUGATO, M. *La riduzione della sfera pubblica?* In: *Rivista di diritto amministrativo, 2002*, p. 169 e ss.

[12] Sobre este ponto continua a ser fundamental o trabalho de ALLEGRETTI, U. *L'imparzialità amministrativa*. Pádua, 1965. Mais especificamente, sobre a ideia de participação dos cidadãos na administração pública, v. COGNETTI, S. *Quantità e qualità della partecipazione.* Tutela procedimentale e legittimazione processuale. Turim, 2000.

[13] LAZZARA, P. *L'azione amministrativa e il procedimento in cinquent'anni di giurisprudenza costituzionale.* In: DELLA CANANEA, G.; DUGATO, M. (orgs.). *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*. Nápoles; Roma, 2006, p. 396 e ss.

[14] Isso é afirmado, sobretudo, em matéria dos serviços públicos. Amplíssima é a literatura sobre a retração da administração pública, como expressão do princípio da proporcionalidade da intervenção estatal. Sobre esta questão, v. SORACE, D. *Servizi pubblici e servici (economici) di pubblica utilità*. In: *Rivista di diritto pubblico, 1999*, p. 371 e ss.

[15] MARZUOLI, C. *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*. In: *Rivista di diritto pubblico, 2005*, p. 395.

[16] Em termos gerais, sobre as tendências na relação entre autoridade e consenso, bem como sobre a evolução dos estudos sobre esse tema, v. CAPUTI JAMBRENGHI, P. *Studi sull'autoritarietà nella funzione amministrativa*. Milão, 2005, especialmente p. 25 e ss. e 32 e ss.

matizada, verifica-se um movimento do momento no qual os privados estão *dentro* da administração, em direção ao momento no qual os privados estão *no lugar* da administração.

Nesse movimento, o legislador parece ter acolhido certas demandas sociais, introduzindo primeiramente normas que valorizam a esfera privada e que consentem ao privado substituir atividades e funções administrativas[17], para depois reassumir a instância de renovação da relação público-privado na vertente das normas de princípio, destinadas a canalizar certas tendências de desenvolvimento do sistema e alimentar o processo de adaptação contínua e de permanente revisão do espaço ocupado pela esfera pública.

É difícil não perceber a vontade legislativa de um reenquadramento, de fundo, da temática da administração, no art. 1º, 1-*bis* e 1-*ter*, da Lei nº 241/1990[*]. O alcance desses dispositivos é problemático, incerto, e talvez limitado. As dúvidas que aparecem são, de fato, inevitáveis[18] se esses dispositivos são vistos como fonte de uma nova disciplina acerca da relação entre público e privado. Não é o que parece acontecer, contudo, se se distingue, nessa disciplina legal, a capacidade de disciplinar um fenômeno fático e o objetivo de oferecer um fundamento jurídico unitário a previsões normativas que concretamente disciplinam, em

[17] Basta mencionar, a esse respeito, o artigo 19 da Lei nº 241/1990 e, paralelamente, a diretiva 123/2006 da Comunidade Europeia, que regula os serviços nos mercados internos dos Estados-membros.

[*] Tais dispositivos serão objeto de análise do autor em vários momentos deste artigo, de modo que se julgou oportuno trazê-los no original, sugerindo-lhes uma tradução. Trata-se de dispositivos da Lei nº 241/1990, que estabelece as normas gerais do processo administrativo italiano. No original, lê-se: ***Art. 1. (Princípi generali dell'attività amministrativa)**: **1.** L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai princípi dell'ordinamento comunitário.* (Inciso alterado pela Lei nº 15/2005 e, posteriormente, pela Lei nº 69/2009); ***1-bis**. La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.* (Inciso introduzido pela Lei nº 15/2005); ***1-ter.** I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei princípi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge.* (Inciso introduzido pela Lei nº 15/2005, e alterado pela Lei nº 190/2012). Sugere-se a seguinte tradução: **Art. 1º (Princípios gerais da atividade administrativa): 1.** A atividade administrativa persegue os fins determinados pela lei e é regida pelos critérios da economicidade, da eficácia, da imparcialidade, da publicidade, e da transparência, conforme as modalidades previstas por esta Lei e por outras disposições que disciplinam procedimentos específicos, além dos princípios do ordenamento comunitário europeu; **1-bis.** A administração pública, quando da adoção de atos de natureza não autoritária, atua segundo normas de direito privado, ressalvada disposição legal em sentido contrário; **1-ter.** Os agentes privados prepostos ao exercício de atividades administrativas vinculam-se aos mesmos princípios estabelecidos no inciso "1", no sentido de oferecer garantias aos cidadãos não inferiores àquelas às que está vinculada a administração pública por força das disposições da presente Lei. (N. do T.).

[18] TRIMARCHI BANFI, F. *Art. 1 co. 1-bis della l. 241 del 1990*. In: *Foro amministrativo (CDS)*, 2005, p. 947 e ss. V. também TRIMARCHI BANFI, F. *L'atto autoritativo.* In: *Rivista di diritto amministrativo, 2011*, p. 665; e MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa*. In: CERULLI IRELLI, V. (org.). *La disciplina generale dell'azione amministrativa*. Nápoles, 2006, p. 42.

termos específicos, os novos fenômenos, antes internos à administração pública[19]. Para quem procura valorizar o alcance desses dispositivos, é possível considerá-los uma explicitação da disciplina constitucional da relação entre liberdade e autoridade, transformando-os em instrumento de remodelação constante do equilíbrio público/privado, equilíbrio este que dá suporte a cada um dos quadros regulados específicos.

Nesse contexto geral, é possível perceber a razão última da externalização de certas atividades administrativas aos agentes privados no movimento geral de deslocamento da fronteira entre Estado e mercado[20]. Mesmo nos casos em que a retração do Estado não significou, ao menos formalmente, uma renúncia à tutela de certos interesses públicos, ainda assim os limites em torno dos quais se desenvolve a intervenção pública não coincidem mais com a atividade necessária à tutela desses interesses. Esses limites param antes, deixando assim que esses interesses sejam tutelados, em parte, pelos privados, com as formas próprias da autonomia negocial. Uma autonomia negocial obviamente *mais* limitada, exatamente em razão dos interesses sobre os quais se reflete. É por isso que certas funções públicas regulatórias tipicamente consideradas (com ou sem razão) expressões de poder transitam do público ao privado, perdendo seu caráter estritamente publicístico, mas não sua relevância face aos fins (públicos) que dependem de sua realização e de suas diretrizes.

O Estado regulador modificou, assim, os próprios procedimentos administrativos[21], estruturando-os. Ele separou formalmente a definição das diretrizes políticas e a sua aplicação, às vezes a confiando tal aplicação a autoridades técnicas independentes, neutralizando-a em face da política. Depois, ele deixou que parte da atividade administrativa técnica fosse desenvolvida por agentes privados, na forma de atividade econômica.

O processo regulatório, tomado de modo abrangente, encontra origem na definição de diretriz regulatória, e então se dissocia de seu caráter discricionário no momento em que passa à autoridade técnica (e já neste momento assume uma feição diversa pelo forte peso da participação e do diálogo com os interessados), e perde, finalmente, seu caráter

---

[19] No sentido da valorização desta norma, reconhecendo a ela um valor prescritivo direto, v. NAPOLITANO, G. *Il principio di contrattualità*. In: RENNA, M.; SAITTA, F. (orgs.). *Studi sui principi del diritto amministrativo*. Milão, 2012, p. 554.

[20] Como foi observado: "A transformação do papel regulatório do Estado, e os correspectivos processos de privatização e liberalização, de fato contribuíram à criação de um corpo importante de direito dos contratos" (CAFAGGI, F. *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il raporto tra parte generale e parte speciale*, op. cit., p. 95).

[21] Sobre o tema da relação entre Estado e mercado, especialmente em relação aos aspectos ora analisados, v. BENEDETTI, A. *Certezza pubblica e 'certezze' private*. Milão, 2010, sobretudo p. 243 e ss.

subjetivamente público, no momento em que, em sua fase conclusiva, se transfere à esfera privada. A depender do caso, esse momento final poderá pressupor, ao menos, o exercício de um poder avaliativo por parte do poder administrativo. A amplitude desse poder de avaliação (residual), bem como suas competências, irá mensurar o espaço no qual a negociação privada poderá desenvolver uma função efetivamente criativa e oferecer uma contribuição inovadora. Em todo caso, o efeito final, em regra competência do ato administrativo, passa a depender, aqui, de uma prestação contratual.

São muitos os setores nos quais se registra uma intervenção do contrato como componente do processo regulatório abrangente. A função que o contrato exerce, no entanto, não é sempre compreendida pela doutrina. Em atenção a essa dificuldade, e com finalidade classificatória, pode ser útil distinguir o caso do contrato por meio do qual os agentes privados preveem o adimplemento de prestações que substituem a prestação pública (notavelmente o exercício da função pública), do caso no qual, ao contrário, a estipulação contratual é o próprio resultado de uma prestação privada que substituiu previamente a função pública. Em ambos os casos, afere-se o resultado por sua adequação ao arranjo de interesses que o legislador previamente estabeleceu (nos limites em que estabeleceu, e ressalvados os espaços que deixou à livre regulamentação negocial). Em suma, no primeiro caso, o contrato é a *fonte* da produção de um efeito (positivo ou negativo), efeito este que, desejado e existente previamente, requisitou a prestação, sendo, então, o contrato, a fonte de legitimação do exercício do poder privado. No segundo caso, por sua vez, a negociação contratual toma o lugar da própria autoridade procedimental pública, por culminar no contrato que gera, então, a produção do efeito, sendo o contrato o *resultado* do exercício do poder privado. De todo modo, ambos os casos decorrem, evidentemente, da escolha legislativa de substituir a atividade pública pela atividade privada.

3. O contrato como fonte do poder privado que realiza o arranjo de interesses normativamente desejado

Em termos gerais, a atividade administrativa não discricionária resulta comumente fungível com relação às atividades privadas de conteúdo análogo. Esse fenômeno tem consequências em diferentes planos de análise.

É uma demonstração de tal fungibilidade o art. 19 da Lei nº 241/1990[*], que estabelece que certos objetivos de controle preventivo – com respeito a atividades que não autorizam

[*] ***Art. 19. (Segnalazione certificata di inizio attività - SCIA): 1.*** *Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria. La segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione. Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti. La segnalazione, corredata delle dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni nonché dei relativi elaborati tecnici, può essere presentata a mezzo posta con raccomandata con avviso di ricevimento, ad eccezione dei procedimenti per cui è previsto l'utilizzo esclusivo della modalità telematica; in tal caso la segnalazione si considera presentata al momento della ricezione da parte dell'amministrazione.* (Inciso alterado pela Lei nº 106/2011, e, posteriormente, pela Lei nº 35/2012 e pela Lei nº 134/2012). ***2.*** *L'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente.* (Inciso alterado pelo Decreto Legislativo nº 126/2016). ***3.*** *L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata. Con lo stesso atto motivato, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa. L'atto motivato interrompe il termine di cui al primo periodo, che ricomincia a decorrere dalla data in cui il privato comunica l'adozione delle suddette misure. In assenza di ulteriori provvedimenti, decorso lo stesso termine, cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata.* (Inciso introduzido pela Lei nº 124/2015, e alterado pelo Decreto Legislativo nº 126/2016). ***4.*** *Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies.* (Inciso introduzido pela Lei nº 124/2015). ***4-bis.*** *Il presente articolo non si applica alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.* (Inciso introduzido pela Lei nº 163/2010). ***5.*** (Inciso revogado pelo Decreto Legislativo nº 104/2010). ***6.*** *Ove il fatto non costituisca più grave reato,*

chiunque, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione di inizio attività, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti di cui al comma 1 è punito con la reclusione da uno a tre anni. ***6-bis.*** *Nei casi di Scia in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni. Fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 e al comma 6, restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali.* (Inciso introduzido pela Lei nº 106/2011, posteriormente modificado pelo Decreto-Lei nº 138/2011, convertido na Lei nº 148/2011). ***6-ter.*** *La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.* (Inciso introduzido pelo Decreto-Lei nº 138/2011, convertido na Lei nº 148/2011). Sugere-se a seguinte tradução: **Art. 19 (Atestação de certificação para o início de atividade): 1.** Todo ato de autorização, licença, concessão não constitutiva, permissão, independentemente de como seja denominado, necessita a demanda, pelo interessado, de sua inscrição junto ao registro dos agentes habilitados ao exercício de atividades empresariais, comerciais ou intelectuais cujo desenvolvimento depende exclusivamente da certificação de requisitos e pressupostos estabelecidos pela lei ou por atos administrativos de conteúdo geral, e em relação às quais não seja prevista qualquer margem flexível de apreciação ou instrumento específico de ordenação pública setorial, sendo tal inscrição dependente, pois, apenas da demanda do interessado, excluindo-se os casos em que sejam suscitadas implicações ambientais, paisagísticas e culturais, e os casos em que aos atos confiados pela administração pública às entidades de atestação importem questões de defesa nacional, segurança pública, imigração, asilo político, administração da justiça, administração das finanças públicas, aqui incluída a arrecadação de receitas públicas, inclusive as derivadas de jogo, bem como questões envolvendo construção civil em zonas sísmicas e aquelas impostas pela disciplina comunitária europeia. A referida atestação é concedida na forma declaração substitutiva da certificação administrativa e do ato de registro público, vinculando-se, contudo, a todas as condições, qualificações subjetivas e fatos previstos nos artigos 46 e 47 do Decreto Presidencial nº 445/2000, bem como, onde expressamente previsto, aos procedimentos de atestação e confirmação de condições habilitantes, inclusive de declaração de conformidade por parte das agências administrativas às empresas, estabelecidos pelo artigo 38, inciso 4, do Decreto-Lei nº 112/2008, convertido, com alterações, na Lei nº 133/2008, que regula os requisitos e pressupostos aos quais são vinculadas as atividades de atestação da administração pública, que estabelece inclusive as técnicas necessárias à outorga pela administração pública da atestação de compatibilidade do caso analisado às exigências legais. Nos casos em que a presente normativa preveja o acordo de vontades entre órgãos ou entidades especialmente considerados, os atos de verificação são substituídos pela autocertificação, regida como os procedimentos de exame, verificação e certificação definidos neste inciso, posta a salvo, entretanto, as verificações sucessivas da negociação contratual pelas autoridades administrativas competentes. O pedido de atestação – que compreende a declaração, o exame e a verificação dos requisitos legais, bem como a execução dos procedimentos técnicos necessários – poderá solicitar aviso de recebimento, à exceção dos procedimentos que prevejam a utilização exclusiva dos meios telemáticos; neste caso, considera-se o pedido apresentado no momento em que é recebido pela administração. **2.** A atividade que é objeto da atestação pode ser iniciada desde a data de apresentação do pedido de atestação à administração competente. **3.** A administração competente, quando verificada a carência dos requisitos e pressupostos aos quais o inciso 1 faz referência, no prazo de sessenta dias de recebimento do pedido de atestação, adotará procedimentos de proibição da consecução da atividade examinada. e de remoção dos eventuais efeitos danosos por ela ensejados. Sempre que seja possível conformar a atividade empreendida, e seus efeitos, à regulação normativa vigente, a administração competente, em um ato motivado, convidará o agente privado a prover as medidas necessárias à sua adequação, fixando para tal um prazo não inferior a trinta dias. Deixando o privado de adotar as medidas assim prescritas, e decorrido tal prazo suplementar, a atividade será entendida como proibida. Com o mesmo ato motivado, havendo frustração da atividade de atestação por vulneração ou perigo de vulneração do interesse público em matéria de meio-ambiente, paisagem, bens culturais, saúde, segurança pública ou defesa nacional, a administração disporá da suspensão da atividade empreendida. O ato motivado interrompe o prazo suplementar, que recomeça a partir da data na qual o privado sob exame comunica à autoridade a adoção das medidas que lhe foram requisitadas. Na ausência de providências tomadas pelo agente

uma absoluta liberalização ao mercado – são considerados satisfeitos por meio de uma demonstração do início da atividade, acompanhada de uma atestação privada sobre sua conformidade ao quadro normativo vigente. O pressuposto dessa flexibilização é, em parte, a perda de sentido do interesse público subjacente a uma prestação administrativa dessa atividade certificatória, em contraposição ao peso crescente que é dado à liberdade do agente privado[22]. Por outro lado, no entanto, é possível reconhecer, na escolha do legislador, a aposta de que o adimplemento dessa função por um agente privado tecnicamente qualificado em uma determinada incumbência profissional pode, em regra, oferecer um grau satisfatório de confiabilidade. A previsão de que a atividade pode começar antes mesmo do seu controle, como também o fato de que esse controle pode, por vezes, ser feito por amostragem[23], evidenciam que a essa atividade de controle é cada vez mais reconhecida uma função dissuasória, e não tanto uma função de garantia à realização do comando normativo que condiciona a atividade exercida pelo agente privado.

Também demonstra essa fungibilidade a situação contrária à anterior, isto é, a hipótese na qual essa mesma administração, não realizando o controle a partir de condutas dos agentes privados, ou seja, mantendo tais atos em sua esfera de ação, retira-se, contudo, de suas atividades propriamente discricionárias, remetendo-se a prestações privadas externas para o desenvolvimento de serviços técnicos acessórios ao seu exercício de funções públicas. A

---

privado, cessam os efeitos da suspensão eventualmente adotada. **4.** Decorrido o prazo para adoção das providências referidas no inciso 3, ou no inciso 6-bis, a administração adotará os procedimentos previstos no inciso 3, dentro das condições previstas pelo artigo 21-nonies. **4-bis.** O presente artigo não se aplica às atividades econômicas de caráter prevalentemente financeiro, nisto compreendidas aquelas de caráter bancário e creditício, que são reguladas pelo Decreto Legislativo nº 385/1993, e de intermediação financeira, reguladas pelo Decreto Legislativo nº 58/1998. **6.** Quando o fato não corresponder a punição mais gravosa, aquele que, nos procedimentos de exame, atestação ou verificação, que caracterizam a atestação, declara ou atesta falsamente a existência dos requisitos e pressupostos referidos no inciso 1 é punido com reclusão de um a três anos. **6-bis.** Nos casos de SCIA em matéria de construção civil, o prazo de sessenta dias referido no inciso 3 é reduzido a trinta dias. Ressalvada a aplicação das disposições determinadas pelos incisos 4 e 6, são ainda aplicáveis as disposições relativas ao controle da atividade urbanística e edilícia, especialmente as sanções e regras de responsabilidade previstas pelo Decreto Presidencial nº 380/2001 e pelas leis regionais. **6-ter.** A atestação de certificação para início de atividade, o ato de recusa da atestação e a declaração de possibilidade de início da atividade não constituem provimentos diretamente impugnáveis. Os interessados podem solicitar a atestação à administração pública, e, em caso de inércia administrativa, poderão mover exclusivamente a ação contra inércia administrativa de que trata o artigo 31, incisos 1, 2 e 3, do Decreto Legislativo nº 104/2010. (N. do T.).

[22] LAZZARA, P. *Principio di semplificazione e situazioni guiridico-soggetive*. In: *Rivista di procedura amministrativa 2011*, especialmente p. 685 e 696.

[23] São muitas as normas que limitam a obrigatoriedade do controle. Apenas exemplificativamente, podem ser mencionados o artigo 4º, inciso II, do Decreto Presidencial nº 15/2011, sobre simplificações procedimentais em matéria de prevenção contra incêndios, o artigo 62, inciso VI, *84-bis, 105-ter* e *105-quater* da Lei Regional Toscana nº 5/2001, sobre o governo territorial, e o artigo 71, inciso I, do Decreto Presidencial nº 445/2000, sobre documentação administrativa.

praxe oferece muitos exemplos: a externalização da decisão administrativa aos agentes privados mediante processos participativos prévios a escolhas discricionárias complexas; a alocação a terceiros de estudos técnicos no interior de procedimentos de planejamento; o recurso a profissionais externos no suporte a comissões julgadoras de procedimentos competitivos, inclusive na adjudicação de contratos públicos[*]. É, aliás, significativo que esse último processo de externalização das funções administrativas se dê no contexto da contratação pública, pois tais mecanismos de contratação evidenciam o caráter fungível e disponível da atividade técnica desenvolvida no âmbito de um contrato entre a administração pública e os agentes econômicos privados.

3.1. Funções instrumentais e finais confiadas, por meio de agências administrativas, às empresas

Como consequência correspondente ao quadro acima descrito, aqueles que pretendem obter títulos habilitantes para a realização de determinada atividade podem recorrer a agentes tipicamente privados.

A disciplina normativa concernente à realização, à transformação, à transferência e à cessação de atividades empresariais prevê que as atividades de controle e fiscalização e as atividades de emissão de títulos habilitantes podem ser exercidas por empresas privadas, desde que tais atividades sejam requisitadas às "pelas agências às empresas" [24]. Essas empresas se constituem, assim, como sujeitos privados creditados pela administração pública,

[*] O termo utilizado pelo autor é "*appalto*", que designa um conjunto extremamente amplo de relações contratuais nos quais um sujeito compromete-se em face de outro com a realização de alguma atividade (a execução de uma tarefa, a prestação de um serviço, o fornecimento de algum produto, etc), assumindo seus riscos e por seus próprios meios. Na sua modalidade pública (*appalto pubblico*), essa figura, regulada pela Diretiva 18/2004 da Comunidade Europeia, designa um conjunto abrangente de relações contratuais entre uma ou mais administrações públicas e um ou mais agentes econômicos, que pode ter por objeto desde a prestação de um serviço de interesse econômico geral (SIEG) até o fornecimento de produtos ou a realização de obras à administração pública. Por isso, optou-se, na tradução, pela fórmula genérica "contratação pública", para indicar não apenas a figura do "contrato administrativo" conforme seu tratamento doutrinário e legislativo no Brasil, mas todo tipo de módulo convencional estabelecido entre a administração pública e os agentes econômicos privados dotados da capacidade de realizarem uma atividade por seus meios e assumindo seus riscos. Esse tipo de contratação está sujeito a um mecanismo isonômico de adjudicação ("*gare di appalto")* com o fito de estabelecer a competição pública entre os candidatos a contratante da administração, que é equivalente, portanto, ao "procedimento competitivo garantidor de isonomia" brasileiro (artigo 36, XXI, da Constituição Federal de 1988) (N. do T.).

[24] Artigo 38, inciso II, alínea "c" e item "V", do Decreto-Lei nº 112/2008.

que, dentre outras características, devem possuir "uma estrutura técnico-administrativa obediente a critérios de competência, independência e imparcialidade [*terzietà*]". O legislador não permite, desse modo, que as agências administrativas contingenciem o número dos agentes privados (empresariais) por elas creditados a atuar, nem tolera que essas agências estipulem acordos limitantes desse mercado: a função pública se distribui em uma pluralidade de operadores, que devem poder agir em concorrência[25].

O papel das agências administrativas muda conforme a emissão do ato que credita os agentes privados pressupuser, mais ou menos, o exercício de um poder discricionário. Onde houver discricionariedade, as empresas poderão apenas desenvolver atividades "no âmbito e em suporte" de uma regulação (administrativa) centralizada. Onde não houver discricionariedade (ou seja, quando a agência administrativa transfere aos privados atividades restritas a avaliações técnicas), o sujeito privado, creditado pela administração, pode, por meio de um contrato estipulado com um sujeito habilitado escolhido livremente por ele, privar a administração pública do exercício centralizado da atividade de verificação dos pressupostos de outorga da habilitação (título habilitante). Estabelecer, nesses casos, como se conforma a relação entre público e privado, é, pois, problemático, sendo particularmente desafiador o estabelecimento do que vem a ser, concretamente, substituível: *se* e *como* a transferência do público para o privado pode restringir-se a avaliações técnicas, e quais os efeitos desse tipo de transferência para a disciplina do tema.

Muitas razões parecem justificar o fato de que a agência possa desenvolver atividades regulatórias que impliquem a existência de espaços técnico-valorativos. Antes de tudo, há um dado literal: o legislador define o limite da reserva de administração na discricionariedade, limite dentro do qual não se encontram as atividades de resultado incerto, mas apenas aquelas de natureza eminentemente técnica. A *ratio* da norma parece ser a de tornar infungível aquilo que vier a requerer uma legitimação política, e retirar dessa esfera reservada tudo aquilo que se referir apenas e tão-somente à aplicação de regras técnicas. Isto é confirmado por uma consideração global do papel atribuído pelo ordenamento aos agentes privados que exercem atividades de certificação, comumente chamados a desenvolver avaliações técnicas no lugar da administração pública. Se tal atividade de certificação fosse infungível, prejudicado estaria o conteúdo da regra segundo a qual meros acertos entre privados podem ser autocertificados.

[25] Artigos 2 e 3 do Decreto Presidencial nº 159/2010.

Quanto aos efeitos do exercício desses poderes regulatórios por agentes privados, as possibilidades que podem se prefigurar são: (i) que a regulação privada tenha um efeito preclusivo com relação à regulação pública; (ii) que a regulação privada não possua qualquer efeito condicionante, deixando à administração a faculdade de reconstruir completamente o procedimento regulatório já desenvolvido; (iii) que a regulação privada tenha um efeito parcialmente preclusivo, no sentido de limitar a possibilidade de uma inovação superveniente da administração, sem, contudo, impedi-la, condicionando-a a critérios específicos.

Tendo em vista tais possibilidades, o legislador não deixa de fornecer uma indicação: onde se aponta que a as atividades regulatórias exercidas por privados se dão "no âmbito" da regulação pública, verifica-se uma obrigação a que se aplique o art. 1º, 1-*bis*, da Lei nº 241/1990. A questão se coloca, então, em termos de bom andamento do processo: realizada a avaliação técnica pelo agente privado, surge um impedimento de interferência da administração sobre o procedimento até ali já construído [*divieto di aggravio del procedimento*], que a impede de reconstruir ou inovar sobre o que já foi feito pelo privado, salvo identificação de exigências extraordinárias de intervenção adequadamente motivadas. O procedimento é, em suma, considerado perfeito com a regulação desenvolvida pelo agente privado, na parte em que este a tenha desenvolvido.

O dado da proveniência (privada) dos resultados regulatórios não pode, entretanto, ser negligenciado. Uma vez que os agentes privados sejam creditados pela administração pública, esta, sem proceder à repetição do processo regulatório desempenhado pelos privados, será, contudo, vinculada a desenvolver um controle sobre a proveniência do agente privado que busca o título habilitante do privado habilitador, sobre a completude dos requisitos da habilitação e do procedimento regulatório, e sobre a correção da metodologia empregada no procedimento. Se, nesta fase de controle obrigatório, nada de anômalo emergir, então a administração pública não poderá fazer outra coisa senão, à luz do processo regulatório desenvolvido pelo privado, emanar o ato administrativo final (este sim uma escolha discricionária).

Tudo isso parece evidenciar um linha evolutiva que é muito relevante a esta análise: o enxugamento da atividade da administração pública, cada vez mais concentrada no momento do exercício do poder discricionário, e, portanto, no momento do balanceamento de interesses. O que está no entorno desse núcleo de atividade é precisamente aquilo que pode ser desenvolvido sem a necessidade das garantias próprias da administração pública. Há, no fundo, seja pela desmistificação do tema da avaliação técnica, seja pela ênfase no momento da

discricionariedade como aquele verdadeiramente próprio à atividade administrativa, o influxo de dois fenômenos opostos, mas convergentes. De um lado, a assunção do fato de que a administração *não é capaz de fazer tudo*, sendo necessário que a ela seja reservado o apenas aquilo que lhe é irrenunciável; do outro, a ideia de que a administração *não deve fazer tudo*, sendo juridicamente necessário que ela deixe à ação de outros agentes (privados) tudo aquilo que eles puderem fazer de modo adequado.

Na hipótese em que não há discricionariedade, entretanto, a atividade da agência de escolha da decisão administrativa a ser tomada não se conforma ao mecanismo descrito acima, pois não há escolha discricionária final a ser feita. Nesta hipótese, tendo os procedimentos privados de avaliação técnica seguido os requisitos previstos na legislação, as agências administrativas poderão apenas emitir uma declaração de conformidade "que constitui título autorizativo", dando à decisão técnica adequada publicidade[26].

Assim, se o perfil técnico da atividade elimina as possibilidades de escolha, o agente privado pode, autonomamente, produzir e emanar, com sua própria atividade, os efeitos previstos no ordenamento em relação à realização da atividade de habilitação/certificação técnica. Se, por outro lado, depois da realização dos atos regulatórios técnicos, houver a exigência de uma escolha discricionária final, a ser realizada com base nos resultados técnicos obtidos, então o agente privado pode ir até o ponto onde cessar o exercício da atividade técnica, e, ultrapassado esse ponto, deve abster-se de agir, deixando espaço à administração[27].

---

[26] Também o artigo 25, inciso II, do Decreto Legislativo nº 59/2010 prevê que para a finalidade de ingressar ao mercado de serviços públicos os prestadores podem ou formular seu pedido perante a autoridade administrativa ou "recorrer aos agentes privados habilitados", confirmando a alternatividade das opções, e também a própria capacidade de os agentes privados controlarem o acesso dos agentes interessados ao mercado de serviços.

[27] É verdade que a referida norma dá margem a comandos contraditórios, que expressam uma latente desconfiança com relação ao aludido instituto. Nesse sentido, o Decreto Presidencial nº 160/2010 negligencia a distinção entre casos de atividade discricionária e casos onde não há tal espécie de atividade, preferindo, ao invés disso, a distinção entre o procedimento ordinário de autorização e o "procedimento" da SCIA (silêncio circunstancial). Com relação à SCIA (atestação de certificação para o início de atividade), o referido Decreto nada acrescenta sobre o que já vinha sendo previsto, de modo geral, pelo artigo 19 da Lei nº 241/1990, sobretudo em sua atual formulação (que destaca especificamente a possibilidade de atribuição de funções das agências administrativas às empresas privadas). Quanto à hipótese do silêncio circunstancial [*silenzio assenso*], a agência "transmite, em modalidade telemática, ao Controlador Unificado das Atividades Produtivas [*Sportello Unico per le Attività Produttive, SUAP*] uma declaração de conformidade, que compreende a demanda apresentada pelo agente interessado, acompanhada da certificação e da atestação requeridas, constituindo título habilitante ao exercício da atividade e para o início imediato da atividade do interessado". Quanto ao procedimento ordinário de autorização (isto é, aquele que não é abarcado pelos artigos 19 e 20 da Lei nº 241/1990), o artigo 7 parece reconhecer à agência administrativa uma atividade meramente instrutória ("Nos procedimentos definidos no inciso 1, a agência, mediante requisição do agente interessado, pode desenvolver atividade instrutória no sentido do artigo 38, inciso 3, alínea "c", do Decreto-Lei , transmitindo a respectiva documentação, por via telemática, ao responsável do Controlador Unificado das Atividades Produtivas"). Combinando tais dispositivos com o

Este quadro implica a conclusão sistemática de que o espaço da decisão técnica não pode ser enquadrado na reserva de administração: o fato de que tal decisão técnica seja fungível entre administração pública e agentes privados significa necessariamente que não há, nesta decisão técnica, qualquer mérito administrativo[28].

E é possível observar também que, na disciplina normativa em questão, sequer a adoção formal do ato é reservada à administração pública. Cria-se, desse modo, uma concorrência lógica entre o ato público e o ato privado, ambos capazes de realizar exatamente o mesmo efeito habilitante. A estipulação contratual sugere, no polo do agente privado contratante, a obrigação tanto de proceder à verificação dos requisitos da empresa regulada como de conceder a ela a certificação que contém o efeito habilitante. Ou seja, por meio do contrato, em suma, a função administrativa é exercida na forma de adimplemento de uma obrigação (contratual), e o ato que realiza esse adimplemento se constituiu como prestação (pública) efetuada por um agente privado.

3.2. A emissão de atestados para a qualificação de agentes em procedimentos de adjudicação de contratos públicos

Uma hipótese contígua àquela acima considerada diz respeito aos atos privados que, mesmo não possuindo um efeito formalmente autorizativo, franqueiam acesso a mercados reservados, em especial ao mercado das contratações públicas. A participação em determinados processos de adjudicação de contratos públicos[29] é reservada a sujeitos que

---

artigo 38 do Decreto-Lei nº 112/2008, parece possível a conclusão de que a transmissão de informações ao Controlador Unificado das Atividades Produtivas – desde que não se trate de atividade discricionária – produz *de per se* o efeito autorizativo, conforme previsto pela disposição desse último artigo ("Em caso de resultado positivo, aos agentes privados é atribuída uma declaração de conformidade que constitui título habilitante ao exercício da atividade. Somente quando se trata de procedimento que implica exercício de atividade discricionária por parte da administração, os agentes privados interessados desenvolverão atividades instrutórias unicamente mediante o Controlador Unificado das Atividades Produtivas"). Isso é confirmado pelas orientações publicadas pelo Ministério do Desenvolvimento Econômico ("Orientações para a atestação ministerial no âmbito do exercício de atividades de agência administrativa pelas empresas, nos termos e com os efeitos do Decreto Presidencial nº 159/2010, revisto em 25 de março de 2013", disponível em *www.impresainungiorno.gov.it*), que, em seu item 4.4., prevê a necessidade de emanação de um ato administrativo apenas no caso de atividade discricionária.

[28] Sobre este ponto, v. o tópico "8" do presente artigo.

[29] Artigo 40, inciso III, do Decreto Legislativo nº 163/2006.

tenham obtido uma qualificação junto a organismos apostos, os "SOA" [*], que o legislador expressamente indica como organismos de direito privado responsáveis pela referida atividade de emissão de atestados de qualificação (note-se que tais organismos não apenas são "privados", mas de "direito privado", expressão que parece ecoar, *a contrario sensu*, a de "organismos de direito público", utilizada no mesmo diploma normativo[30]). Trata-se de organismos que devem obter previamente uma autorização, outorgada sem limites quantitativos, a agentes privados possuidores de determinadas características objetivas específicas (em particular, eles devem possuir uma composição e uma estrutura organizacional que assegurem "o respeito ao princípio da independência em seu juízo e a ausência de quaisquer interesses comerciais e financeiros que possam determinar comportamentos não imparciais ou discriminatórios"). Como corolário, é vedado a esses agentes o desenvolvimento de atividades-fim no mercado de contratações públicas, ou de qualquer atividade diversa da emissão de atestados de qualificação, donde se depreende necessária a exclusividade de seu objeto social[31].

A emissão de atestados versa, para além da constatação de requisitos gerais necessários à participação dos agentes em procedimentos de adjudicação de contratos públicos, sobre a adequação da capacidade econômica e financeira das empresas interessadas, sobre sua idoneidade técnica e organizacional, sobre a suficiência de seu aparelhamento técnico e orgânico. De um modo abrangente, tal atividade de emissão importa uma verificação preventiva da confiabilidade da empresa e de sua capacidade de executar corretamente as prestações que lhe serão requisitadas quando da futura e eventual adjudicação do contrato público. A disciplina normativa dessa atividade de emissão de atestados visa a predeterminar a avaliação dos agentes interessados na adjudicação de contratos públicos, fixando parâmetros que filtrem, em larga medida, as margens de decisão deixadas à administração em uma futura contratação pública, sem, contudo, exauri-las completamente[32].

Assim, para acessar o mercado de certas contratações públicas, a empresa deve estipular um "contrato" com uma SOA, que tenha por objeto sua "qualificação" [33], com o escopo de tutelar os interesses da administração futuramente contratante, tornando-a autorizada a ser possível contratante dessa administração. Vale enfatizar, todavia, que a

[*] Abreviação de "Società Organismi di Attestazione" (N. do T.).

[30] Artigo 40, inciso I, do Decreto Legislativo nº 163/2006.

[31] Artigos 64, inciso IV, e 66, do Decreto Presidencial nº 207/2010.

[32] Artigos 66 e ss. do Decreto Presidencial nº 207/2010.

[33] Respectivamente, artigos 76 e 75 do Decreto Legislativo nº 163/2006.

qualificação – e neste caso é também o legislador quem fica responsável por defini-la – importa o exercício de uma "função de natureza publicística" [34], acompanhada das correlatas responsabilidades penais, o que levou a jurisprudência a frequentemente se referir a esta hipótese fática como uma hipótese de exercício privado de função pública[35]. Emerge daí um modelo híbrido, que conjuga instrumentos privados com efeitos publicísticos, o que se reflete na dualidade das obrigações impostas à SOA, que deve "agir com diligência, correção e transparência", e também "agir de modo a garantir a imparcialidade e a equidade" [36]. Aqui, o exercício de uma função que, em regra, diz respeito ao dever de emitir o atestado de qualificação, se constitui, em suma, como uma prestação contratual que, adimplida, produz um ato (prestação) que é ou está no lugar de um ato administrativo.

A emissão de um atestado pela SOA não apenas é condição necessária, mas também condição suficiente[37], já que a administração contratante não poderá verificar, durante a adjudicação posterior à qualificação, aquilo que o agente privado (SOA) previamente certificou. Isso, de um lado, se deve à exigência de alocar a discussão sobre a qualificação dos concorrentes fora da fase de competição pela adjudicação do contrato público, uma vez que essa discussão, não estando vinculada ao princípio da paridade de condições entre os concorrentes [*par conditio concurrentium*], pode se dar de um modo menos formal e assim chegar a uma decisão efetivamente capaz de refletir a real existência dos requisitos qualificantes. Por outro lado, esse dado de suficiência do atestado emitido pela SOA libera o procedimento de competição pública do ônus de verificar a qualificação de cada um dos concorrentes (fase de habilitação), e assim o imuniza de um dos elementos mais conflituosos da adjudicação de contratos públicos. O atestado emitido pela SOA chega a esse procedimento público como um fato, um fato que só pode ser colocado em discussão no momento (anterior) que é próprio para tanto. Isso, ao menos, nas competições públicas que tenham por objeto contratos de maior valor. Nos contratos de menor valor, há uma concorrência entre a atestação da SOA e a atividade administrativa de discussão de requisitos,

---

[34] Artigo 40, inciso III, do Decreto Legislativo nº 163/2006. Como observa R. CARANTA (*I contratti pubblici*. Turim, 2012, p. 349), quando se evoca a "privatização" da função certificatória, é possível referir, com essa expressão, ao recurso aos agentes privados apenas no que toca ao regime de direito privado, restando intocável a essência da função, que permanece propriamente pública.

[35] CONSELHO DE ESTADO, Seção VI, 4 de julho de 2012, nº 3905, e CONSELHO DE ESTADO, Seção VI, 14 de maio de 2004, nº 2125.

[36] Artigo 70, inciso I, do Decreto Presidencial nº 207/2010.

[37] Exatamente nesses termos, v. a disposição expressa do artigo 60, inciso III, do Decreto Presidencial nº 207/2010.

de competência da própria administração contratante[38]: nesse caso, como se referiu anteriormente, há efetivamente uma concorrência entre a atestação privada e a discussão de requisitos com a administração contratante no próprio procedimento público, de modo que o recurso aos agentes privados se torna uma escolha facultativa.

Coerentemente, é construída uma relação entre o organismo de certificação da qualificação e a autoridade administrativa, tendo por objeto a vigilância dos contratos públicos em a cada etapa do procedimento específico de emissão do atestado. A SOA deve primeiramente comunicar à autoridade o início do procedimento de certificação e, ao final, sua conclusão, como também deve observar os elementos normativos na base dos quais o atestado é efetivamente concedido, garantindo, assim, a possibilidade de um controle administrativo sobre sua atividade. Sempre que uma empresa interessada em qualificar-se requisitar a intervenção administrativa sobre algum aspecto da relação contratual mantida entre a administração e a SOA, fica a administração obrigada a efetuar uma verificação da conduta da SOA[39].

O legislador também observa que a certificação concedida em sede de habilitação "não pode ser contestada imotivadamente" [40], com isto pretendendo sublinhar que essa certificação tem exatamente a mesma eficácia parcialmente preclusiva que se verifica no caso analisado precedentemente (o das funções de avaliação técnica conferidas às empresas pela administração). Com efeito, é necessário que emerjam elementos que justifiquem uma reconstrução do ato para que se possa e se deva mobilizar uma ulterior atividade administrativa de repetição desse ato. Isso porque estão preservados, aqui, os efeitos típicos do recurso a mecanismos privados, que se encontram também na escolha de limitar o controle realizado pela autoridade administrativa, controle este que será exercido mediante amostragem, segundo um programa de verificação anual, ou mediante provocação "motivada e documentada levada a efeito por uma empresa interessada, por uma SOA, ou por uma administração contratante" [41]. O controle tem, por fim, consequências para a eventual

[38] Artigo 90, inciso I, do Decreto Legislativo nº 163/2006.

[39] Artigo 71, inciso V, do Decreto Presidencial nº 207/2010.

[40] Artigo 40, inciso IX, do Decreto Legislativo nº 163/2006.

[41] Artigo 71, inciso II, do Decreto Presidencial nº 207/2010.

suspensão ou anulação do atestado de qualificação; nesse caso, se a SOA responsável queda inerte, pode a autoridade administrativa anulá-lo diretamente[42].

A função do privado não se exaure na outorga do atestado de qualificação. A prestação que é objeto do contrato o obriga a uma função (analogamente) publicística de controle, segundo a qual a SOA deve declarar a decadência do atestado sempre que houver ausência ou incompletude superveniente de algum dos requisitos da qualificação. No caso em que a SOA não execute diligentemente essa sua prestação de intervenção *ex post*, estará caracterizado o inadimplemento contratual, que autoriza a atuação substitutiva da autoridade administrativa[43]. A previsão da "prestação" contratual, assim, substitui integralmente a função administrativa também nessa hipótese de não espontaneidade (prestação em segundo grau).

Tudo isso parece assinalar um vetor estável de transformação do sistema. A redução da esfera pública implica a transferência das avaliações técnicas às atividades administrativas de fora da administração, o que acaba por "estruturar atividades publicísticas de controle técnico, em funções de certeza técnica e segundo relações de mercado" [44]. Parece estar confirmada, dessa maneira, a tendência de erosão da ação administrativa necessária, submetendo-a ao ônus de considerar o que o mercado é capaz de fazer autonomamente. Esta afirmação é, com efeito, uma afirmação que se presta a ser formulada em termos gerais, para dar substrato a uma revisão do tradicional limite que se estabelece no controle do público sobre o privado, levando-se em conta que nem toda atividade sujeita à regulação administrativa precisa necessariamente se reportar à administração, e, de uma perspectiva oposta, que a administração não necessariamente precisa encarregar-se de verificar, de modo autônomo e necessário, a conformidade da atividade privada ao ordenamento. O esquema *norma – poder – efeito* se sofistica, dessa feita, com a agregação da opção de intermediação da atividade técnico-valorativa pelo agente privado, culminando em um esquema *norma – poder público – poder privado – efeito*.

---

[42] Artigo 6, inciso VII, alínea "m", do Decreto Legislativo nº 163/2006. No mesmo sentido, o artigo 71, inciso III, do Decreto Presidencial nº 207/2010.

[43] Artigo 40, inciso *IX-ter*, do Decreto Legislativo nº 163/2006.

[44] BENEDETTI, A. *Alla ricerca della certeza, tra poteri pubblici e sistemi privati*. In: *www.giustamm.it*, p. 12.

4. O contrato como resultado do exercício de poder privado que realiza o arranjo de interesses normativamente desejado

Nos casos analisados até aqui, o contrato constitui uma relação entre as partes em virtude da qual uma (o agente privado) assume a obrigação de desenvolver uma atividade técnico-valorativa consistente na verificação, no lugar da administração pública e nos interesses dela (ou seja, no interesse público, da qual a administração é portadora), das condições de conformidade de uma situação concreta a requisitos normativos previstos no ordenamento. Há, porém, outro grupo de casos, nos quais a interposição do agente privado em avenças estreitamente ligadas à persecução de interesses públicos decorre de sua posição de mercado, assumida seja por efeito de um contrato de concessão com a administração pública, seja por efeito da disponibilidade desse agente sobre determinados bens produtivos.

O âmbito dos serviços públicos constitui um campo de investigação profícuo em torno desse grupo de casos. Entre os capítulos tradicionalmente característicos da evolução do papel da administração pública nos últimos anos, é normalmente considerada a transformação do gestor público em regulador público. Essa transformação assinala a redefinição das competências públicas: em uma relação forjada no conflito entre autoridade e liberdade, e na busca por deixar-se o maior espaço possível aos privados que a tutela administrativa dos interesses gerais possa consentir, as administrações públicas não assumem mais, em geral, o encargo de fornecer diretamente prestações públicas a partir do desenvolvimento de atividades econômicas. Mas há também uma outra face desse fenômeno. Nesse processo de retirada da administração pública, surge a exigência de uma função que possa garantir o correto desenvolvimento das dinâmicas concorrenciais, essenciais à adequada prestação dos serviços públicos. Essa função, em relação, por exemplo, ao acesso ao mercado das redes de transporte e distribuição, foi confiada aos privados e tem sua expressão em mecanismos contratuais. Na hipótese, a administração pública se retira da própria função de regulação.

Esse fenômeno resulta particularmente interessante porque, diferentemente dos casos já vistos, neste grupo a negociação entre as partes resulta na criação das regras regulatórias. Não se trata da exigência da execução diligente de um contrato, através de uma conduta do agente privado, ou de uma avaliação, segundo o crivo da razoabilidade, da existência em concreto de requisitos técnicos previamente estipulados ao exercício de determinada atividade (o contrato como pressuposto do adimplemento da prestação que, ao realizar-se, atinge o resultado normativamente desejado). Aqui, ao contrário, o efeito desejado *é a própria*

negociação contratual (e não um ato administrativo de admissão ou de autorização), que cria direito a partir de um arranjo de mercado. Alguns exemplos podem ilustrar melhor essa hipótese.

4.1. A admissão no mercado de energia elétrica

No setor de energia elétrica, o legislador atribui à sociedade por ações "Gestor de Mercados de Energia" [*Gestore dei Mercati Energitici, GME SpA*] a disciplina e a gestão econômica desse mercado (a assim denominada "bolsa elétrica") [45], impondo a essa sociedade que conduza seu comportamento de acordo com os princípios da neutralidade, da transparência e do julgamento objetivo[46]. O gestor é competente, inclusive, para a regulação técnica da atividade, e pode lançar mão, se entender oportuno, da participação dos interessados, escolhendo a modalidade procedimental de diálogo que julgar mais adequada[47]. A disciplina assim estabelecida é, então, aprovada por decreto ministerial; qualquer modificação nessa disciplina requer também essa aprovação, embora nos casos de urgência tais modificações produzam efeitos imediatos e que, em parte, prescindem da intervenção ministerial[48]. Também é o gestor que, autonomamente, determina as diretrizes técnicas vinculantes do mercado de energia.

---

[45] Artigos 5 e 3, inciso I, do Decreto Legislativo nº 79/1999. A sociedade tem 100% de seu capital em poder da Sociedade Gestora dos Serviços Energéticos, sociedade controlada pelo poder público.

[46] A disciplina normativa do mercado elétrico é dada pelo Decreto Ministerial nº 12783/2003, e por suas sucessivas alterações.

[47] Artigo 3 do Decreto Ministerial nº 12783/2003.

[48] Nestes casos, as modificações trazidas à disciplina são eficazes a partir de sua publicação no *site* do gestor, o que é bastante frequente. Veja-se, por exemplo, a modificação proposta pelo gestor relativa à redução dos requisitos mínimos de *rasting* pleiteado junto às instituições financeiras como garantia fidejussória em favor da GME SpA, publicada em 19 de outubro de 2011 e eficaz a partir dessa data, sendo posteriormente aprovada por meio do Decreto Ministerial de 19 de dezembro de 2011. No mesmo sentido, veja-se a proposta de modificação desses mesmos requisitos de *rasting* publicada no *site* em 26 de janeiro de 2012, que o Ministério só aprovou cerca de seis meses depois, por meio do Decreto Ministerial de 5 de julho de 2012. Quando o Ministério não aprova a proposta, ela tem seus efeitos cessados a partir da data de comunicação de sua rejeição. No espaço de tempo entre a publicação da proposta e a comunicação de sua aprovação ministerial, ela é válida e eficaz, capaz, portanto, de ditar uma disciplina que se impõe aos operadores atuantes no mercado de energia. É, inclusive, significativa de uma tendência de crescente fortalecimento do papel do gestor do mercado de energia, a evolução normativa no sentido da adoção de normas progressivamente mais concertadas e procedimentais: em um primeiro momento, a disciplina do mercado de energia previa que suas respectivas disposições normativas fossem determinadas pelo gestor, e posteriormente aprovadas pelo Ministério, sublinhado, pois, como a autoridade própria para a regulação da energia, elétrica e de gás natural; em um segundo momento – o atual – o

Na base da disciplina dessa atividade – disciplina esta que estabelece os requisitos ao acesso e à participação junto ao mercado de energia elétrica – o gestor prevê os atos necessários à habilitação dos agentes privados que venham a explorar o setor elétrico. O acesso a esse mercado é reservado aos sujeitos dotados de adequada profissionalidade e competência[49]. Quem pretende entrar nesse mercado é obrigado a submeter ao gestor um pedido complexo de admissão; o gestor, então, comunica ao agente interessado a admissão ou os motivos da inadmissão, ou ainda os encargos necessários à regularização do pedido, na hipótese deste se encontrar incompleto ou, por qualquer outro motivo, inepto[50]. É com a admissão que o sujeito que busca adentrar ao mercado adquire, por fim, sua qualificação como operador.

A "anomalia" dessa disciplina e, nesse sentido, sua particularidade significativa, extrai-se de seu cotejo com outras disciplinas normativas que regulamentam situações fáticas análogas. Por exemplo, no setor da intermediação imobiliária, a autorização à operação em bolsa é sempre subordinada ao reconhecimento dos requisitos de profissionalidade, probidade [*onorabilità*] e independência, mas a competência de outorga dessa autorização incumbe aos organismos públicos de regulação do setor financeiro (*Consob* e *Banca d'Italia*) [51].

Para que uma empresa possa acessar o mercado de energia elétrica, são requisitados não apenas a apresentação de uma solicitação de admissão, mas também, anexa a essa solicitação, uma "cópia subscrita do contrato de adesão ao mercado", a ser redigido a partir de um esquema pré-determinado[52], sobre o qual recairá a aceitação da contraparte (o gestor). O acolhimento desse pedido pelo gestor revela, em última análise, uma manifestação de vontade, de sua parte, em aderir ao contrato, e, desse modo, consubstancia o aperfeiçoamento do negócio contratual. A razão de ser desse mecanismo é a construção, em termos negociais,

---

artigo 4 do Decreto Ministerial nº 12783/2003 remete a competência inicial de determinação normativa ao gestor, sem qualquer intervenção da autoridade pública, nem de qualquer interferência técnica em sede consultiva. Ao gestor permanece, inclusive, a escolha do procedimento de estabelecimento da proposta, uma vez que pertença à esfera de sua decisão autônoma a escolha entre fixar um prazo no interior do qual os interessados possam participar com suas observações, ou proceder unilateralmente sem franquear a possibilidade de uma participação informada aos interessados.

[49] Artigo 11 do Decreto Ministerial nº 12783/2003.

[50] Artigo 14 do Decreto Ministerial nº 12783/2003.

[51] Respectivamente, artigos 63 e ss., 19 e 34, do Decreto Legislativo nº 58/1998.

[52] Artigo 12 do Decreto Ministerial nº 12783/2003. O contrato de adesão, como se lê no artigo 1 do esquema de contrato anexo ao Decreto Ministerial, tem por objeto "(a) os direitos e obrigações do contraente em face ao GME; (b) as condições nas quais o GME se obriga a prestar os serviços relativos às negociações no mercado elétrico e no mercado de certificação ambiental".

de uma avença que, de outro modo, poderia perfeitamente se configurar como manifestação ordinária do poder administrativo. Ao menos formalmente, portanto, o processo autorizativo no mercado elétrico é integralmente referido a esquemas contratuais: o contrato conclui o processo de regulação, outorgando a admissão ao mercado a uma empresa interessada.

Exatamente em função desse papel instrumental no que toca às finalidades regulatórias, o contrato por meio do qual se realiza o efeito (outorga da admissão) não apresenta traços estáveis ou imutáveis. O gestor, na realidade, tem a "faculdade de verificar, com periodicidade ao menos bienal, a manutenção, pelo operador, dos requisitos previstos em sua admissão ao mercado", o que impõe o correspondente ônus ao operador de comunicar ao gestor todas as variações relevantes influentes sobre as condições pactuadas[53].

Essa passagem, de um cenário procedimental (público) a um cenário contratual (privado), não é neutra, até porque ela vem acompanhada de diversas previsões normativas substantivas e processuais voltadas à limitação da possibilidade de tutela da administração pública, de modo a mobilizar o (controvertidíssimo) pressuposto lógico-jurídico que torna possível tal limitação. Com efeito, no pedido de admissão ao mercado, o operador é obrigado a declarar que se compromete, sem reservas, a observar a disciplina do mercado e as disposições técnicas acerca de seu funcionamento. Completa esse quadro uma série de previsões que limitam a responsabilidade do gestor, que responde apenas por dolo ou culpa grave, e segundo um regime processual caracterizado por breves prazos decadenciais[54].

Tudo isso impõe a quem deseja o acesso ao mercado de energia elétrica uma renúncia às formas ordinárias de proteção previstas no ordenamento, ao mesmo tempo prevenindo, com o aperfeiçoamento contratual, todo tipo de contestação sobre a legitimidade das disposições contratuais: se o operador não se obriga a respeitar por inteiro as disposições impostas, o gestor pode excluí-lo, ao fim do processo, pela falta de uma condição necessária à admissão; se não o faz, e mesmo assim o autoriza, há uma obrigação contratual de respeito às condições que passam a fazer parte da relação negocial entre operador e gestor. O tratamento da obrigação de contratar, no entanto, carece, no plano processual, de normas mais restritivas, que façam valer as condições efetivamente pactuadas entre operador e gestor quando da outorga da autorização. No caso de inadmissão do pedido, pode ser proposto recurso a um colégio arbitral, cujos membros são sempre nomeados pelo gestor; não somente tal recurso é condição para a admissibilidade de ulteriores gravames, como permanece o juiz ordinário

[53] Artigo 18 do Decreto Ministerial nº 12783/2003.

[54] Artigo 6.2 do Decreto Ministerial nº 12783/2003.

totalmente excluído do conflito, sendo previsto que toda e qualquer controvérsia que insurja em relação à aplicação ou à interpretação da disciplina do mercado seja remetida ao referido colégio arbitral[55].

4.2. Os contratos de compartilhamento da capacidade da infraestrutura

Ainda no âmbito dos serviços públicos, são muitos os casos nos quais o legislador deixa à negociação contratual a regulação de situações fáticas cruciais para o correto ajuste concorrencial do mercado. Isso é particularmente visível com relação aos contratos por meio dos quais os detentores das grandes redes de serviço público (energia elétrica, gás, ferrovias, comunicação eletrônica) negociam a utilização dessa infraestrutura, segundo quotas, com os diversos agentes que fornecem serviços, ou, em certos casos, até mesmo com os próprios concorrentes[56].

O acesso às redes de infraestrutura, em condições de paridade, constitui o pressuposto para a realização de um mercado aberto à concorrência. A retração do público deixa aos privados a disposição sobre os bens, seja em regime de propriedade, seja em regime de concessão; a atividade de repartição da capacidade desses bens é, consequentemente, confiada aos agentes privados, que estabelecem mecanismos de compartilhamento, não exercitando um poder privado que se manifesta em atos jurídicos, mas estipulando contratos nos quais à atribuição de uma quota de capacidade corresponde, em uma lógica tendencialmente sinalagmática, o pagamento de um preço tabelado.

Com efeito, o diferente grau de liberalização dos diversos setores dá ao contrato uma fisionomia diversa e, particularmente, faz com que estes se assemelhem, em diferentes

[55] Isto parece configurar, verdadeiramente, uma constrição injusta da liberdade contratual e uma violação ao direito, constitucionalmente assegurado, de acesso à tutela jurisdicional. Sobre a ilegitimidade constitucional das normas que preveem formas de composição arbitral obrigatória, frequentemente arguida na jurisprudência da Corte Constitucional, v. TRAVI, A. *Lezioni di giustizia amministrativa*. Turim, 2012, p. 100 e ss.

[56] Em termos mais gerais, em relação à função regulatória desenvolvida por tais agentes no âmbito das normas técnicas que disciplinam a utilização das redes de infraestrutura, v. CAPANTINI, M. *Attività amministrative private nei servizi di interesse econômico generale e principi dell'azione amministrativa*. In: *Rivista italiana de diritto pubblico comunitario, 2008*, p. 1461 e ss., que chega a configurar tais agentes como "agentes institucionais", e a atividade por eles desempenhada como objeto de uma "obrigação de serviço público". Essa reconstrução destacadamente publicística deve, entretanto, encontrar seu limite diante da atividade contratual subsistente entre o gestor da rede e os seus usuários, atividade esta que deve ser afirmada como possuidora de um caráter evidentemente privatístico.

intensidades, a normas procedimentais. Esses modelos contratuais não serão, pois, homogêneos; o que parece mais significativo, pela perspectiva que está sendo seguida neste artigo, é o que se manifesta nos setores nos quais o legislador separa a atividade de gestão da infraestrutura da atividade de fornecimento do serviço, confiando a primeira a um agente monopolista cuja única atividade consiste na compra-e-venda da capacidade da rede[57].

Normalmente, a disponibilidade sobre bens produtivos é acompanhada de um desejo de exclusividade que leva o detentor do bem a impedir seu uso por terceiros, sendo seu limite o corretivo jurídico representado pelo abuso de posição dominante[58]; por essa via, o ordenamento pode impor o compartilhamento compulsório de recursos necessários ao funcionamento de atividades econômicas em mercados distintos daquele mercado de compra-e-venda da capacidade do recurso. Nesse caso, o gestor da rede não pode, em regra, utilizar o recurso; pode apenas coloca-lo à disposição de terceiros que a utilizarão, recebendo, por tal uso, uma remuneração correspondente (compra-e-venda da capacidade do recurso). A regulação substitui, assim, o interesse em excluir os competidores pelo interesse em consentir o uso da rede ao maior número possível de empresas interessadas; desse modo, ainda que seguindo uma lógica mercantil de racionalidade econômica, o gestor poderá dar origem ao melhor resultado concorrencial possível. O contrato se insere, então, em um mercado já fortemente conformado, que garante a funcionalidade ao arranjo de interesses que o legislador deseja promover. A posição dominante do sujeito encarregado da regulação (que não é resultante de uma dinâmica econômica normal, e sim de uma escolha normativa) é transformada por uma regulação que acaba por converter, em aparente paradoxo, o poder de mercado (conexo ao monopólio) em um fato gerador de comportamentos imparciais.

Por outro lado, a ocorrência espontânea dos resultados mencionados é reforçada pela imposição de uma série de critérios que devem guiar o gestor da infraestrutura na negociação com os prestadores de serviços, critérios este que, além de visarem à garantia do regular desenvolvimento das dinâmicas competitivas, buscam também corrigir tais dinâmicas sempre

---

[57] Esse modelo é utilizado nos setores de energia elétrica (artigo 3 do Decreto Legislativo nº 79/1999), de gás natural (artigo 21 do Decreto Legislativo nº 164/2000), e de transporte ferroviário (artigos 11 e 12 do Decreto Legislativo nº 188/2003). Também a disciplina dos contratos por meio dos quais, em matéria de comunicação eletrônica, os empreendedores negociam com seus próprios concorrentes o acesso e a interconexão às redes de difusão eletrônica se enquadra no fenômeno ora em exame. Para uma perspectiva mais aprofundada sobre como se dá o compartilhamento nos setores mencionados, v. TORRICELLI, S. *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*. Milão, 2007, p. 82 e ss.

[58] Sobre as obrigações contratuais que derivam da posição dominante, especialmente na perspectiva de seu confronto com os princípios que regulam a atividade administrativa, v. RACCA, G. *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, op. cit., p. 61 e ss.

que estas não se manifestem de modo coerente em relação aos interesses públicos perseguidos.

O gestor, ao negociar o acesso ao bem, deve não apenas observar o princípio da não discriminação – que vincula, de todo modo, qualquer um que detenha posição dominante em função de sua disponibilidade sobre um bem essencial – mas observar a "máxima neutralidade e imparcialidade" [59]. O gestor é, pois, vinculado a assegurar "a equidade" no compartilhamento do recurso[60], e a fazê-lo de modo transparente e não discriminatório[61]. E tudo em um contexto no qual a regulação pública pré-determina o conteúdo de certas cláusulas (a começar daquela concernente ao tabelamento do preço de acesso à infraestrutura), fixando, assim, imperativa e aprioristicamente, as medidas no interior das quais o gestor pode tutelar seus próprios interesses. O espaço vazio deixado pelo quadro regulatório público, deverá, portanto, ser gerido entre o titular da infraestrutura e as empresas prestadoras de serviços, em âmbito negocial.

Tal negociação não é, entretanto, necessariamente neutra, mas sim orientada à manutenção de prioridades estranhas às partes envolvidas na relação jurídica contratual: assim, o gestor deverá levar em conta as exigências de manutenção e de desenvolvimento da infraestrutura, considerar o particular valor substancial de certas prestações em relação às outras, garantir a integridade da concorrência que se desenvolverá no mercado de compartilhamento da infraestrutura, e dar peso adequado à escolha normativa que optou por estruturar em sede negocial o estabelecimento das condições da prestação do serviço ao usuário final[62]. Essa vinculação funcional da negociação entre o gestor e as empresas prestadoras acentua definitivamente a função regulatória dessa negociação.

---

[59] Artigo 24, inciso V, do Decreto Legislativo nº 164/2000.

[60] Artigo 12 do Decreto Legislativo nº 188/2003.

[61] Artigo 27 do Decreto Legislativo nº 188/2003. No mesmo sentido, o artigo 3, inciso II, do Decreto Legislativo nº 79/1999.

[62] Tais deveres do gestor, que variam conforme cada caso particular, podem ser sumarizados, abarcando "a eficiente gestão da rede, expressa na máxima utilização de sua capacidade relativa" (artigo 12, inciso III, do Decreto Legislativo nº 188/2003), "o privilégio a serviços específicos, mais sensíveis ao interesse geral" (artigo 29 do Decreto Legislativo nº 188/2003), a promoção de uma rede europeia a partir do estímulo à composição de redes transnacionais, a garantia de desenvolvimento de uma concorrência economicamente sustentável, a tutela dos interesses dos usuários dos serviços prestados, disponibilizando a eles um nível elevado de qualidade dos serviços e de proteção jurídica com relação a eles, a garantia de acesso universal aos serviços prestados, e a consideração de demandas especiais de grupos sociais específicos, particularmente daqueles em situação de vulnerabilidade (artigos 13, 23 e 49 do Decreto Legislativo nº 259/2003).

O contrato, neste contexto, perde boa parte de sua fisionomia original, porque se coloca entre sujeitos portadores de interesses assimétricos. Um (que almeja o bem) negocia para alcançar seu interesse econômico próprio. O outro (o gestor), ainda que possua interesse econômico em que o contrato seja efetivamente estipulado, com a consequente alocação da capacidade da infraestrutura, negocia, entretanto, sem que a negociação possa interferir diretamente em seus interesses próprios, sendo, por isso, juridicamente obrigado a seguir critérios que visem à tutela de interesses públicos. Em forma de empresa (gestor privado) é desenvolvida, em suma, uma atividade de "administração", ou, em última análise, de "regulação", porquanto funcionalmente orientada à satisfação de determinados interesses extrínsecos à relação contratual.

Para garantir essa orientação funcional, são previstas também obrigações colaterais. O *iter* que conduz à celebração do contrato é analiticamente cindido em sua sequência cronológica, sendo acompanhado de obrigações colaterais tipicamente procedimentais[63], e estando sujeito à observância dos termos até então já estipulados ou pressupostos[64]. A eventual recusa ao compartilhamento deve ser motivada pelo gestor, em função da exigência de se garantir o controle mais eficaz possível sobre a observância dos princípios e regras que informam a repartição da capacidade da infraestrutura. Confirma a centralidade do controle o fato de que o empreendedor prestador de serviços tenha a obrigação de, em algumas circunstâncias, comunicar a recusa do gestor à autoridade competente, seja à autoridade do setor, em caso de conflito político, seja à Autoridade Garantidora da Concorrência e do Mercado [*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AGCM*], suscitando intervenção de ofício[65]. Também confirma essa centralidade do controle a intensidade dos poderes administrativos sobre as manifestações privadas de vontade[66]: sempre que a autoridade do setor verifica determinada violação, deve "reexaminar" a decisão do gestor[67], adotando um procedimento que o obriga a autorizar o acesso e que o legislador estabeleceu como vinculante às partes. Se, ainda assim, isso não funcionar, então é possível a substituição do procedimento contratual pela imposição da vontade da administração, hipótese que apresenta, evidentemente, uma instabilidade que não é típica das formas contratuais.

---

[63] Artigo 27 do Decreto Legislativo nº 188/2003.

[64] Artigo 27, III, "g", do Decreto Legislativo nº 188/2003.

[65] Artigo 24, III, do Decreto Legislativo nº 164/2000.

[66] V. artigos 26 e 37, V e VI, do Decreto Legislativo nº 188/2003, artigo 23 do Decreto Legislativo nº 259/2003, e artigo 2, XX, "e", e XXIV, "b", da Lei nº 481/1995.

[67] Artigo 26 do Decreto Legislativo nº 188/2003.

5. Contratos e exercício do poder. A recuperação da noção de "contrato de objeto público"

No quadro de uma reconsideração geral da "função administrativa", da relação entre administração e mercado, e, mais profundamente, da relação entre público e privado[68], não causa estranheza que o legislador utilize o contrato como parte de um processo regulatório complexo. Não é, de fato, estranho que o legislador confie aos privados, que contratam e adimplem prestações assumidas negocialmente, o ajuste de interesses prefigurado no âmbito do circuito de formação do objetivo político.

A prestação técnica que se requer ao privado aparece como perfeitamente correspondente, por seu conteúdo, seja a uma prestação pública que pressuponha uma valoração técnica, seja a uma prestação privada de natureza intelectual. Em termos teóricos, as duas hipóteses se distinguem apenas pela circunstância de que a valoração técnica da administração pública produz um ato administrativo, cujos efeitos se encontram estabelecidos em lei, enquanto a prestação privada é, originariamente, incapaz de produzir tais efeitos. A atividade é a mesma, exceto pela capacidade da administração de produzir atos administrativos, o que é uma condição formal da satisfação dos interesses públicos envolvidos.

Essas duas hipóteses evidenciam como essa divisão (prestação pública e prestação privada) é eliminável. Descritivamente, é óbvio que uma mesma coisa (a prestação) possa ser feita por um privado ou pela administração, isto é, pelos dois sujeitos enquanto sujeitos capazes de agir. Juridicamente, é necessário observar que é possível, no quadro das atividades públicas juridicamente garantidas à sociedade, que essa mesma prestação produza os mesmíssimos efeitos. Duas são as conclusões que podem ser tiradas daí. Em primeiro lugar, perante uma liberdade pública que não seja exercitável sem um controle que pressuponha valoração técnicas (desde que com respeito a regras, e não a interesses), atividade pública e atividade privada são assimiláveis, e não há nenhuma diferença substancial entre uma e outra. Em segundo lugar, o ato de valoração técnica que define limites ao exercício de uma liberdade pública, tornando-a juridicamente exercitável, sendo um ato subjetivamente

[68] Sobre as razões profundas dessa divisão, bem como de suas implicações concretas, inclusive em relação ao direito comunitário europeu e em perspectiva comparada, v. AUBY, J. B. *La distinction du droit public et du droit privé*. In: *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*. Paris, 2010, p. 287 e ss.

administrativo (emanado pela administração pública), não tem, contudo, nesta característica, um elemento necessário.

Em termos gerais, observa-se uma crescente despolitização de certas atividades administrativas, e a consolidação de uma técnica de construção do poder que progressivamente tende a confinar a discricionariedade ao momento de formação da regra, pois considera que, em sede de adoção do ato, caibam meramente atividades técnico-valorativas[69]. Neste contexto, advém a possibilidade de transformação da natureza jurídica do fato que produz os efeitos desejados, que pode, assim, assumir a forma de um contrato: nessa lógica, os efeitos dependem da execução de uma prestação assumida contratualmente. Se, nas previsões contratuais, bem como na legislação a elas aplicáveis, fica legitimado, em uma base ao menos formalmente consensual, o exercício contratual de uma função pública, será possível reter desse exercício contratual os mesmos efeitos habilitantes e adjudicatórios típicos dos atos administrativos[70]. E, na medida em que o contrato esteja em concorrência com a requisição de um ato administrativo, um interessado, para obter o efeito desejado, pode tanto recorrer à administração pública quanto ao mercado (ou, se se preferir, aos agentes de mercado, dentre os quais a própria administração[71]).

O contrato se revela capaz de construir entre as partes uma relação análoga à relação administrativa, uma relação que, por outro lado, por força do quadro regulatório (normativo) que deve ser aplicado, abre-se ao ambiente extrínseco à relação contratual para conseguir acolher interesses diversos em relação àqueles das partes negociantes. Com efeito, a absorção da discricionariedade no momento de formação da regra torna a fase sucessiva, de atuação da regra, uma fase que, por definição, é capaz de tutelar os interesses consolidados na regra que se está a aplicar. Encontra confirmação, assim, a afirmação da doutrina civilística segundo a qual o contrato termina ao assumir a função de atuação concreta do equilíbrio entre uma pluralidade de interesses, sobretudo interesses estranhos aos sujeitos contraentes[72].

---

[69] Sobre a complexa relação entre política e técnica, e sobre os riscos de contaminação entre ambas, v. NAPOLITANO, G. *Regole e mercato nei servizi pubblici*. Bolonha, 2009, especialmente p. 102 e ss.

[70] Não se trata aqui de mera hipótese de "exercício privado de funções públicas", mas sim de uma verdadeira "externalização privada da atividade pública", uma vez que há atribuição originária por parte da lei, o que dispensa qualquer juízo prévio da administração pública sobre a adequação do exercício privado da função legalmente atribuída. Para essa distinção, v. BENEDETTI, A. *Alla ricerca della certezza, tra poteri pubblici e sistemi privati*, op. cit., p. 7.

[71] Que será então um agente de mercado *sui generis*, porque não terá interesse econômico no fornecimento da prestação consistente na materialização do ato.

[72] V. o tópico 1 deste artigo.

Sobre a qualificação jurídica do fenômeno, a posição da jurisprudência administrativa é oscilante. Não obstante sua tradicional refração à utilização de fórmulas civilísticas no julgamento de demandas nas quais está implicado o exercício de um poder ou o desenvolvimento de uma função pública, há casos em que não se hesitou na qualificação desse tipo de relação como contrato; em outros casos, no entanto, foram dadas interpretações manipulativas, definindo a relação como "uma relação contratual *sui generis*", que, de todo modo e apesar da denominação, não poderia ser reconduzida a esquemas exclusivamente privatísticos[73]. Quem se aproxima do fogo corre o risco de se queimar, é dizer: o contrato, em contato com a função pública, se queima e se transforma em outra coisa? Mas que coisa? A recorrência a um *tertium genus* ou a uma figura híbrida aparece como solução instrumental para resolver, de um modo apriorístico, questões específicas (em particular conflitos de jurisdição[*]) e, nestes termos, não parece convincente.

É necessário, aqui, fazer uma breve menção, para enfrentar o tema, à complexa evolução da relação entre administração pública (em sentido objetivo) e direito privado, que pode ser resumida pela remissão a duas normas: o artigo 11, 1, e o artigo 1º, 1-*bis*, da Lei nº 241/1990.

O artigo 11, 1[*] demonstra que entre exercício do poder (e discricionariedade) e direito privado não há uma necessária incompatibilidade[74]: a disciplina dos acordos administrativos

---

[73] Respectivamente, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – LAZIO, Seção III, 26 de março de 2003, nº 2631, e TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – TRENTINO ALTO ADIGE, Seção Bolzano, 25 de setembro de 2006, nº 363, sobre a ideia de que o mero fato de o objeto do contrato ser o exercício de um poder público impede seu reconhecimento como contrato ordinário.

[*] Esses conflitos decorrem da dualidade de jurisdições, estabelecida pelo ordenamento italiano vigente. De acordo com tal arranjo constitucional, os conflitos que envolvem a administração pública devem ser dirimidos na jurisdição propriamente administrativa, ligada ao Poder Executivo, e formada pelo Conselho de Estado e pelos tribunais administrativos regionais. Esta jurisdição especial é alternativa à jurisdição ordinária (Poder Judiciário), na qual, por sua vez, são tuteladas as situações jurídicas "de direito comum", isto é, as crises jurídicas oriundas de ofensa à lei ou de lesão a direito juridicamente tutelado (incluído o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis). Enquanto o órgão de cúpula da jurisdição administrativa é o Conselho de Estado, a competência para o julgamento em última instância, na jurisdição ordinária, pertence ou à Corte Suprema de Cassação, nos casos que envolvem controvérsia sobre a interpretação e aplicação das leis infraconstitucionais, ou à Corte Constitucional, nos casos que envolvem controvérsia diretamente arguida em torno da interpretação e aplicação da Constituição (N. do T.).

[*] ***Art. 11. (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento): 1.*** *In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*. (Inciso alterado pela Lei nº 15/2005). Sugere-se a seguinte tradução: **Art. 11. (Acordos integrativos ou substitutivos do provimento administrativo): 1.** No acolhimento das observações e propostas apresentadas nos termos do artigo 10, a administração pública pode concluir, sem prejuízo dos direitos de terceiros e, em todos os casos,

abre um (relativo) espaço ao direito privado, em um aspecto muito mais problemático que aquele visto anteriormente. O problema se torna, aqui, não a qualificação da relação em termos publicísticos ou privatísticos, mas, pragmaticamente, o regime jurídico que se aplica à relação. Também é importante destacar que o artigo 11, na parte em que prevê a aplicação dos princípios codificados em matéria de obrigações e contratos apenas nos limites em que estes sejam compatíveis, não parece querer significar, em uma leitura mais atenta, que quando há incompatibilidade se deva recorrer ao direito público (gerando, por outro lado, uma confusão de regime que só não revela sua incongruência porque é prevista a jurisdição exclusiva), mas simplesmente que, notadas as incompatibilidades, devam ser aplicadas regras (de direito público ou de direito privado) diversas daquelas codificadas. De outro modo, o direito dos contratos estaria fora do direito civil sempre que se encontrasse fora do código civil[75].

Quanto ao artigo 1º, 1-*bis*, da Lei nº 241/1990, a doutrina tende a, frequentemente, redimensionar seu significado[76]. Todavia, ainda que a ele se reconheça a função de mero cânone interpretativo, com base nele se pode já duvidar que fenômenos que se resolvam com base em valorações técnicas sejam tratáveis em termos publicísticos: a *ratio* que deveria valer onde a valoração técnica seja demandada é a da prestação dessa atividade por um privado, inclusive em competição com outro privado.

Neste contexto, que relativiza e torna menos dramático o problema da aplicação do direito privado à atividade administrativa, o direito positivo não pode ser ignorado. É, com efeito, muito significativo que o legislador, no momento em que retraiu a administração para valorizar a potencialidade dos agentes privados com respeito ao adimplemento de prestações na quais a componente técnica seja dominante, tenha correlativamente feito recurso à categoria do "contrato", e expressamente tenha qualificado como tal os atos privados que, de diferentes maneiras, relacionem-se ao exercício do poder. O poder é, pois, conferido a certos privados pela mesma lei que enuncia a natureza (contratual) dos atos por meio dos quais esse poder se exprime.

---

perseguindo o interesse público, pela celebração de acordos com os interessados, a fim de determinar o conteúdo discricionário do provimento administrativo final ou do contrato que o substitui. (N. do T.).

[74] Sobre a natureza destes acordos, v. GRECO, G. *Accordi amministrativi*. Turim, 2003, especialmente p. 99 e ss. Para uma reconstrução teórica em termos comparatísticos, v. TORRICELLI, S. *Les limites à l'utilisation des instruments contractuels dans l'activité Administrative*. In: NOGUELLOU, R.; STELKENS, U. (orgs.). *Droit compare des contrats publics*. Bruxelas, 2010.

[75] ALPA, G. *Le stagioni del contratto*. Bolonha, 2012, p. 95 e ss.

[76] Para uma análise crítica dos riscos implicados à aplicação dessa norma, v. TRIMARCHI BANFI, F. *Art. 1, 1-bis della l. 241 del 1990*, op. cit., p. 947 e ss., especialmente p. 956.

Sobre esta questão, perfila-se, contudo, um conflito geral na relação entre a legislação e a jurisprudência, particularmente em torno de como a jurisprudência se porta com respeito às qualificações jurídicas que o legislador decidiu dar aos fenômenos. Algumas intervenções manipulativas, que tendem a retroceder à ortodoxia os esforços mais inovadores, de um lado evidenciam uma dinâmica incorreta na relação entre as instituições, e, de outro, acabam colocando obstáculos intransponíveis à persecução das intenções reformatórias, trazendo o risco de representarem um elemento de paralisia sobre o *status quo*.

Em suma: diante da expressa previsão normativa que indica a existência de "contratos" nos quais o objeto é "o exercício de uma função pública", ou se relevam os supostos problemas de incompatibilidade insuperável e conformidade constitucional, ou, ao revés, a qualificação jurídica de uma coisa – o contrato – e de outra – a função pública que lhe é objeto – devem constituir pontos de partida a serem assumidos como tal. Mas não parece haver exigências do sistema jurídico-constitucional que imponham a frustração da qualificação normativa do fenômeno ora analisado como tipicamente contratual.

Preliminarmente, se entendido nos termos aqui expostos, o fenômeno dos contratos em função de regulação pública constitui, em seu conjunto, um fenômeno remissível ao artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990, que se refere genericamente ao caso dos privados prepostos ao exercício de atividades administrativas. Dele decorre que também os contraentes devam assegurar (reciprocamente e perante terceiros, aí incluído o "interesse público") os princípios da atividade administrativa. Desde que com a expressão "atividade administrativa", não se entenda necessariamente atividade dada em concessão e expressão do poder público, mas atividade relevante para os fins que o legislador demanda à administração pública[77], tal norma pode muito bem ser a linha de coesão de diversos institutos. E, sobretudo, pode constituir o pressuposto para a construção de um regime unitário, para além do caráter altamente diversificado e minudente das normativas administrativas especiais.

Em consequência disto, o quadro regulatório se torna certamente mais vinculante, e, analogamente, o espaço de autonomia se torna bem mais comprimido. É, todavia, superada, nos estudos dos privatistas, a ideia do contrato como manifestação da autonomia da vontade[78]. Muito frequentemente o contrato é celebrado por sujeitos aos quais não é deixado qualquer espaço à autonomia da vontade, nem quando da pactuação do contrato, nem quando da

[77] MASSERA, A. *I principi generali dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 42.

[78] Sobre a multiplicação de fontes de disciplina do contrato, e de sua permeabilidade à questão do interesse público, v. BRECCIA, U. *Fonti del diritto contrattuale*. In: *Enciclopedia del Diritto, III*. 2010, p. 257 e ss.

estipulação do conteúdo contratual; na realidade econômica, o contrato de adesão se encontra firmemente estabelecido, como também são crescentes as hipóteses de contrato imposto[79].

E também é verdade que o adimplemento da prestação responde a princípios análogos àqueles aos quais responde a administração pública, e que, em função disso, são, via de regra, considerados "princípios publicísticos". Mas isto, em si, não quer dizer nada. Impor certas cláusulas gerais, como, por exemplo, a imparcialidade, significa simplesmente contribuir para a construção de um quadro regulatório dentro do qual a atividade social organizada deve se desenvolver. A imparcialidade é, no fundo, um modo de agir, e, em si, não pode ser significada em termos de direito público ou privado[80]. Também não é possível se deixar enganar com uma "tipificação dos fins" [81]: isto não apenas porque, no que toca à valoração não discricionária, o problema da funcionalização não se coloca (põe-se somente a questão do respeito às regras e aos padrões de conduta e diligência), mas também porque, de qualquer maneira, o empreendedor persegue o próprio fim (econômico e egoístico), que é a razão do seu agir. O fato de que o adimplemento da prestação, praticado para satisfazer interesses próprios, requeira uma valoração técnica finalisticamente direcionada a certos objetivos, é aspecto que diz respeito a um plano diverso do da atividade econômica funcionalizada: é o plano do correto adimplemento, conforme as obrigações assumidas por força de um contrato integrado por cláusulas legais. Este não é o plano da funcionalização da atividade, que continua, ao contrário do plano do adimplemento contratual, a ser expressão da liberdade de fins que é própria da atividade empreendedora.

A jurisprudência também reconheceu que, em alguns casos, atos privados podem produzir efeitos análogos a provimentos administrativos, e que, nesta hipótese, aplica-se

---

[79] SACCO, R. *Contratto imposto*. In: *Digesto delle discipline privatistiche, 2011*, p. 257 e ss.

[80] Nesta perspectiva, v. NAPOLITANO, G. *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*. Milão, 2003, p. 188, que observa que, em alguns casos "a lei prevê expressamente a sujeição do privado a regras concebidas, primariamente, pela administração pública. Isso, todavia, não implica a qualificação publicística da respectiva atividade ou de seus atos singulares". V. também, em relação ao princípio da proporcionalidade, DEL PRATO, E. *Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*. In: *Rivista trimestrale di diritto procedurale civile, 2012*, p. 408, que, seguindo uma linha de raciocínio particularmente útil aos propósitos deste trabalho, observa que "o terreno afeito à proporcionalidade é, por excelência, o direito público, e, em geral, as relações normativamente desiguais (...). Dessa forma, o princípio da proporcionalidade possui uma função específica no âmbito das relações que envolvam exercício de autoridade: tal princípio pode, portanto, ser empregado nos atos de exercício privado da autoridade pública e, consequentemente, na execução dos contratos dos quais derivem situações de autoridade, ou, de modo ainda mais amplo, nas relações jurídicas que envolvem o exercício de direitos potestativos, poderes contrapostos a sujeições".

[81] CIVITARES MATTEUCCI, S. *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*. Turim, 1997, conclusivamente à p. 189.

preferencialmente uma disciplina de matriz destacadamente garantista, "verificando se, no tocante ao princípio da liberdade de formas, típico do direito privado, haja, todavia, em concreto e faticamente provada, uma ponderação e uma avaliação dos interesses dos sujeitos destinados a serem alcançados pelos efeitos de tais atividades de direito privado" [82]. Não é, assim, o mero fato de conseguir dar garantias contratuais idôneas que transforma a atividade do privado em uma atividade de natureza pública, sendo necessária sua atuação concreta como tal, especialmente diante dos sujeitos atingidos pelos efeitos de sua atividade.

Como já foi dito, a intensidade da permeabilidade de matérias extrínsecas na relação contratual não pode ser ignorada em sede de sua reconstrução conceitual. A recuperação da noção de "contrato de objeto público" avulta particularmente útil para tanto, na medida em que o próprio "objeto público" tenha o condão de transformar a causa do contrato, atribuído a ela a capacidade de incluir a relevância de muitos interesses diversificados, extrínsecos à relação contratual. A causa do contrato, ou seja, sua função econômico-social, não se identifica ao mero câmbio de uma prestação por um preço, mas sim à correta realização de um ajuste abrangente de interesses relevantes. Daí decorre a justificativa da regulação jurídica que vincula esse tipo de contrato. Daí decorre também a justificativa da importância que assumem as posições dos sujeitos aparentemente externos ao contrato: a administração pública e o interesse público, os terceiros e seus interesses privados instrumentais.

De fato, a doutrina que se ocupa das formas negociais de exercício do poder, antes e depois de sua codificação na lei de processo administrativo, ou, de modo mais geral, a doutrina que se ocupa do tema da contratação pública, vem frequentemente utilizando a categoria do contrato de objeto público, especialmente para valorizar o seu aspecto contratual em prejuízo de seu perfil publicístico[83], ou para, inversamente, evidenciar a particularidade do seu objeto[84], que deixaria em segundo plano o seu perfil de "encontro de vontades". Em suma, na ampla diversidade de estudos sobre o tema, ora a categoria é contrato, ora é o objeto publicístico a caracterizar, antiteticamente, a reconstrução do próprio instituto "contrato", que deveria, portanto, ser reconduzido ao direito comum ou ao direito público.

---

[82] CONSELHO DE ESTADO, Seção VI, 25 de março de 2004, nº 1617, sobre o qual recai a análise crítica de MALTONI, A. *Esercizio privato di pubbliche funzioni*. In: *Enciclopedia di Diritto, I*. 2007, p. 588-589.

[83] V., particularmente sobre esse ponto, CIVITARES MATTEUCCI, S. *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, op. cit., especialmente p. 187, na qual observa que "sobre o problema relativo à natureza jurídica dos acordos de que trata o artigo 11, não deveria ser difícil (...) admitir seu enquadramento na categoria dos contratos de direito civil, confirmando a inexistência, em nosso ordenamento, de uma figura geral do contrato apartada da figura do direito público".

[84] GRECO, G. *Accordi amministrativi*, op. cit., especialmente p. 99 e ss.

É verdade que a noção de contrato de objeto público tem contornos esfumaçados. Ela é utilizada em uma plurivocidade de sentidos, frequentemente sob o pressuposto de que um dos dois termos que a compõem (o "contrato" e o "caráter público do objeto"), quando tomados em suas acepções amplas e abstratas, são incompatíveis entre si, não podendo, pois, combinarem-se para a formação da categoria em questão. De modo particular, as dúvidas expressas no esforço dessa combinação se referem ao caráter não patrimonial da relação que é objeto do pacto contratual, à previsão de um poder geral de resilição [*recesso*], e aos limites à aplicação dos princípios obrigacionais e contratuais do código civil, que só encontra espaço quando estes forem "compatíveis". Este não é o lugar para um exame detalhado das diversas teses propostas em resposta a essas dúvidas, mas sua mera constatação permite observar como a categoria conceitual do contrato de objeto público se encontra inserida no debate sobre o fenômeno dos contratos entre agentes privados com funções de administração pública.

O preço que justifica a assunção da obrigação, por parte do prestador, de desenvolvimento da prestação, que possui, em contrapartida, uma importância econômica certa (preço), torna inquestionável o *caráter patrimonial da relação*, uma das condições que, expressamente, o artigo 1321 do código civil indica como características do contrato. Nesse mesmo sentido, aliás, o interesse público não constitui o parâmetro de verificação da aplicabilidade do direito contratual, desde que se considere a necessidade de sua adaptação funcional como base da garantia de compatibilidade entre o contrato e os princípios do código civil, o que de todo modo não demarca, a priori, os limites conceituais de uma construção teórica como a do contrato de objeto público. Não há, por fim, normativas específicas no tema da resilição que possam tornar incompatíveis a construção da categoria em questão em termos contratuais, não apenas nos casos em que o privado desenvolve mera atividade de valoração técnica, como também nos casos em que o interesse público é um dos termos que o privado deve valorar. Aplicam-se, com efeito, princípios da atividade administrativa, que, no entanto, são efetivados por meio do normal desenvolvimento dos mecanismos contratuais, cujo trâmite permite a correta aplicação das normas e regras de diligência.

É, porém, a administração pública que pode intervir de fora da relação jurídica contratual, nos casos em que haja infrações que tornem a prestação realizada ou a escolha feita inidôneas à tutela dos interesses públicos. O caráter público do objeto emerge novamente, pois, na previsão de competências públicas específicas; disto se poderá tratar melhor nas próximas seções.

6. Os acordos característicos do regime jurídico dos contratos entre agentes privados em funções regulatórias, entre ser e dever-ser. A importância do artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990

O recurso a mecanismos contratuais para a obtenção de objetivos de regulação social coloca (ou resolve, a depender das diversas impostações que se seguem) um problema das atividades públicas juridicamente garantidas à sociedade. Se para explicar esse fenômeno se recorre à clássica figura das *munera*[85*], a tutela dos interesses envolvidos no exercício das funções públicas é, contudo, normalmente compreendida em termos estritamente publicísticos; seguindo essa perspectiva, o ato do privado seria privado apenas em sua aparência, dado que teria seu procedimento integralmente transformado e, aspecto que não é secundário, teria o juízo administrativo[86] imiscuído em sua atividade.

É possível observar, contudo, que a extensão do regime do ato administrativo aos atos privados nos quais se exercitam funções administrativas não é apenas não prevista pela lei, como também é, por certos aspectos, propriamente inviável. Essa possibilidade de extensão poderia, com efeito, não se revelar idônea à realização dos efeitos de garantia jurídica da prestação de atividades públicas à sociedade, efeitos estes que, em última análise, são usualmente entendidos como a razão que estaria na base da justificativa de tal extensão. De fato, o regime procedimental (a processualidade) é, em parte, direcionado a tutelar o cidadão, e este objetivo pode ser estendido também ao caso no qual o exercício do poder seja transferido ao privado. De outra parte, esse mesmo regime procedimental tende a limitar o controle jurisdicional. Neste segundo aspecto, pode-se ao menos admitir, quando a prestação se dá no interior da administração pública, que a maior restrição ao controle jurisdicional

---

[85] Para uma reconstrução doutrinária sobre o tema, v. DE LEONARDIS, F. *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione*. In: *Rivista di diritto amministrativo, 1995*, p. 347 e ss.

[*] A figura das "*munera*" (plural de "*munus*", em latim) designa, no direito romano, diversas atividades que, entendidas como deveres, obrigações, eram realizadas por agentes privados, normalmente ocupantes de altas posições na sociedade romana, e beneficiavam a totalidade do povo romano (*populus*) (N. do T.).

[86] Como já foi observado, o recurso aos agentes privados para o desenvolvimento de tarefas públicas deve ser compensado por garantias que tendam a funcionar como re-introdutoras da republicização (MARCHETTI, B. *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*. In: *www.giustamm.it*, p. 4 e 33, onde, dentre outros, questiona-se os limites à tal republicização colocados pelo direito comunitário europeu e pela jurisprudência da Corte de Justiça da Comunidade Europeia). Isto não significa, contudo, que a necessidade desse tipo de regulação jurídica corretiva implique um dever a que a execução das tarefas públicas se dê no interior de um "regime de direito público" (como reforça NAPOLITANO, G. *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., especialmente p. 187-189), que pode, ao revés, obstaculizar a realização desses princípios "republicanos". A análise subsequente feita neste artigo tentará desenvolver o referido "nó" teórico.

encontre sua justificativa na hipótese de que a administração pública seja dotada de uma fonte autônoma de legitimação e, desse modo, seja capaz de oferecer, por meio da organização administrativa, outras garantias aos cidadãos, alternativas ao controle jurisdicional. Em vista disso, a extensão às prestações realizadas por privados desse segundo aspecto do regime processual administrativo (ou seja, o afastamento do controle jurisdicional) desperta diversas interrogações[87].

Ademais, se de contrato se trata, a referida tese da "mutação integral de regime" resulta impraticável também em termos teóricos, devendo ser, pois, superada. Assim como quando a administração recorre a contratos, em maior razão no caso do privado que exercita função pública pela via negocial deve ser aplicada a norma do artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990, estabelecendo que as regras do regime obrigacional e contratual fixado pelo código civil só poderão ser excepcionadas onde se mostrar necessária a introdução de corretivos normativos ligados às especificidades do objeto do contrato. O artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990 constitui, portanto, regime necessário e limite jurídico insuperável dos contratos entre agentes privados com funções de administração pública.

Tudo isto explica e justifica a perspectiva da análise aqui desenvolvida. Se é aceita a ideia de que os contratos em questão são atos que participam da atividade da administração pública, deve reconhecer-se como necessário o exame de cada disciplina contratual específica à luz do tipo de atividades pública juridicamente garantida à sociedade, cujos efeitos correspondem ao correto desenvolvimento da atividade contratual. Haverá, ainda, atividades a ser minimamente garantidas, nas quais subsiste o exercício do poder, que, caso ausente, faria emergir linhas de ilegitimidade do sistema. Por outro lado, o regime destes contratos é variado: em certos casos, altamente detalhado, em outros, bastante sumário. Considerar que os contratos sejam (ou não) instrumentos de regulação social possui, assim, consequências significativas para a determinação dos princípios e normas a que se recorre para integrar e completar aqueles expressamente previstos. Essa questão, em sua base, diz respeito, portanto, à exigência de verificação do perfil da tutela jurisdicional desses contratos, perfil este que pode tanto ser tomado como parte da garantia jurídica da prestação de determinadas

[87] O problema é, evidentemente, um problema de ordem geral, e diz respeito a todos os casos nos quais, diante da aplicação de regras ou princípios de direito material análogos aos de direito público, derivaria a aplicação de regras processuais (aqui já não mais análogas) de direito público. Pense-se no exemplo do "organismo de direito público", ao qual, de acordo com o direito comunitário europeu, impõe-se a "tutela de evidência pública", sem, contudo, importar a essa disciplina a questão do juízo dotado de competência, e a questão de que as técnicas dessa tutela, no que toca aos *standards* inderrogáveis que a caracterizam, podem muitas vezes divergir daquelas que se aplicam aos atos da administração em sentido próprio.

atividades de interesse social, quanto como reflexo e consequência do regime jurídico substancial desses contratos.

Será, então, interessante, neste passo, investigar alguns elementos da disciplina jurídica do fenômeno acima descrito, para que se consiga perceber que as normativas setoriais vêm buscando assegurar que os agentes privados, alçados em seus contratos à condição de prestadores de atividades de regulação social (funções de administração pública), efetivem, nesta situação, os princípios da atividade administrativa. Esta disciplina jurídica é muito fragmentada: as hipóteses fáticas apresentam muitas variantes, que não são reconduzíveis a uma unidade de modo de maneira simples ou imediata; não obstante, alguns elementos comuns desse regime podem ser evidenciados.

Nesse sentido, os sujeitos aos quais é confiado um papel de realização dos valores públicos passam necessariamente por alguma etapa de verificação que conduz a uma certificação, autorização, concessão, ou somente a uma simples inscrição registrária. Não se trata, assim, de um privado qualquer, mas de um privado qualificado. Isto não só autoriza uma avaliação preliminar de sua idoneidade, como também ativa uma relação permanente de controle por parte do sujeito público. A essa qualificação substancial, agrega-se também a qualificação formal, por meio da ativação jurídica de formas especiais de responsabilidade derivadas da assunção da condição de sujeito encarregado da atividade pública[*].

Entre os requisitos a serem observados como condição ao ingresso dos agentes privados no mercado da regulação pública da sociedade, há algumas prescrições de natureza organizativa.

Em primeiro lugar, há prescrições quanto ao sujeito, ou melhor, quanto ao dever-ser organizativo do sujeito que estipula o contrato. O legislador requer aos sujeitos prepostos a atividades regulatórias uma espécie de emulação, em sua própria estrutura organizativa, e ainda que em termos minimamente essenciais, traços próprios da organização administrativa. O legislador requer também que os agentes privados insiram em suas respectivas estruturas organizativas mecanismos de prevenção de conflitos de interesse, ainda que meramente

[*] O autor utiliza a locução "*pubblico servizio*", que poderia ser traduzida como "serviço público", porém não na acepção que se tornou consagrada no Brasil, de prestação de conteúdo econômico realizada pela administração pública e fruída individualmente pelo cidadão, e sim em uma acepção ampla, significando a totalidade de atividades publicamente relevantes, que a administração pública detém o dever jurídico de garantir (não necessariamente o de prestar diretamente). Esta segunda acepção, mais ampla, equivale, portanto, à noção de "*garanzie*", que já vinha sendo traduzida, neste artigo, como "atividades pública juridicamente garantida à sociedade". Manteve-se, pois, para a locução "*pubblico servizio*", essa mesma tradução (N. do T.).

potenciais (ainda que em alguns casos se contente, discutivelmente, com o mero silêncio da instância pública de verificação quando esta queda inerte sobre a possibilidade de conflitos de interesse). É igualmente garantida, pela lei, a existência de uma instância específica e permanente de controle (interno), buscando a manutenção da neutralidade da organização, que também é visada pela imposição de limitações à circulação de ações que compõem o capital social, quando sua livre circulação puder, de alguma forma, ou influenciar a correta gestão da estrutura organizativa, ou comprometer o requisito da sua independência. As normas aplicáveis contêm numerosas previsões de incompatibilidades impeditivas à ocupação de postos de trabalho, relevantes a fins disciplinares.

Em segundo lugar, podem existir determinadas formas de organização legal do mercado. Tendencialmente, os sujeitos que se ocupam da negociação contratual com função de administração pública exploram um objeto social exclusivo, em uma limitação de sua livre-iniciativa que está, inclusive, sob a análise da Corte constitucional[88]. A afirmação segundo a qual um sujeito deve ser independente não pode, com efeito, ser vista como garantia suficiente de sua isonomia perante os agentes que se encontram subjetivamente fora do espaço em que se dá a negociação contratual com função de administração pública.

No momento em que se recorre ao mercado, é possível e necessário presumir que a lógica própria do mercado, pelo modo como é conformado, gera os resultados que se busca alcançar. É por isso que não devem existir conflitos de interesse, na medida em que o adimplemento da prestação contratual não deva ser conduzida por interesses pessoais, em detrimento dos interesses empresariais do contratante preposto à função de administração pública. Pela mesma razão, por meio da prescrição de exclusividade do objeto social, o único interesse que ao agente privado é permitido perseguir é aquele vinculado ao correto exercício da função de administração pública que lhe foi confiada. O comportamento idôneo é, assim, feito economicamente conveniente. Desse modo, a organização jurídica do mercado aplana interesses que seriam naturalmente opostos, tornando-os, em sua origem, conciliáveis, transformando um mercado no qual os operadores buscam a satisfação de interesses em conflito, manifestos na forma de forças contratuais contrapostas, em um mercado artificial, no

[88] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – LAZIO, Seção I, 13 de dezembro de 2011, nº 9718, que entendeu relevante e não manifestamente infundada, em relação aos artigos 3 e 41 da Constituição, a questão da legitimidade constitucional do artigo 40, III, do Decreto Legislativo nº 163/2006, "na parte em que, definindo o princípio da exclusividade de objeto social da SOA, tem a dupla consequência de proibir que um mesmo agente de desenvolva, ao mesmo tempo, atividades de organismo de certificação e atividades de SOA, e de proibir que um organismo de certificação possua participação acionária em uma SOA".

qual as partes exercitam a própria autonomia contratual por meio da realização de interesses que se materializam convergentes.

Nesse contexto, assumem um significado particularmente importante as obrigações substanciais postas à atividade dos sujeitos privados, que, no contratar ou adimplir as prestações que são objeto dos contratos, encontram-se vinculados a agir de modo imparcial e, pode se dizer, até mesmo justo, na base de uma regulação jurídica processualizada e completa de sua atividade. Daí ser uma questão, senão curiosa, ao menos interessante, a de se é possível discernir, no que toca à utilização de contratos entre privados como meio de efetivação da regulação social, a negociação em torno da estipulação do contrato e a execução mesma desse contrato.

7. A obrigação de negociar como parte integrante da vertente contratual da obrigação de agir da administração pública: limites à exigibilidade da prestação administrativa em um regime no qual a função administrativa é confiada à concorrência

O regime abrangente dos contratos entre privados com os quais se exercitam atividades administrativas, nos casos aqui examinados, é balizado por um duplo registro. A afirmação da natureza efetivamente contratual do ato que gera a relação jurídica obriga a que se faça referência, em um primeiro momento, ao direito empresarial, nos limites em que isto se faça compatível com os princípios de que trata o artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990, aplicando as normas empresariais em concreto e integrando-as à luz de tais princípios da atividade administrativa. Nesse sentido, tais princípios constituem, ao mesmo tempo, um limite e um elemento condicionante do regime privado empresarial, abrindo a disciplina do contrato e permitindo que ela acolha interesses externos: fazem com que o contrato seja, desse modo, permeável aos interesses gerais sobre os quais a atividade administrativa é pré-ordenada, interesses estes que ela deve ter em consideração no desenvolvimento de sua atividade.

Um primeiro momento de interação entre os dois corpos normativos (civil e administrativo) se manifesta em relação ao perfil de configuração da obrigação de contratar, que constitui a projeção da obrigação de agir que vincula ordinariamente a administração pública.

A obrigação de agir da administração é a resultante direta dos princípios que o artigo 1º, 1-ter, da Lei nº 241/1990 estende aos privados. Disto não se pode inferir, contudo, que, por consequência do dispositivo, aos privados seja imposta a obrigação de atender a todas as solicitações ou demandas negociais, ou que a conclusão de uma negociação de boa fé seja objeto de uma obrigação jurídica. As situações concretas são, efetivamente, muito variadas, e a submissão à obrigação de contratar depende seja da diversidade de conformações de mercado em que operaram os agentes privados encarregados de atividades administrativas, seja da diversidade de articulações possíveis entre tais agentes e a administração pública. Em outros termos, a obrigação de contratar poderá resultar, a depender das circunstâncias concretas, em condição necessária à garantia das finalidades por força das quais a lei previu a obrigação de agir da administração pública.

A rigor, a obrigação de contratar é um instituto típico do direito da concorrência, de modo que é a ele que se faz necessário recorrer, em primeiro lugar, para verificar se há condições para que a disciplina comum do direito privado contratual possa, em sua base, satisfazer a exigência jurídica da ação administrativa. A rigor, se observarmos pela lente alargada do direito da concorrência as diversas hipóteses expostas neste trabalho, é possível classificá-las em três tipos: (i) o agente privado que exercita a atividade administrativa enquanto titular de um direito de exclusivo, exercendo, pois, posição dominante; (ii) o agente privado que desenvolve a atividade em concorrência com outros agentes privados e com a própria administração pública; (iii) o agente privado que exerce a atividade em um mercado aberto à competição, do qual, no entanto, a administração pública não participa. Essa tipologia merece uma análise mais cuidadosa, porque as conclusões, em relação a cada um dos tipos mencionados, diferem entre si, com a consequência de que apenas em certos casos se colocará o problema dos instrumentos derrogatórios do regime comum contratual.

7.1. A obrigação de agir da administração pública como expressão da vedação ao abuso de posição dominante. A consonância entre direito administrativo e direito da concorrência

Em relação aos agentes que detenham, exclusivamente, a disponibilidade sobre os bens necessários ao desenvolvimento de uma atividade econômica, a disciplina normal da concorrência, especialmente no que toca à vedação ao abuso da posição dominante decorrente dessa exclusividade, obriga o titular dos bens a compartilhar sua fruição com outros agentes

de mercado[89]. Essa prescrição pode ser estendida sem qualquer ressalva, cautela ou adaptação, ao caso do sujeito que, como administração, é encarregado de um "poder administrativo" em virtude de uma atribuição normativa.

O bem "poder", quando exercitado em forma de atividade econômica e em regime de exclusividade[90], atribui uma posição dominante capaz de incidir sobre o desenvolvimento da concorrência no mercado: é o caso do agente que se encontra em posição de decidir se outros agentes podem ou não entrar em um mercado, atribuindo-lhes um titulo jurídico habilitante, ou permitindo-lhes acesso à utilização de um bem produtivo faticamente necessário ao desenvolvimento de sua atividade econômica.

Decorre daí, por exemplo, a obrigação de contratar do agente privado gestor do mercado elétrico, encarregado de decidir sobre a admissão de operadores nesse mercado. Por força dessa obrigação, o agente privado (gestor) fica obrigado a contratar, tendo como critério a proposta de contrato de adesão com usuários, que o agente que aspira a ingressar no mercado elétrico é obrigado a formular.

Esta obrigação é análoga à do agente privado detentor de bens essenciais "de rede" (elétrica, de gás, ferroviária, etc.), que desenvolve uma atividade (o compartilhamento da capacidade da rede) com vistas ao desenvolvimento do mercado de fornecimento do serviço. Essa mesma analogia ocorre, de acordo com a jurisprudência, em relação a todas as condições de configuração da obrigação definida na disciplina jurídica da concorrência, nos termos do

---

[89] A relação entre as "essential facilities" e a obrigação de negociar seu compartilhamento é objeto de ampla exploração por parte da doutrina, e, embora com algumas incertezas acerca de sua precisa conformação, é reconhecida pela jurisprudência italiana e europeia. V. sobre este ponto, dentro outros, TONOLETTI, B. *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*. In: *Annuario AIPDA 2004*, p. 359; SIRAGUSA, M.; BERETTA, M. *La dottrina delle* essential facilities *nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*. In: *Contratto e Impresa/Europa 1999*, p. 260 e ss.; BRUTI LIBERATI, E. *Le scelte dell'autorità garante della concorrenza e del mercato tra tecnica e politica: il caso delle* essential facilities. In: *Contratto e Impresa/Europa 1999*, p. 449 e ss.; BRUTI LIBERATI, E. *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*. Milão, 2006, p. 198; FURSE, M. *The 'essential facilities' doctrine in the Community Law*. In: *European Community Law Review 1995*, p. 469; RIDYARD, D. *Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC Competition Law*. In: *European Community Law Review 1996*, p. 438.

[90] Como observa B. MARCHETTI (*Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, op. cit., p. 10), atividades similares de certificação podem ser configuradas em termos publicísticos ou privatísticos. Sobre o tratamento do tema pelo direito comunitário europeu, v. BENEDETTI, A. *Alla ricerca della certezza, tra poteri pubblici e sistemi privati*, op. cit., p. 13. Sobre a relevância jurídica do exercício do poder administrativo em termos de abuso de posição dominante, v. CORTE DE JUSTIÇA DA COMUNIDADE EUROPEIA, 13 de dezembro de 1991, C-18/88.

artigo 3º da Lei nº 287/1990[91]. Por outro lado, a previsão legislativa de limites à atividade daquele que gere o bem essencial, aspecto característico da disciplina dos setores considerados, faz com que a obrigação de negociar possa, de modo ainda mais ágil, traduzir-se na estipulação de um contrato, uma vez que, como se viu, o detentor do bem só consegue obter lucros na medida em que coloca à disposição o bem, de modo que maximiza seu lucro maximizando o acesso de outros agentes ao bem (normalmente, esse acesso se faz sem que o novo ingressante no mercado possa gerar posterior concorrência no mesmo segmento de mercado no qual opera o agente que se encontra em posição dominante, o que tornaria o compartilhamento fortemente antieconômico).

7.2. A administração como fornecedora, em última instância, de atividades prestacionais. Reflexos sobre a dinâmica de mercado das atividades prestadas em um mercado no qual persiste a presença da administração

Em relação aos agentes privados que, ao exercitar atividades administrativas em forma de empresa, operam em um mercado aberto, a questão da obrigação de contratar não pode ser resolvida recorrendo-se apenas ao instrumental próprio da concorrência. Pelo ângulo concorrencial, a recusa em negociar o contrato, inclusive quando injustificado ou discriminatório, não se enquadra aos fins do desenvolvimento do jogo da concorrência[92]. Há, então, que se perguntar se essa recusa se enquadra funcionalmente nos princípios que a empresa deve observar nos termos do artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990, e se, assim, a obrigação de negociar constitua uma das condições do regime que deve necessariamente acompanhar a externalização da função de administração pública.

Normalmente, a obrigação de agir imposta à administração pública compartilha com a obrigação de contratar (que pode recair também sobre agentes privados) o caráter da insubstituibilidade da utilidade que o ato ou o contrato permitem obter (sem o ato ou o

---

[91] V., para um detalhamento sobre este ponto, TORRICELLI, S. *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, op. cit, p. 69-72.

[92] A discriminação é juridicamente relevante apenas quando "baseada na raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica, convicções e práticas religiosas, e que tenha o objetivo ou a consequência de destruir ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em condições de paridade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos indivíduos nos campos político, econômico, social e cultural ou em qualquer outro setor da vida pública", nos termos do artigo 43 do Decreto Legislativo nº 286/1998. Nestes casos, é, inclusive, prevista uma sanção repressiva específica, nos termos do artigo 28 do Decreto Legislativo nº 150/2011.

contrato não se consegue a utilidade desejada) e a insubstituibilidade do sujeito que desenvolve a prestação ou se encontra na posição de dever pactuar um contrato (sem a intervenção desse sujeito, não se poderia, de outro modo, obter o ato ou o contrato que é o trâmite necessário para a consecução da utilidade). Há, pois, um duplo nível de insubstituibilidade que justifica o desenvolvimento de ambas as obrigações (de prestar e de contratar).

A escolha legislativa de confiar uma atividade administrativa a um mercado concorrencial elimina não a primeira, mas a segunda condição de insubstituibilidade: quem aspira à utilidade pode obter o ato ou o contrato de uma pluralidade de sujeitos possíveis. O sistema não contempla a obrigação de contratar, mas se funda em mecanismos ordinários de mercado.

O objetivo do agente privado encarregado da atividade administrativa é o de perseguir o lucro advindo da transação que põe em marcha e depois se traduz no cumprimento dessa atividade administrativa: sob o pressuposto de que o seu comportamento seja economicamente racional, pode presumir-se que o agente seja naturalmente induzido a concluir as transações, prescindindo de regulações específicas que assim o imponham. É a livre-iniciativa econômica [*libertà di impresa*], presumivelmente exercida na base da lógica da maximização dos lucros, que induzirá a formação e a execução do contrato. A demanda pela utilidade constitui, dessa forma, o elemento propulsivo desse mecanismo, sem a necessidade de previsão de obrigações específicas que, em uma perspectiva subjetiva, constituiriam limites ilícitos à liberdade contratual, e que, em uma perspectiva objetiva, ameaçariam transformar todas as empresas em "pequenas administrações", contribuindo a uma perda progressiva do sentido da externalização de funções públicas aos agentes privados e, assim, do funcionamento eficaz desse mecanismo.

É possível, em suma, propor, também no caso da transferência aos privados de funções públicas, uma lógica que não difere daquela dos serviços públicos: em um regime concorrencial, a obrigação de prestar as atividades de relevância pública é assegurada pelo normal desenvolvimento das dinâmicas mercantis.

Todavia, em uma situação concorrencial comum (em uma situação na qual há agentes em posições tipicamente dominantes, que não são influenciáveis pelo comportamento dos consumidores), o interesse do potencial consumidor na negociação do contrato é destituído de qualquer relevância jurídica. Diversamente, nos casos aqui examinados, há um direito do cidadão de poder requerer um meio jurídico (o ato ou o contrato administrativo) que o permita

obter o bem último, a utilidade. Isso obriga a que, preliminarmente – sempre privilegiando uma leitura em termos privatísticos – seja feita uma verificação acerca da capacidade de a concorrência assegurar que o cidadão interessado possa encontrar no mercado um potencial contraente, ainda que não aquele que, em hipótese, ele tenha escolhido.

A hipótese na qual a prestação do agente privado existe alternativamente ao ato administrativo, ou seja, na qual em um mesmo mercado atuem agentes privados paralelamente à administração pública, não parece colocar o problema acima mencionado. Isto porque o meio jurídico (ato ou contrato administrativo) que aquele que almeja a utilidade tem o direito de demandar pode ser formulado perante agentes empresariais prestadores de funções de administração pública tal como seria formulado diretamente à administração pública, que atua, de todo modo, como "fornecedora de última instância", para novamente se utilizar uma expressão icônica e habitual do direito dos serviços públicos. Nos termos lexicais propostos nesta análise, a administração pública, na presente hipótese, completa os espaços de insuficiência do mercado.

Com respeito a isso, dado que se pode identificar um direito à atividade que veicula a utilidade, mas não um direito ao "meio jurídico" que torna possível o resultado final, ou seja, também ao meio privatístico, é consequente excluída a ideia de que haja, para o privado a que se confiou o desenvolvimento de uma atividade administrativa, uma obrigação de negociar, e, ainda mais, de concluir um contrato. De outra parte, não se pode deixar de considerar que a atividade da administração pública (sua presença no mercado) seja um "*plus*" no sentido de garantir o desenvolvimento da atividade (inclusive pelo seu relevantíssimo papel de difusão territorial da atividade), uma vez que a impossibilidade de recorrer a um instrumento menos garantista (isto é, a obrigação de contratar) não significa a vedação à celebração de um contrato discriminatório, nem impede um razoável acesso à fruição da prestação.

O raciocínio ora desenvolvido articula, aliás, um pressuposto implícito, que convém, neste passo, explicitar.

Na perspectiva assumida, a verificação da observância dos princípios que regulam a administração pública é conduzida em uma dimensão sistêmica. Não se observou a atividade realizada pelo agente privado singular preposto ao exercício de funções de administração pública; observou-se, isto sim, a capacidade do sistema, em seu conjunto, de assegurar ao cidadão o direito à viabilização de uma utilidade que lhe é juridicamente garantida. Para verificar a adequação desse pressuposto, é necessária ainda uma consideração adicional sobre o artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990 e seus esfumaçados contornos de aplicação.

O referido dispositivo coloca a cargo de cada um dos privados prepostos a um segmento da atividade administrativa a necessidade de se respeitar os princípios da administração, inclusive o princípio da imparcialidade. Mas se esta afirmação é repleta de implicações no que toca ao correto adimplemento das obrigações assumidas pela via contratual, nada esclarece sobre as razões que conduziram à exclusão da obrigação de contratar. Recusar o contrato não pode ser considerado uma violação do princípio da imparcialidade quando a recusa não incide sobre o direito do cidadão à obtenção da atividade (cujo resultado é a utilidade), que pode ser obtida igualmente da administração pública atuante ao lado dos agentes privados. Quanto mais relevo ganha o caráter voluntário da escolha do cidadão de recorrer ao privado (em detrimento da administração pública), menor passa a ser a importância de reprodução, em âmbito de negociação, da demanda por ele formulada aos outros agentes ou à administração pública, com o gasto de tempo correspondente.

Neste contexto, a imposição de um limite ao exercício da livre-iniciativa, representado pela "obrigação de contratar", resultaria dificilmente justificável em termos de legitimidade constitucional, por sua dúbia conformidade ao princípio da proporcionalidade.

7.3. A prestação em um contexto de mercado. A insuficiência do direito da concorrência e a necessidade de uma intervenção corretiva dos princípios de direito administrativo

A questão da configuração de uma obrigação de contratar se faz mais problemática em relação aos casos nos quais o contrato com os privados constitui o único meio para que se alcance a satisfação do interesse último (utilidade): por exemplo, somente a partir da certificação "SOA" é possível participar de procedimentos públicos competitivos cujo objeto imprescinda de certas condições específicas da parte de quem venha a executá-lo. O problema aqui delineado é muito concreto. Como se observa[93], dentre as principais críticas feitas ao sistema SOA, está a concentrada distribuição territorial dos organismos de certificação, o que pode resultar na situação em que determinada empresa não encontre quem a certifique, especialmente na hipótese de se permitir à SOA a possibilidade de se recusar a efetivar a prestação.

[93] V. ensaio de R. BRIANI, *L'organizzazione pubblica dei contratti a livello centrale tra pubblico e privato*. Nápoles, 2013.

Neste caso, a rigor, a capacidade do mercado de fornecer a prestação administrativa é, sobretudo, eventual, faltando, além disso, qualquer regulação capaz de gerar uma suficiente articulação territorial, ou mesmo de garantir a presença de um número adequado de organismos de certificação no território. É neste ponto que se manifesta a insuficiência de uma leitura que se confine apenas à ótica da concorrência, que aparece, aqui, asfixiante.

Não se exclui que, em concreto, possam existir condições nas quais, segmentado o território em numerosos mercados relevantes[94], emerja uma posição dominante que, posteriormente, terá em seu núcleo a obrigação de contratar; mas o direito à prestação (que então corresponderá ao direito de recomposição do conteúdo da livre-iniciativa, porém comprimido por uma previsão normativa que exige um controle preventivo) não pode depender do contingente aparecimento de um poder dominante. A vinculatividade do direito reclama, nesse sentido, um grau aceitável de acessibilidade à prestação, que, dentre outras consequências, torna juridicamente relevante o fator da vizinhança do interessado ao organismo certificatório.

Coloca-se, pois, fortemente, no caso ora analisado, um problema de respeito aos princípios que informam a atividade administrativa, inclusive com relação à recente reformulação do artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990, que não apenas vincula os agentes privados prepostos à atividade administrativa a observarem os princípios próprios da administração pública, mas, além disso, requer que eles os observem com a mesma medida e nos mesmos padrões [*standard*] que a administração pública. A previsão apresenta certo caráter propagandístico, porque o privado, por sua própria natureza, ou seja, pela posição que assume no ordenamento jurídico, pelo fato de ser titular de liberdades e pelos movimentos de sua livre-iniciativa, não pode garantir tudo aquilo que a administração garante, ainda que, por outro lado, garanta alguns traços (eficiência, e, em particular, a potencialidade de conseguir racionalmente atingir o interesse público com um menor dispêndio de recursos). Ainda assim, mesmo que o conteúdo desse dispositivo seja relativizado e reconduzido aos seus limites práticos de racionalidade [*ragionevolezza*], não há como negar que ele contém, para o caso ora analisado, uma baliza normativa diretamente aplicável.

[94] A definição de "mercado relevante", no interior do qual se pode mensurar a existência e a intensidade de uma posição dominante, é um dos aspectos mais candentes do direito concorrencial. Trata-se, sumariamente, de uma "área geograficamente circunscrita onde, dado um produto ou uma gama de produtos considerados insubstituíveis entre si, as empresas que o oferecem se colocam em condição de concorrência umas com as outras" (isso de acordo com a jurisprudência homogênea, cf. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – LAZIO, Seção I, 3 de julho de 2012, nº 6044).

Um sistema que carece de uma âncora, de uma garantia prestacional última e segura (uma administração pública em acepção subjetiva, gravada pelo dever jurídico de agir, à qual se pode recorrer para obter a utilidade desejada) obriga a uma regulação corretiva capaz de oferecer as mesmíssimas garantias que a presença da administração no mercado teria oferecido. Isto impõe a consideração de que cada operador que exercita funções de administração pública deve estar juridicamente constrangido a franquear imparcialmente a oportunidade de acesso ao contrato e às suas consequentes prestações. Concorre para a confirmação de tal conclusão a necessidade que requer esta atividade, ou seja, a consideração de que a atividade é, em si, um instrumento à realização de um fim estabelecido pela lei, conforme disposto no artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990. Em outros termos, não apenas realiza os fins estabelecidos pela lei o correto desenvolvimento e, assim, o correto êxito da atividade administrativa; o fato em si de desenvolver-se a atividade administrativa constitui um fim. E é por meio da obrigação de contratar que o fim perseguido pela lei é corretamente satisfeito.

Mas as conclusões desse raciocínio não são, por sua vez, redutíveis à obrigação de prestar atividades de administração pública. O fato de que na base do sistema haja não mais um agente a serviço do cidadão, e sim um empreendedor que exerce sua própria livre-iniciativa em vista do lucro, não pode ser desprezado no que toca a um importante segmento da atividade negocial: o das condições nas bases das quais a obrigação de negociar se traduz na obrigação de estipular um contrato específico.

A afirmação da existência de uma obrigação de negociar não implica a afirmação de que o conteúdo de tal obrigação equivalha ao dever de agir não apenas sob o perfil formal da natureza do ato produzido, como também sob o perfil substancial do conteúdo de uma e de outra obrigação. De fato, o dever de agir, prestando uma atividade, é um dever que prescinde do vínculo específico que o seu desenvolvimento gera sobre o ente que por ele é gravado, e dos meios jurídicos e recursos disponíveis; todos esses elementos, quando muito, podem ser relevantes como excludentes de culpa para fins de apuração da responsabilidade civil administrativa, mas não impedem que o juiz condene a administração a prestar, e assim executar de forma específica, determinada obrigação a que esteja juridicamente vinculada. Uma configuração obrigacional como essa é, no entanto, inconciliável com a natureza privada dos sujeitos encarregados da atividade administrativa.

Em termos gerais, o contrato pode ser ordinariamente recusado por quem é vinculado a uma obrigação de contratar nos casos em que haja razões obstativas, aferíveis pelo

parâmetro do interesse econômico do agente que se encontra vinculado a tal obrigação[95]. Isso também vale para o caso ora analisado. O necessário respeito à livre-iniciativa econômica conduz à limitação da obrigação de contratar no interior dos limites práticos da racionalidade e, correlativamente, à admissão da legitimidade de uma recusa em contratar, por parte do privado preposto ao exercício da atividade administrativa, motivada sobre a base de razões reconhecidamente econômicas ou financeiras. Dentro das condições que esses agentes privados devem necessariamente aplicar, das atividades que devem necessariamente desenvolver (porque impostas pelo legislador), as empresas podem não executar as prestações porque impossíveis com base nos meios disponíveis, antieconômicas, ou demasiadamente gravosas. É certo que o artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990 requer que os privados garantam os mesmos padrões de prestação garantidos pela administração pública, mas aqui se impõe, novamente, uma leitura, constitucionalmente orientada, que torne o seu significado compatível com o conteúdo essencial da livre-iniciativa econômica.

Com efeito, o legislador não pode, com normas desse tipo, cancelar a diferença entre público e privado: antes, é importante avaliar a premissa do sistema, sua oportunidade, sua conveniência, e então perceber que a passagem de um ao outro, do público ao privado e vice-versa, não pode ocorrer sem quaisquer consequências.

8. A avaliação do exato adimplemento no desenvolvimento da atividade administrativa: o interesse do credor como elemento redutor da incerteza do resultado

O problema do interesse público como problema de externalização de funções administrativas se coloca de modo ainda mais premente no que toca ao modo como a atividade administrativa desse ser desenvolvida.

Em termos gerais, de acordo com o artigo 1218 do código civil, o sujeito passivo da obrigação, o devedor, deve executar "exatamente" a prestação, usando da diligência do *bonus paterfamilias* (artigo 1176 do código civil). Descumprido esse dever, verifica-se hipótese de inadimplemento, que obriga o ressarcimento do dano. A diligência que é requerida possui

[95] CONTENCIOSO DA AUTORIDADE GARANTIDORA DA CONCORRÊNCIA E DO MERCADO (AGCM), 16 de março de 1994, nº 1845. V. também, no mesmo sentido, o Decreto da Comunidade Europeia de 14 de janeiro de 1998.

caráter objetivo, e deve ser avaliada "em relação ao resultado útil que advém da prestação do devedor", de modo que "reputa-se diligente a prestação que seja finalisticamente útil" [96].

Em uma perspectiva rigorosamente privatística, o caráter "fechado" da relação débito-crédito torna central, na avaliação da exatidão do adimplemento contratual, o interesse (a utilidade) do credor. Diversamente, no caso em exame, a atividade administrativa na qual se consubstancia o adimplemento torna relevante ao resultado do adimplemento uma dimensão que vai além da relação bilateral entre as partes. Mas se esta diferença aponta, de um lado, para uma diferente incidência do problema da utilidade[97], por outro, ela não pode ser superestimada.

Na relação contratual comum, a verificação da execução da prestação pelo credor, de *per se*, libera o devedor da obrigação, porque, de todo modo, há, na prestação, uma forma de disponibilidade da situação subjetiva e das condições contratuais que torna desnecessária uma verificação especial da exatidão do adimplemento. Isso não vale no caso em que o contrato consubstancia o desenvolvimento de uma atividade administrativa. Nesse caso, não há qualquer disponibilidade possível no que toca ao modo como a prestação pode ser adimplida, e as violações eventualmente cometidas, ainda que irrelevantes ou favoráveis ao credor, não podem ser superadas nos termos da situação subjetiva ou de reajustes nas condições contratuais, pois o credor não pode aceitar uma prestação diferente daquela que configura o adimplemento.

Essas considerações jogam em planos diversos. Por um lado, a prestação é, nesses casos, regulada por uma multiplicidade de normas pré-ordenadas voltadas à tutela de interesses gerais, que possuem natureza de normas de ordem pública, e que, com efeito, não podem ser derrogadas, sendo indisponíveis pelas vontades contratuais. A particularidade do caso ora analisado em relação às relações contratuais comuns repousa, portanto, em uma dimensão quantitativa: os espaços que o legislador subtraiu à disponibilidade das partes são bem mais amplos do que no caso das relações contratuais comuns. Em uma dimensão qualitativa, no entanto, ambos os fenômenos não se distinguem.

No que diz respeito aos contratos com funções de administração pública, assumem caráter inderrogável inclusive os referidos padrões de diligência típicos dos contratos civis comuns, em observância dos quais a prestação deve ser adimplida, e tendo em conta aquilo

[96] TRABUCCHI, A. *Istituzioni di diritto civile*. Pádua, 1989, p. 542.

[97] Especialmente em relação à tutela dos interesses de terceiros, v. tópico 10 do presente artigo.

que o ordenamento estatui como vinculante em termos de prestação e avaliação do adimplemento contratual. Novamente, nessa ordem de ideias, aplicam-se os princípios reivindicados pelo artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990, porque a exatidão e a exaustividade da prestação contratual, a ser avaliada conforme um critério de diligência comensurado profissionalmente pela contraparte, garantem que a ação administrativa desenvolvida contratualmente possa conseguir alcançar os fins administrativos postos pela lei.

É confirmado, assim, o especial relevo da multiplicidade de interesses envolvidos na atividade administrativa, que atribuem às normas disciplinadoras do adimplemento contratual um caráter indisponível por parte daquele que é titular de um único interesse dentre todos os tutelados, o que, consequentemente, acaba por relativizar a posição do contraente, destinatário individual da prestação.

Há, contudo, outro problema que merece aprofundamento.

O aspecto realmente mais problemático, por um lado, e mais interessante, por outro, diz respeito às hipóteses nas quais as condições normativas e contratuais que regulam o adimplemento não sejam exaustivas, deixando um espaço (aparentemente) não regulado nem pela lei, nem pelo contrato; para usar um termo costumeiro na análise de fenômenos publicísticos, delineia-se um espaço de valoração técnica.

Limitando-se aos aspectos mais essenciais de um tema efetivamente muito complexo, nos limites deste artigo, é possível observar como a doutrina civilística não parece conceber o espaço não regulado como um espaço livre, deixado à escolha de quem fará o adimplemento. O contrato deve ser integrado, por via interpretativa ou por meio de elementos heterônomos, na base de um princípio de boa-fé (artigo 1366 do código civil – a boa-fé como instrumento de interpretação[98] – e artigo 1375 do código civil – a boa-fé como instrumento de integração[99]). Onde a prestação não for integralmente pré-determinada, emerge, assim, a exigência de uma especificação do conteúdo da obrigação, funcionalmente voltada à sucessiva verificação do exato adimplemento.

---

[98] FRANZONI, M. *Buona fede ed equità fra le fonti di integrazione del contratto*. In: *Contratto e impresa, 1999*, p. 83; ROPPO, V. *Il contrato*. Milão, 2011, p. 493; ROMEO, C. *I pressuposti sostanziali della domanda di adempimento*. Milão, 2008, p. 102; SIGISMONDI, M. *Eccesso di potere e clausole generali*. Nápoles, 2012, p. 237.

[99] Sobre a importância da cláusula da boa fé nos processos jurídicos de interpretação e integração, bem como sobre a diferença entre tais processos, v. CONSTANZA, M. *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*. Milão, 1989, p. 136.

A boa-fé, por seu turno, é mensurada na base de uma ponderação de interesses, desenvolvida em função do interesse do credor, mas tendo em conta o esforço do devedor; na base, em suma, de uma ponderação de interesses que, não obstante a existência de um interesse prevalente (o do credor), só se satisfaz segundo um princípio de proporcionalidade[100].

Se isto é assim, fica evidente a diferença de inspiração do direito privado e do direito público em relação ao tratamento do fenômeno da incerteza, que é expressão de uma diferença de abordagem com relação ao reconhecimento de espaços de poder. Contra o recorrente uso da "posição de força", da "posição de poder", que é traço próprio do direito público, coloca-se a solução do direito privado, que, ao invés de transformar a incerteza em poder, parece construir o problema da disciplina do espaço de escolha a partir de um processo integrativo de normas jurídicas. Nessa segunda abordagem, inspirada no direito privado, em um esquema contratual, é o interesse do credor que guia o processo de criação das normas que preenchem o espaço de indeterminação deixado pela lei e pelo contrato.

A questão que surge, então, diz respeito à aplicabilidade (e em que termos) desse esquema geral aos contratos entre privados com funções de administração pública.

A obrigação que vincula o agente privado encarregado da atividade administrativa é uma obrigação de meio, e não de resultado. Quem a pleiteia intenciona obter um efeito favorável, mas que, de todo modo, não lhe é garantido de antemão: o devedor desenvolverá uma prestação que, apenas eventualmente, preenchidas as condições previstas em lei, capacitará o credor a obter a utilidade que deseja.

De modo particular, decompondo o objeto da obrigação em análise, emergem uma primeira componente, constituída pelo emprego dos meios necessários à verificação da conformidade de uma situação fática [*quid*] ao quadro normativo dado, e uma segunda componente, consistente na atestação dos resultados dessa operação técnica realizada. O adimplemento requer, assim, uma dupla atividade, embora a segunda possa assumir fisionomias muito diversas.

O confronto técnico entre a atividade requerida pelo cidadão e o quadro regulatório poderá dar resultados certos ou incertos. Em outros termos, é possível que, na base do quadro

[100] M. FRANZONI (*Buona fede ed equità fra le fonti di integrazione del contrato*, op. cit., p. 104-105) observa que "os comportamentos consensuais revestem-se de caráter instrumental com respeito às prestações deduzidas; tal instrumentalidade deve ser entendida como funcional ao adimplemento da obrigação e/ou a satisfação do interesse do credor".

regulatório que constitui o parâmetro a que se deve ater o devedor, seja certo que o resultado ao cidadão é favorável ou desfavorável. A prestação a ser realizada é necessária apenas porque o ordenamento contém a exigência de que a verificação técnica sobre a existência ou não das condições legais em determinada situação concreta seja desenvolvida por um agente capaz e juridicamente habilitado e praticada como condição formal à realização de determinado efeito jurídico. Nesse sentido, o devedor é chamado a uma declaração de ciência.

É também possível, contudo, que a prestação dê um resultado incerto, e que, dessa maneira, o devedor, na base do diligente cumprimento das operações técnicas necessárias, deva proceder a uma escolha. Aos olhos de quem está habituado aos processos de exercício de poder, emerge um fenômeno conhecido: por força da subsistência de um liame obrigacional, apresenta-se na relação entre agentes privados o debatido tema da valoração técnica.

Na linha de raciocínio aqui desenvolvida, será necessário definir, consequentemente, qual ordem de regime se deva aplicar, em particular, se é possível aplicar os esquemas normais, lógico-jurídicos, da valoração técnica enquanto forma de poder administrativo, ou se, ao revés, se se deve recorrer aos mecanismos privatísticos ordinários de resolução do problema da incerteza em termos de interpretação/integração do contrato. A resposta dada permite uma mensuração do grau de incidência da privatização da "função administrativa".

Como foi dito, a técnica de controle da valoração técnica, efetuada pela administração pública, é concebida, bem ou mal, dentro do modelo do "controle sobre o poder" [101]. Nesse modelo, o controle é exercido limitando-se ao caráter do "excesso de poder", como configurado em hipóteses nas quais, estando ausente a discricionariedade, resta (abstraído o controle procedimental), o controle de razoabilidade. Isso significa, concretamente, que, em relação à operação do juízo que se dá no momento da aplicação técnica das regras, toda valoração razoável pode ser dita aceitável, ao menos segundo o entendimento tradicional. *A contrario sensu*, a circunstância que emerge dessa técnica de reservar um mérito à escolha última de produzir ou não um resultado útil ao cidadão[102] permite concluir que a hipótese em questão se apresenta, efetivamente, como um espaço de exercício do poder[103].

---

[101] V., sobre esse ponto, VILLATA, R.; RAMAJOLI, M. *Il provvedimento amministrativo*. Turim, 2006, especialmente p. 129. Para uma crítica às razões que normalmente conduzem ao reconhecimento de um "mérito" na atividade técnica, v. MARZUOLI, C. *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali*. In: *Rivista di diritto pubblico, 1999*, p. 134 e ss.

[102] A jurisprudência reconhece, normalmente, que a valoração técnica implica certo "mérito administrativo": v., apenas para exemplificar a persistência dessa orientação, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – CAMPANIA, Seção VII, 8 de fevereiro de 2013, nº 825; CONSELHO DE ESTADO, Seção III, 29 de janeiro de

Uma vez transferida a função administrativa aos agentes privados, e dado o exercício dessa função na forma de adimplemento contratual, esse espaço de exercício de poder é suprassumido pela relação obrigacional. Contratualizar o exercício da atividade administrativa não pode deixar de implicar um reequilíbrio da posição entre as partes. A abordagem civilística assinala-se como perfeitamente coerente com essa exigência de reconfiguração de forças, permitindo uma superação do esquema clássico, centrado no exercício do poder, na base do qual foi construída a doutrina da valoração técnica. Aplicando-se as regras do código civil, de fato, é possível reter que ao exato adimplemento contratual importa não o mero cumprimento de uma prestação, a ser desenvolvida sob abstratas condições de razoabilidade, mas sim o desenvolvimento de uma prestação do modo mais adequado aos interesses do credor, de uma forma compatível com os vínculos constituídos pelas normas legais, e com o respectivo esforço demandado àquele que deve adimplir o contrato.

Em outros termos, perante a incerteza acerca do êxito na valoração técnica dos requisitos, deverá ser considerado como exato adimplemento contratual a satisfação do interesse do credor, não podendo um agente privado, contratualmente investido de funções de administração pública, resolver a incerteza de um modo arbitrário, especialmente quando isso vier a prejudicar os interesses de sua contraparte. De outro modo, ter-se-ia de reconhecer ao privado um "mérito administrativo" e com isso, em última análise, um poder imperativo destituído de um fundamento de legitimidade suficientemente sólido.

Tudo isso não transforma a natureza da obrigação e, em particular, não transmuta uma obrigação de meio em obrigação de resultado, porque o devedor não pode obrigar-se a realizar o efeito favorável que depende do concurso de condições legais. De um modo bem mais simples, diante da incerteza sobre o concurso ou não das condições legais (porque um quadro regulatório diligente deixa margens de incerteza que razoavelmente permitem uma solução positiva ou negativa) deverá ser necessariamente determinado o efeito favorável.

O que se transforma é, ao revés, a posição de quem se encontra no exercício de funções administrativas, a quem não é mais autorizado o exercício de algum poder, com a

---

2013, nº 557; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – CALABRIA, Seção I, 7 de novembro de 2012, nº 1038; e TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – LAZIO, Seção I, 6 de julho de 2012, nº 6164.

[103] Tem-se perfeita consciência de que houve aqui a inversão do processo lógico que deveria orientar tal reconstrução: resolver primeiro o problema da existência ou não de poder administrativo, para então identificar a modalidade controle, pois a primeira questão é prejudicial em relação à segunda. Este trabalho, entretanto, limita-se, neste tópico, a uma mera tentativa de reconstrução do tratamento jurisprudencial do tema ora analisado.

consequência de que a verificação da ocorrência das condições legais se transforme em uma verificação da ocorrência de causas obstativas ao exercício de uma liberdade pública (o que transfere o ônus da prova ao agente encarregado da valoração). Integrado o contrato e reconstruída em tais termos a obrigação, o "espaço vazio" que predica o exercício de poder simplesmente desaparece, e a atividade de poder se transforma em atividade vinculada. Qualquer que fosse a natureza originária da posição jurídica subjetiva existente em contraface a esse poder público[104], a ênfase na especificidade obrigacional da hipótese aqui analisada permite que emerja, visivelmente, uma verdadeira e própria posição de credor.

Também não se trata de assumir, em sentido contrário, a observação de que, assim como na hipótese do "mérito administrativo", no caso do poder privado o controle jurisdicional sobre a valoração técnica realizada também não poderia se dar de modo inteiramente substitutivo[105], prefigurando que também no caso da escolha do agente privado se pudesse individuar um "mérito", o que seria particularmente acentuado no tocante às valorações empresarias, expressas na base de interesses financeiros, que justificariam ou não a prestação (por exemplo, a outorga de um licenciamento). Esses argumentos, evidentemente, são reivindicáveis com base na hipótese ora analisada, que efetivamente coloca em jogo o interesse empresarial e, em última análise, a livre-iniciativa econômica, constitucionalmente garantida. Entretanto, para os fins ora analisados, para o êxito da valoração técnica conduzida pelo privado, é irrelevante o interesse empresarial. A partir do momento em que desaparece a esfera de exercício do poder que permitiria ao agente privado fazer uma escolha, esfera que teria apenas "limites de razoabilidade", o interesse empresarial deixa de condicionar o cumprimento da atividade; a bem dizer, na realidade, nem poderia ser diferente, sob pena de emergirem dúvidas sobre a constitucionalidade do sistema[106].

Se tudo isso é verdade, então se pode efetivamente falar em uma privatização da "função administrativa", assinalando uma transformação no modo de seu exercício e de sua realização. Curiosamente, enquanto a valoração técnica realizada pela administração não é funcionalizada a nenhum tipo de interesse, em um contexto de externalização da função mediante agentes privados se verifica, ao contrário, uma funcionalização da atividade de

[104] Sobre o interesse público legítimo como crédito contratual, v. FERRARA, L. *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*. Milão, 2003, especialmente, p. 175-177, bem como FERRARA, L. *L'interesse legittimo alla reprova della responsabilità patrimoniale*. In: *Rivista di diritto pubblico, 2010*, p. 637 e ss.

[105] CERBO, P. *Giudice ordinário e sostituzione della pubblica amministrazione*. In: *Rivista trimestrale di diritto procedurale civile*, 2012, p. 741 e ss.

[106] Isso confirma a importância de uma disciplina normativa capaz de prever a insurgência de conflitos de interesse, que, como se viu, são comuníssimos na matéria em questão.

adimplemento não mais ao "interesse público", absorvido nas normas vinculantes do contrato e estranho ao momento da valoração, mas sim ao interesse privado do credor[107].

E, se esta parece ser a solução que se impõe necessária no caso da contratualização da atividade administrativa, há de se perguntar se esta não é igualmente aceitável no que toca ao fenômeno geral da valoração técnica, inclusive daquela que é exercitada pela própria administração pública. Diante de uma pluralidade de opções, todas conformes ao quadro normativo regulatório, não se vê porque não se deveria preferir sempre a alternativa que é mais favorável à liberdade do cidadão, que também é a mais coerente com a livre-iniciativa econômica, limitada, em sua raiz, pela atuação da administração pública.

9. A prova de confirmação[*] da coerência do raciocínio desenvolvido. Jurisdição e técnicas de tutela dos direitos dos contratantes

Resta ainda questionar, por fim, quais são as repercussões, à questão da tutela jurisdicional, da reconstrução em termos contratuais do fenômeno estudado.

Como se recordou acima[108], a jurisprudência manifestou algumas posições, ainda que de forma incerta, que, pelo mero fato de existirem, já constituem um dado significativo. Nestas manifestações jurisprudenciais, fica excluída a ideia de que o exercício do poder em forma contratual deva ser considerado apenas e especificamente o desenvolvimento de uma prestação ordinária a ser cumprida. É minoritária, mas não menos significativa, a posição que atribui à jurisdição comum, ao juiz ordinário, o conhecimento das ações que versem sobre as determinações tomadas pela SOA em relação à sua atividade de atestação de qualificação,

[107] Como já foi observado, "Nas relações obrigacionais, a perspectiva da função pública não tem qualquer implicação particular se coincide com a realização ou a persecução do interesse do credor, dado que a função se resolve nos deveres contratuais que são instrumentais ao adimplemento. Feita essa advertência, é possível reconhecer um espaço de discricionariedade por parte do devedor: quando ele tiver à sua disposição mais de uma escolha no que toca ao adimplemento da prestação devida, e (...) puder exercer influência relevante na eliminação ou na redução da moldura pré-determinada estabelecida pelo artigo 2236 do código civil" (DEL PRATO, E. *Qualificazione degli interessi e critério di valutazione dell'attività privata funzionale tra libertà e discrezionalità*, op. cit., p. 415).

[*] O autor usa a expressão "*cartina de tornasole*", cujo significado é equivalente, por exemplo, ao da expressão brasileira "prova dos nove", conotando sentido de verificação mediante mecanismos conhecidos e avalizados de confirmação (N. do T.).

[108] V. tópico 5 do presente artigo.

entendendo-a como mero adimplemento de uma obrigação advinda de um contrato específico[109].

A essa posição de vanguarda, vai de encontro um filão jurisprudencial mais ortodoxo, formado sob o pressuposto do *tertium genus*: o contrato subsistente entre as partes seria "um contrato *sui generis*" que, por implicar o exercício de uma função pública de certificação, não poderia ser entendido em termos de direito civil[110]. Como decorrência disso, emerge a ideia de que se trata de um contrato que, embora contenha prestações sinalagmáticas, este sinalagma se dá entre prestações de diferente natureza (pública e privada), tuteláveis, cada qual, por diferentes jurisdições (não havendo dúvidas, entretanto, de que as contrapartidas a que faz jus o agente privado sejam de conhecimento da jurisdição comum). Essa dualidade de tratamento acarreta interferências recíprocas entre as duas jurisdições (comum e administrativa) capazes de produzir problemas processuais relevantes. Basta pensar, por exemplo, na exceção de inadimplemento contratual oponível ao cidadão que não tenha pago a contrapartida remuneratória à prestação funcionalmente administrativa executada pelo agente privado; esta exceção, quando apresentada à jurisdição comum, obrigaria, contudo, que o juiz ordinário verificasse, incidentalmente, se a atividade administrativa foi corretamente desenvolvida, cognição que pertenceria à jurisdição administrativa. Teria, assim, o agente privado que propôs a execução, que propor ao juízo administrativo a demorada demanda de verificação incidental da legitimidade de um ato administrativo, que é, pois, fato impeditivo da exigibilidade do pagamento de sua contrapartida perante a jurisdição comum. Paralelamente, diante da exigibilidade do pagamento da contrapartida nos termos da

[109] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – LAZIO, Seção III, 26 de março de 2003, nº 2631.

[110] TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – TRENTINO ALTO ADIGE, Seção Bolzano, 25 de setembro de 2006, nº 363, segundo o qual "a previsão normativa da estipulação de um contrato formal, com a obrigação de que a SOA ateste os requisitos para o desenvolvimento da atividade pleiteada, tendo como contraprestação a realização, pela empresa 'cliente', de uma correspectiva conduta pré-definida, por si só tornaria propensa a qualificação da relação jurídica em questão como sendo de natureza privada, e, em sendo assim, consagraria a orientação pacífica e recorrente do juízo originário". Supera, entretanto, esse dado "aparente" e o próprio "nomen juris" utilizado pelo legislador a circunstância de que "as SOA, ainda que sejam organismos privados, desenvolvem uma função pública de certificação, que se materializa em uma atestação com valor de ato público", de forma que se poderia concluir que "se verifica (...) uma hipótese de exercício privado de uma função pública" (TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – TRENTINO ALTO ADIGE, Seção VI, 30 de março de 2004, nº 2124). Nesse mesmo sentido, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – TRENTINO ALTO ADIGE, Seção VI, 2 de março de 2004, nº 991 e nº 993; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – SARDEGNA, Seção I, 27 de janeiro de 2011, nº 68; TRIBUNAL ADMINISTRATIVO REGIONAL – PUGLIA, Seção III, 23 de maio de 2011, nº 887. Em termos mais amplos, v. DE LEONARDIS, F. *Soggettività privata e azione amministrativa*. Pádua, 2000, p. 227 e ss., cuja análise trata da surpreendente variedade de argumentos apontados pelos juízes administrativos para fundamentar sua própria jurisdição sobre atos privados nos quais se concretizam formas de atividade administrativa.

prescrição civil comum dos direitos decorrentes da relação contratual, um eventual adimplemento inexato geraria ato ilegítimo, a ser tempestivamente impugnado, com o problema de que o conhecimento da ilegitimidade do ato administrativo independe da fluência do prazo prescricional comum. Não é irrelevante o problema oposto, ou seja, o dos potenciais efeitos da preclusão civil sobre uma situação na qual o cidadão tem a utilidade que almeja recusada por ato do privado. Nessa situação, seguindo a tese jurisprudencial majoritária, o cidadão que tenha interesse processual em ver realizada um prestação (não executada ou desenvolvida de maneira inexata) deve exigir seu adimplemento recorrendo ao rito da ação contra o silêncio da administração pública, ainda que a preclusão civil permaneça aplicável à relação contratual, o que é, notavelmente, incongruente.

Em suma, devido a essas consequências incongruentes, a tese desenvolvida pela jurisprudência majoritária assinala não poucas dissintonias, que evidenciam pouca adequação e traços fortemente autoritários.

As considerações desenvolvidas neste trabalho, se acolhidos os seus fundamentos, convergem e conduzem para uma conclusão oposta à jurisprudência majoritária: a jurisdição responsável pelo conhecimento de controvérsias atinentes ao desenvolvimento de atividades administrativas pertence ao juiz ordinário, ao juízo comum[111], por várias ordens de razões.

A questão, em primeiro lugar, deve ser entendida não mais em termos da situação subjetiva dos sujeitos (agente público ou privado), mas sim em termos da qualificação jurídica da relação intersubjetiva que põe em marcha a atividade administrativa, qualificação esta dada pelo contrato. Se for excluída a ideia de que o agente privado a quem foi confiado o adimplemento é uma extensão subjetiva da administração pública ou um sujeito a ela equiparado, mas for inversamente considerada a ideia de que este agente atua exercitando sua própria livre-iniciativa em espaços determinados pela lei, a jurisdição administrativa resta totalmente afastada[112]. A jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia, pela

[111] Para a tese diversa, embasada em uma grande quantidade de argumentos, v. MALTONI, A. *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*. Turim, 2005, p. 87 e ss. Em sentido contrário à tese de MALTONI, v. CERULLI IRELLI, V. *Amministrazione pubblica e diritto privato*. Turim, 2011, p. 25-26.

[112] O artigo 7 do Decreto Legislativo nº 104/2012 (código de processo administrativo) estende a noção de administração pública conforme os agentes sejam vinculados aos princípios do processo administrativo, o que é altamente discutível do ponto de vista constitucional. Como se viu no caso ora analisado, há, sem dúvida, um embrião de procedimentalização, que não se traduz, contudo, na obrigação de se assegurar integralmente todos os princípios procedimentais explicitados no código de processo administrativo, bastando que os atos privados preencham as condições apontadas pela Lei nº 241/1990, significativamente menos exigentes. O que se coloca aqui é, de toda sorte, a ausência de uma regulamentação legal específica sobre a participação na negociação ou na execução da prestação contratual (comunicação pública de início da atividade, intervenção de terceiros

demolição que vem operando na leitura publicística de diversas figuras privadas que exercitam funções de interesse geral, em sede da afirmação da primazia da disciplina concorrencial, é extremamente significativa ao sentido do raciocínio que aqui se propõe[113].

A referência à natureza privada da relação contratual entre agentes privados, como elemento decisivo à identificação da jurisdição competente, torna, assim, irrelevante o critério "matéria tipicamente administrativa" como justificativa de uma eventual jurisdição exclusiva do juízo administrativo.

Isso está em consonância ao sentido acima observado acerca da integração do conteúdo da prestação à boa-fé, e da transformação da natureza da "valoração técnica", que perde todo espaço de "mérito" e se transforma em atividade obrigatoriamente voltada à satisfação do interesse do credor (nos termos vistos no item anterior deste artigo). Isso também pode ser confirmado seja pela natureza efetivamente privada do devedor (o que desloca o foco do título habilitante que o vincula à administração pública), seja a integridade contratual do vínculo que liga o devedor ao credor, que culmina em prestações de conteúdo pré-determinado e independente de espaços deixados à livre escolha (ao menos à livre escolha que poderia ter efeitos sobre os interesses do credor), em uma palavra, independentes do exercício de um poder.

Essa solução é também necessária também por outra ordem de motivos. Em primeiro lugar, tal solução, em sua raiz, exclui qualquer risco de aplicação da decadência processual sobre a valoração técnica realizada na prestação, o que poderia ser arguido pela reconstrução, perante a jurisdição administrativa, da controvérsia. Em segundo lugar, a solução aqui apresentada proporciona uma tutela jurisdicional integralmente substitutiva (da vontade contratual), o que, sob o aspecto do direito material, permite ao juiz que percorra por inteiro a valoração técnica desenvolvida pelo privado à luz das normas que a regulam e do interesse do credor, e, no plano do direito processual, autoriza ao juiz substituir inteiramente, por emissão judicial de vontade substitutiva, a própria valoração realizada pelo agente privado, e que constitui fundamento ao ato prestacional por ele adotado. Ambos os motivos são confirmados, ademais, quando se considera que ambas as possibilidades abertas pela relação entre agentes privados com funções de administração pública (ausência de decadência e tutela jurisdicional

---

externos à relação contratual, notícia de recusa, etc.), regulamentação esta que tem o potencial de ser conceitualmente recuperada como contrapartida inerente à prestação atribuída ao agente privado (neste sentido, v. tópico 10 do presente artigo).

[113] BENEDETTI, A. *Alla ricerca della certezza, tra poteri pubblici e sistemi privati*, op. cit., p. 12.

integralmente substitutiva) não estariam presentes caso a mesma prestação fosse desenvolvida por órgãos e entidades pertencentes à organização administrativa, protegidos pelas garantias orgânicas de que trata o artigo 97 da Constituição[*] e pela responsabilidade estritamente política definidora dos espaços do "mérito administrativo".

A jurisdição do juízo comum, com as técnicas de tutela que lhe são próprias, parece, desse modo, constituir uma daquelas garantias insuperáveis das quais se falou e cujo reconhecimento representa uma das condições da aceitabilidade constitucional do sistema[114]: uma garantia de plenitude de tutela constitucional mandatória é, neste sentido, uma das garantias necessárias a que a regulação pública da sociedade possa ser confiada aos agentes privados.

10. A posição dos terceiros externos à relação contratual (e a persistência do significado do interesse público). A emergência de uma função de administração pública *nos* contratos entre agentes privados

Em geral, a utilização de esquemas privatísticos como expediente de interpretação ou disciplina de fenômenos legados ao exercício do poder evoca problematicamente o tema da tutela dos interesses de terceiros. Assim, as tentativas de discussão sobre a especificidade do direito administrativo encontram, encontram, segundo muitos, um limite insuperável na incapacidade de o direito privado "abrir" as relações negociais e com isso dar espaço adequado a sujeitos diversos daqueles envolvidos na relação débito-crédito[115].

O problema volta a se colocar no caso dos contratos entre agentes privados que se inserem no circuito da atividade administrativa, em relação aos quais o direito privado intervém não mais como uma opção hermenêutica ou como um possível instrumento de

[*] Com efeito, o terceiro parágrafo do artigo 97 da Constituição italiana estabelece que "na lei que rege os órgão e entidades pertencentes à administração pública serão determinadas as respectivas esferas de competência, atribuições e responsabilidades de seus agentes" ("*Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari*") (N. do T.).

[114] Sobre a possibilidade de que a aplicação do direito público gere hipóteses de inconstitucionalidade, v. MARZUOLI, C. *Le privattizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, op. cit, especialmente p. 395 e 429.

[115] Sobre o caráter multipolar da função administrativa, v. DE LUCIA, L. *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*. Turim, 2005. Sobre a tutela dos interesses de terceiros como aspecto constitucionalmente necessário do regime funcional da atividade administrativa, v. CIVITARESE MATTEUCCI, S. *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*. In: *Rivista di diritto pubblico, 2003*, p. 452.

reconstrução ou compreensão, mas sim como o quadro normativo em torno do qual a relação jurídica será criada e desenvolvida. Os riscos são evidentes, mas, ao mesmo tempo, pouco intensos. São evidentes porque diante de uma atividade administrativa confiada ao privado, faltam aquelas garantias do sistema da administração pública que deveriam evitar os conflitos de interesses. São pouco intensos porque, salvo raras exceções, os interesses dos terceiros não incidem no modo de desenvolvimento da atividade, e não podem condicionar a decisão a ser tomada. A questão da tutela dos interesses de terceiros é construída, assim, a partir dos prejuízos que podem decorres aos terceiros não mais da desconsideração do seu interesse no quadro de uma ponderação incorreta, e sim da violação das regras que o beneficiam em um caso específico, qualquer que seja o interesse que tais regras visem a tutelar.

O legislador, de fato, encarregou-se de criar tais regras, oferecendo, no mais das vezes, soluções que envolvem a administração pública quanto sujeito, reativando o circuito da atividade subjetivamente administrativa, do exercício do poder público imperativo, da jurisdição administrativa. E é principalmente no quadro de tal circuito que os interesses de terceiros têm sido recuperados.

Um dos acordos teóricos comuns das disciplinas legais analisadas é o de que, paralelamente à externalização privada da atividade administrativa, é reservado um vértice à administração pública, que dessa posição exerce poderes administrativos de controle e intervenção. As várias obrigações de motivação impostas em face da escolha sobre como estipular o contrato e sobre como executá-lo contribuem a acentuar e evidenciar a centralidade desse poder. A administração pode, posteriormente, nesse quadro de controle, emanar provimentos mandatórios [*autoritativi*] que, por exemplo, imponham a negociação do contrato ou anulem a valoração técnica realizada no adimplemento da prestação contratual, de ofício ou mediante demanda jurisdicional.

Desse modo, permanece imbuída na administração a competência (e, agora, a titularidade própria) da tutela dos interesses públicos envolvidos na atividade externalizada aos privados, não mais em sede de administração ativa, e sim por ocasião do controle. Se, assim, é no interior da relação contratual entre as partes que se desenvolve, em primeiro lugar, a atividade administrativa, há um potencial de intervenção da administração, que então poderá se reapropriar do poder decisório.

Esse modelo constitui uma garantia, antes de tudo, do interesse público, que não é deixado à contingente relação entre partes contratantes, e sim diretamente protegido por uma competência específica, ainda que exercitável *ex post*, deixada à administração pública. Isso

tudo em um contexto no qual o mercado desenvolve o papel de alicerce: a concorrência gera tensões entre os sujeitos que dela participam, originando relações de controle recíproco[116]. Neste quadro, também os interesses de terceiros encontram espaço. Para entender como, é preciso avançar algumas questões de tipo reconstrutivo.

A relação entre os poderes reconhecidos, nestes casos, à administração, e os efeitos que tais poderes produzem, não é passível de uma qualificação fechada, como também não o é a relação entre a negociação conduzida à celebração de um contrato ou a prestação realizada pelo agente privado e o ato que se decide, ao final, adotar. Esses poderes podem apenas ser qualificados, genericamente, como "de segundo grau": intervêm quando de uma recusa injustificada à efetivação da atividade administrativa, ou de seu desenvolvimento contrário ao direito, em sentido favorável ou desfavorável ao destinatário do ato (credor da prestação), mas guardado sempre a particularidade de que a atuação deva pertencer, *prima facie*, ao agente privado que realiza contratualmente a função administrativa.

São interessantes, a esse respeito, as previsões normativas específicas que regulam a atividade da SOA. O legislador confere à administração funções de vigilância e controle, posteriormente detalhadas na atribuição de poderes específicos de ordenação em hipóteses de conflitos societários, e de um poder de intervenção direta sobre os efeitos da atividade posta em prática pela sociedade privada[117]. Paralelamente, o legislador reconhece às "empresas interessadas" (expressão que evidentemente abrange seja a empresa destinatária do atestado de certificação, sejam as empresas terceiras, e que, de qualquer modo, deve ser lida de modo constitucionalmente orientado de forma a abarcar tal conclusão) a faculdade de propor um pleito de controle, nos trinta dias subsequentes ao efetivo conhecimento das determinações emanadas da SOA. Trata-se de um direito específico a um remédio processual, a proteger interesses juridicamente qualificados.

Note-se que, quando houver demandas desse tipo, a administração pública não desenvolve mera atividade de controle, mas sim uma específica função contenciosa, cuja natureza técnica e independência da entidade que a executa acentuam seu caráter para-jurisdicional. Decorrido o prazo, os interessados poderão apenas solicitar o controle por parte

[116] O artigo 71 do Decreto Presidencial nº 207/2010 dispõe que os poderes de controle da Autoridade de Controle dos Contratos Públicos de Obras, Serviços e Fornecimento [*Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, AVCP*], no confronto com as SOA, podem ser exercidos, mediante motivação e de forma documentada, no âmbito das empresas interessadas em ingressar no mercado de contratações públicas, das SOA, e das administrações licitantes.

[117] V. tópico 3.2 do presente artigo.

da administração, em um quadro no qual seu interesse aparecerá não como situação jurídica subjetiva cujo dever de tutelar lhe é dedutível, mas como interesse capaz ou não de, por suas contingências, dar impulso à atividade administrativa.

É importante precisar que não se está diante da obrigatoriedade ou não do controle: a expiração do prazo para propositura da demanda-remédio nas exclui que, na sequência de um juízo de manifesta inconformidade do ato emanado, a administração o deva controlar, exercendo então uma competência obrigatória (mandatória). A diferença diz respeito ao eventual relevo da confiança legítima que, se não encontra espaço no primeiro nível de controle (demanda-remédio), encontra, contudo, no segundo, precluindo à administração a possibilidade de interferir se não houver um interesse público comparativamente prevalente ao interesse do privado qualificado ao exercício da função administrativa ou do credor interessado na conservação de seu benefício.

Com efeito, a previsão de remédios à disposição de todos os interessados caracteriza muitas das hipóteses normativas encontradas na disciplina dos interesses de terceiros, especialmente nos casos em que a violação consista na estipulação de um contrato com o qual se franqueia o acesso a uma rede de infraestrutura. As diversas autoridades previstas nos diversos setores em questão não apenas detêm relevantes poderes de controle e intervenção, como também oferecem instrumentos de resolução de controvérsias a quem se entenda vítima de um tratamento injusto, discriminatório ou, de qualquer outro modo, prejudicial.

É de se questionar, ainda, se tudo isso possa também ser aplicado nos casos em que o legislador, imprudentemente, não tenha formalmente atribuído poderes à autoridade pública de controle das atividades administrativas confiadas aos agentes privados. Quando a atividade se enquadra, por exemplo, no âmbito dos procedimentos sujeitos à SCIA[*], é o próprio recurso ao artigo 19 da Lei nº 241/1990 que estabelece o poder de verificação do exercício da competência administrativa[118]. Nada é mencionado, entretanto, sobre a possibilidade de

[*] Como se referiu no tópico 3 deste artigo, "SCIA" é a abreviação da expressão "Segnalazione certificata di inizio attività", designando uma atividade de atestação confiada pela administração pública aos agentes privados, nos termos do artigo 19 da Lei nº 241/1990 (N. do T.).

[118] Com efeito, o artigo 19 da Lei nº 241/1990 estabelece que "A referida atestação é concedida na forma declaração substitutiva da certificação administrativa e do ato de registro público, vinculando-se, contudo, a todas as condições, qualificações subjetivas e fatos previstos nos artigos 46 e 47 do Decreto Presidencial nº 445/2000, bem como, onde expressamente previsto, aos procedimentos de atestação e confirmação de condições habilitantes, inclusive de declaração de conformidade por parte das agências administrativas às empresas, estabelecidos pelo artigo 38, inciso 4, do Decreto-Lei nº 112/2008, convertido, com alterações, na Lei nº 133/2008, que regula os requisitos e pressupostos aos quais são vinculadas as atividades de atestação da

substituição da atestação realizada pela agência por um provimento emanado da administração.

Como foi visto, a externalização privada da função administrativa é apenas parcial, no sentido de que a administração conserva todas as suas funções ordinárias, ainda que elas não possam ser desenvolvidas paralelamente à atividade dos agentes privados. Na hipótese ora em análise, contudo, a administração não possui controle sobre a atividade do agente privado, sobre o que foi concretamente feito por ele, e o princípio da tipicidade administrativa torna difícil uma conclusão em sentido diverso. Ao mesmo tempo, a conclusão de que, desenvolvida a prestação, ela produz seus efeitos mesmo prescindindo do respeito às normas, é, em si, inaceitável[119], por retirar da administração pública qualquer possibilidade de controle sobre os efeitos da atividade desenvolvida. Nesse caso, em última análise, faz-se necessária uma intervenção interpretativa (aditiva) que garanta a efetividade dos princípios estabelecidos pelo artigo 1º, 1-*ter*, da Lei nº 241/1990.

A referida interpretação aditiva pode ser alcançada, neste caso, a partir do artigo 19 da Lei nº 241/1990. Estruturalmente, o esquema de certificação privada expresso no dispositivo não diverge, se não pela dinâmica temporal de concatenação dos atos, daquele realizado pela SCIA. Neste, há um pedido e uma certificação privada que realiza o efeito pleiteado; naquele, há uma certificação que acompanha um relatório. Interpretando aditivamente o artigo 19 da Lei nº 241/1990, parece possível (e devido) também no caso da certificação SCIA o exercício de poderes de autotutela administrativa[120], tendo-se também como igualmente aplicável a previsão específica de seu inciso 6-*ter*, que permite aos interessados solicitar a verificação administrativa da atividade do agente privado, e, em caso de inércia administrativa, ajuizar ação contra o silêncio administrativo[121].

---

administração pública, que estabelece inclusive as técnicas necessárias à outorga pela administração pública da atestação de compatibilidade do caso analisado às exigências legais.”.

[119] Parece, de fato, completamente descartada a possibilidade de compreender-se que a prestação equivocadamente desenvolvida traduzida na autorização da atividade não possua efetivos efeitos habilitantes.

[120] Embora as instruções ministeriais, publicadas eletronicamente, não permitam a autotutela administrativa prevendo que “não é permitido à administração pública exercer controle sobre as certificações emitidas pelo agente privado, que responde civil e penalmente pela atividade posta em marcha” (“Orientações para a atestação ministerial no âmbito do exercício de atividades de agência administrativa pelas empresas, nos termos e com os efeitos do Decreto Presidencial nº 159/2010, revisto em 25 de março de 2013”, disponível em *www.impresainungiorno.gov.it*).

[121] Aqui se deixa de considerar a ampla corrente jurisprudencial que, em aberta contradição com o texto legal, entende que o efeito habilitante da SCIA (como também o do silêncio circunstancial) seria produzido apenas quando estivessem concretamente presentes as condições legais para o exercício da atividade, independentemente do dado formal da atestação efetuada (ou da inércia da instância de provimento, na hipótese

11. Administração pública com contratos entre agentes privados, administração pública nos contratos entre agentes privados: correspondências biunívocas de uma relação necessária

Ao observar-se, de modo abrangente, o fenômeno dos contratos com funções administrativas, sob o ponto de vista da administração pública e da sua organização, é possível perceber como a externalização por agentes privados da atividade administrativa não apenas não exclui a administração pública, mas, ao contrário, requer a persistência de sua presença. Uma presença, todavia, somente eventual, que se manifesta mediante o controle de ofício das atividades desenvolvidas, ou mediante o controle provocado por determinado litígio.

Confiando no regular funcionamento dos mecanismos ordinários da atividade negocial (os contratos), a administração se mantém presente desenvolvendo, em geral, funções de limitação e impedimento (porque esta é a base do controle de ofício) e, de modo específico, tornando-se ativa sempre que esteja em questão uma demanda por tutela (seja do interesse público, seja do interesse das partes contratuais). Estes mecanismos, é possível dizer-se, comportam alguns riscos, e é inegável que assim o seja. Salvaguardados a verificação concreta do seu funcionamento e o monitoramento constante dos seus resultados, é possível, contudo, destacar a circunstância de tais mecanismos estarem efetivamente voltados ao realinhamento da administração pública às suas tarefas necessárias e verdadeiramente infungíveis, prevenindo o dispêndio, pela administração, de atividades que as transações civis ordinárias são capazes de garantir de maneira autônoma.

O que se pode concluir, de tudo isso (e nos limites em que tudo isso se manifesta) são os sinais, ou, talvez, os pródomos de uma futura mudança do sistema. Da administração da gestão à administração da regulação, da administração da regulação à administração das diretrizes e dos meios de controle: momento este que, aliás, parece determinar o campo da administração pública na atividade contratual desenvolvida entre os agentes privados, aos quais é confiado espaço de ação no âmbito de um emergente mercado das atividades administrativas.

---

do silêncio circunstancial). Se, por seu turno, essa tese fosse considerada plausível, o problema ora examinado estaria eliminado em sua raiz.