

de um contrato de gestão seriam caracterizadas no âmbito restrito da redefinição da relação entre o Poder Público e uma determinada entidade de algum modo a ele submissa”.⁵⁹

Transparece, portanto, que desde a sua origem jamais se pretendeu que a natureza jurídica do contrato de gestão fosse a de um contrato administrativo.

5.1.2 Nossa opinião

5.1.2.1 Considerações preliminares

Quando foi cogitada a sua implantação no sistema administrativo brasileiro, a própria Administração Pública reconhecia a inadequação do termo *contrato* para retratar juridicamente o instituto.

Assim, o contrato de gestão é um recurso de índole consensual a ser aplicado no campo das relações administrativas, vocacionado a incrementar o desempenho dos órgãos e entidades a partir de uma visão que a eles confira maior autonomia de gestão, instituindo na Administração Pública a habitualidade de prévia programação de suas atividades, com a estipulação de mecanismos de controle dos resultados eventualmente aferidos.

Em face de todo o exposto, defende-se que nenhuma das diversas espécies de contratos de gestão previstas no ordenamento brasileiro subsume-se à categoria dos contratos administrativos.

Tais ajustes não se submetem à legislação específica sobre contratos administrativos,⁶⁰ mormente as Leis Federais 8.666/93 (Lei de Licitações), 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), 11.079/2004 (Lei de Parcerias Público-Privadas) e 11.107/2005 (Consórcios Públicos e Contratos de Programa). Ao contrário, subordinam-se a uma regulamentação específica, seja à lei a que se refere o § 8.º do art. 37 da Lei Maior (ainda não editada), seja ao conjunto de textos legislativos esparsos editados anterior ou posteriormente à EC 19/98.

59. Idem, p. 108.

60. Nesse sentido, cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A reforma administrativa...* cit., p. 18.

O instituto em tela (e suas diferentes espécies) somente pode ser analisado e compreendido à luz do que neste trabalho denominou-se *nova contratualização administrativa*, da qual o *contrato administrativo* é uma das formas consensuais empregadas pela Administração Pública – ao lado de outras variações negociais possíveis – para o desenvolvimento de suas atividades.

Reitere-se que o contrato administrativo é um instituto comumente empregado pela Administração Pública quando os objetivos visados são adquirir bens e serviços junto à iniciativa privada ou a ela transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos.

Dessa maneira, uma das características predominantes das prestações objeto dos contratos administrativos é a sua *patrimonialidade*. Por isso, é correto afirmar que *o conteúdo patrimonial é uma das notas distintivas dos contratos administrativos*.⁶¹

No entanto, conforme foi exposto nos capítulos anteriores, a atividade comercial da Administração Pública contemporânea não se restringe apenas ao emprego da figura jurídica do contrato adminis-

61. Convém ressaltar que a noção de patrimonialidade vem sendo colocada em xeque como conteúdo das relações contratuais no direito privado. Na atualidade, a estreita ligação entre direito constitucional e direito civil vem provocando mudanças significativas nos paradigmas do direito privado. Alude-se à repersonalização, funcionalização e despatrimonialização dos institutos clássicos do direito civil, com fortes reflexos no direito contratual. Nessa linha, Luiz Edson Fachin afirma que “são visíveis as novas feições dadas aos institutos basilares do Direito Civil: a propriedade, outrora de caráter absoluto, adquire, com a Constituição, um conteúdo funcionalizado; nas relações contratuais é reconhecida a superação do dogma da autonomia da vontade, fundado em uma igualdade formal, afastada da realidade fática (...)” (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 314). A patrimonialidade inerente às relações contratuais acaba sofrendo inflexões, por exemplo, dos valores e princípios constitucionais relativos à função social da propriedade, levando Luiz Edson Fachin a afirmar que “a garantia do direito de propriedade é, também, a garantia do patrimônio mínimo do cidadão” (idem, p. 301). Ainda consoante o autor, “o sujeito de direito, nesse contexto, se concretiza quando na prática, ele se torna sujeito do patrimônio, pelo que o estatuto de acesso ao patrimônio mínimo é um elemento fundamental. Nessa perspectiva, estudar o Direito Civil significa estudar esses princípios a partir da Constituição” (Idem).

trativo. Ademais disso, os instrumentos consensuais administrativos não têm como finalidade única a obtenção de resultados meramente econômicos ou patrimoniais.

A nova contratualização administrativa suscita uma mudança no modo em que são estabelecidas (i) as relações entre órgãos e entidades administrativas e (ii) as relações entre a Administração Pública e os particulares, as empresas e as organizações da sociedade civil.

Com efeito, a contratualização revela a substituição das relações administrativas baseadas na subordinação ou na determinação unilateral por relações fundadas na discussão e na negociação.

Por isso, afirma-se neste trabalho que o movimento ou o fenômeno da contratualização dá origem a uma nova forma de desenvolvimento das atividades administrativas, internas ou externas à organização da Administração Pública.

Vale conferir posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“A doutrina, hoje mais que ontem, tem aceitado a distinção técnica entre o poder administrativo subordinativo, fundado na imperatividade, e o poder coordenativo, de natureza consensual, como um modelo alternativo de expressão da discricionariedade (...). A reversão da hipertrofia do Estado, processo em curso desde o final da Segunda Guerra Mundial, vem produzindo uma progressiva redução das atividades estatais fundadas na impossibilidade unilateral de soluções administrativas e um correlato avanço daquelas atividades que se lastreiam na consensualidade plurilateral, com soluções por isso mais legítimas e, certamente, mais aptas a contar com a adesão geral da sociedade. Historicamente, porém, a Administração Pública consensual já foi praticada no período do Estado de Polícia, quando o emprego de institutos de direito privado para vincular Estado e administrados era plenamente aceito. Não foi senão a partir do final do século passado que se iniciou um processo contínuo e acelerado de publicização das relações entre Estado e sociedade e de conseqüente funcionalização de atividade administrativa (...), tendência essa que prosseguiu durante vários decênios só vindo a se reverter muito recentemente”.⁶²

62. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração privada...* cit., p. 180.

5.1.2.2 Ato, contrato e acordo administrativos: linhas de evolução da dogmática clássica do direito administrativo

Nesse quadro, sustenta-se que a figura jurídica do *acordo administrativo* é a que melhor qualifica os contratos de gestão brasileiros.

Conforme se assinalou anteriormente, não há como negar a retração da Administração de cunho autoritário, movimento acompanhado do sensível avanço da *Administração baseada em acordos*, ou simplesmente *Administração Pública consensual*.

A Lei Alemã de Procedimento Administrativo (*Verwaltungsverfahrgesetz*), editada em 1976, estabelece a noção de *contrato de direito público*,⁶³ cujo significado traduz precisamente o impulso conferido à Administração consensual na atualidade. No parágrafo 54 do diploma aludido consta que “uma relação jurídica de direito público pode ser criada, modificada ou extinta por contrato (contrato de direito público), desde que isso não seja vedado por lei. Especialmente, pode a Administração, em lugar de editar ato administrativo, celebrar contrato de direito público com quem seria o destinatário do ato administrativo”.

A disciplina normativa germânica⁶⁴ expressa a consagração do fenômeno da *administração por acordos*, tendo se espreado por diversos outros países europeus, sobretudo para a Itália, Espanha e Portugal.

A Lei italiana 241, de 07.08.1990, prescreve em seu art. 11 que “(...) a Administração competente pode concluir, sem prejuízo dos direitos de terceiros, e sempre em atendimento ao interesse público,

63. Obviamente em um sentido diverso do empregado pela lei alemã, na Constituição brasileira de 1988 encontra-se uma menção a contrato de direito público no § 1.º do art. 199: “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

64. Informações extraídas de COUTO E SILVA, Almiro. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*, 1997. p. 65; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 61-65; MASUCCI, Alfonso. *Trasformazione...* cit., p. 62 e ss., e RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. *Los convenios entre administraciones publicas*, 1997, p. 51-66.

acordos com os interessados, com o fim de determinar o conteúdo discricionário da decisão final ou, nos casos previstos em lei, a substituição da mesma".⁶⁵

Na Espanha, o art. 88.1 da Lei 30/1992 (Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum –LRJ-PAC) estipula que “as administrações públicas poderão celebrar acordos, pactos, convênios ou contratos com pessoas de direito público ou de direito privado, sempre que não sejam contrários ao ordenamento jurídico, nem versem sobre matérias não suscetíveis de transação e tenham por objeto satisfazer o interesse público a elas confiado, com o alcance, efeitos e regime jurídico específico que em cada caso preveja a disposição que o regule, podendo tais atos representar o término dos procedimentos administrativos, ou inserir-se nos mesmos em caráter prévio, vinculante ou não, à decisão que os finalize”.⁶⁶

O Código do Procedimento Administrativo de Portugal reconhece a existência, no art. 185, 3, (a) dos “contratos administrativos com objecto passível de acto administrativo”. José Manuel Sérvulo Correia define-os como uma modalidade de contratos atípicos, ou seja, “aquele contrato que não corresponda a qualquer modelo de contrato delineado na lei mas no qual as partes estipulem efeitos de direito previstos em normas de direito administrativo que não imponham, explícita ou implicitamente, o recurso à forma jurídica do acto administrativo”.⁶⁷

65. Cf. AICARDI, Nicola. La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi, 1997; ALBERTI, Piergiorgio et al. (Org.). *Lezioni sul procedimento amministrativo*. 2. ed., 1995; BARBAGALLO, Giuseppe et al. (Org.) *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, 1995.

66. Cf. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso... cit.*, v. 2, p. 498-500; PALMA DEL TESO, Ángeles de. *Los acuerdos procedimentales en el derecho administrativo*, 2000, e PAREJO ALFONSO, Luciano. *La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la administración*, 1995. *passim*. Sobre dados históricos referentes à noção de contrato administrativo no direito espanhol, cf. ALBI CHOLVI, Fernando. *Contratos administrativos*. In: *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona: Francisco Seix, 1953. t. 5, p. 433-460.

67. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade... cit.*, p. 637-639. Sobre o tema, cf.: AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso... cit.*, 2002, v. 2, p. 606-608; e GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo cit.*, p. 19-20.

Em face de todos os dispositivos acima aludidos, resta claro que tanto o ato administrativo quanto o contrato são entendidos como formas jurídicas adotadas pela Administração Pública para a consecução de suas tarefas.⁶⁸ Ato administrativo e contrato configuram, pois, instrumentos de ação administrativa.

Ademais disso, o sentido da locução *contrato de direito público* empregada pela lei alemã evoca a noção de *acordo alternativo, integrativo ou substitutivo do ato administrativo*, firmado no transcurso de um processo administrativo. Fala-se, então, em *acordos procedimentais*.⁶⁹

68. Diogo Freitas do Amaral afirma que a tendência mundial “vai no sentido do incremento destoutro modo de agir” (*Curso... cit.*, 2002, v. 2, p. 497.), qual seja para desincumbir-se de suas atividades a Administração Pública lançar mão da via do contrato, pois “em vez de definir unilateralmente a sua vontade, necessita de chegar a acordo com aqueles (particulares) para constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas administrativas” (Idem).

69. Embora o tema correspondente aos *acordos procedimentais* no direito administrativo seja instigante, foge dos limites deste trabalho emprender sobre ele um exame aprofundado. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um dos poucos autores pátrios que abordam a problemática, entende que os acordos podem (i) integrar a decisão administrativa (consenso como elemento coadjuvante e elemento determinante da vontade administrativa) ou (ii) prevenir e compor conflitos, campo do desenvolvimento dos denominados *acordos procedimentais substitutivos*. Para o autor, tais acordos são “instrumentos administrativos, que poderão ser ocasionalmente aplicados pela Administração, sempre que, de ofício ou por provocação de interessado, verificar que uma decisão unilateral de um processo poderá ser vantajosamente substituída por um acordo em que o interesse público, a cargo do Estado, possa ser atendido de modo mais eficiente, mais duradouro, mas célere e com menos custos” (*Novos institutos... cit.*, p. 153). Na há uma regra geral no direito brasileiro determinante da competência dos órgãos e entidades administrativas para a realização de acordos em sede de processo administrativo. Entretanto, como hipótese da primeira espécie aludida pelo autor, poder-se-ia citar o art. 10 do Dec.-lei 3.365/41, segundo o qual “a desapropriação deverá efetivar-se mediante acordo ou intentar-se judicialmente (...)”. Referências normativas da segunda espécie seriam, entre outras, o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no § 6.º do art. 5.º da Lei Federal 7.347/85 (Ação Civil Pública) e o compromisso de cessação de prática sob investigação, nos processos em trâmite na órbita do CADE (art. 53 da Lei Federal 8.884/94). Sobre o tema, cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, 3. ed.,

Nesse cenário em constante evolução, destaca Massimo Severo Giannini que “a introdução das novas figuras de feição convencional – consistindo na extensão do acordo e do contrato a relações desprovidas de relações patrimoniais, como aquelas concernentes a atividades de desenvolvimento, ações comuns e problemas políticos – deixou desorientada a doutrina e a jurisprudência”.⁷⁰

Se a assertiva elaborada pelo autor teve como pano de fundo a experiência italiana, é plenamente possível estendê-la ao direito brasileiro, sobretudo quando a empreitada a que se lança o pesquisador tem por objeto o enquadramento jurídico de um instituto como o contrato de gestão.

Contudo, como premissa para a correta análise dessa temática, é preciso esclarecer que a emergência da *administração por acordos* não resulta – nem poderia resultar – no aniquilamento da *administração por atos*; a *administração consensual* não supera a *administração imperativa*.

Concorda-se com José Manuel Sérvulo Correia, para quem atualmente *contrato administrativo* pode ser definido como “um processo próprio de agir da Administração Pública e que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, disciplinadas em termos específicos do sujeito administrativo, entre pessoas colectivas da Administração ou entre a Administração e os particulares”.⁷¹

No entanto, José Manuel Sérvulo Correia aduz que “encarar o contrato administrativo como processo próprio de agir da Administração Pública não equivale a reivindicar a total autonomia da figura relativamente à do contrato em geral”.⁷² Para o autor, isso significa que tanto o ato administrativo como o “contrato regido pelo direito estatutário da Administração”⁷³ têm o condão de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas de direito administrativo.

1993. v. 2, 1993. p. 439-443; PALMA DEL TESO, Ángeles de. *Los acuerdos procedimentales en el derecho administrativo*, 2000.

70. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, 3. ed., v. 2, 1993. p. 345.

71. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade...* cit., p. 396.

72. Idem, ibidem.

73. Idem.

Ou seja, a ascensão do contrato – no sentido que lhe confere a nova contratualização administrativa – como forma preferível de atuação administrativa não invalida nem afasta a adoção do ato administrativo para o desenvolvimento da ação administrativa.

Constatando que o desenvolvimento dogmático mais marcante na teoria da contratualização no direito administrativo foi a “aceitação do contrato como instrumento de acção por cujo intermédio a Administração pode exercer os seus poderes públicos unilaterais, surgindo assim as figuras dos contratos que substituem actos administrativos”,⁷⁴ esclarecedoras são as ponderações de Pedro Gonçalves:

“Mas, note-se, falar da expansão do consenso no direito administrativo não remete necessariamente para o contrato ou, em conjunto com ele, para a terra incógnita dos acordos informais. É que, ao contrário do que se sugere por vezes, o próprio acto administrativo, o acto unilateral de autoridade, também ‘consente o consenso’, revelando-se nos afinal como uma figura dúctil, que não reflecte necessariamente uma ‘imagem autoritária’ da Administração – e nem se diga que com isso se está afinal a desfigurar o velho acto administrativo, pois que, desde sempre, a doutrina o apresentou como um acto de autoridade que pode não dispensar a colaboração, a adesão ou o consentimento do particular. Assim, a *expansão do consenso na acção administrativa*, se é verdade que cria as condições para o alargamento da aplicação do contrato nas relações jurídicas públicas, está contudo longe de implicar a abolição do acto administrativo, seja porque, por si mesmo, também o próprio acto pode ser o produto de um consenso, seja porque, nos casos em que o consenso não é alcançado, a Administração Pública há-de continuar a estar em condições de impor o direito da situação concreta: é o princípio da prevalência do interesse público que o exige”⁷⁵ (sem grifo no original).

5.1.2.3 Administrando por acordos

Reprisando que no direito italiano se revela tendência no sentido de uma hipervalorização da *administração por acordos* (temática que

74. GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo* cit., p. 19.

75. Idem, p. 24-25. No mesmo sentido: MACHADO, João Baptista. *Participação...* cit., p. 51.

comumente vem desenvolvida em contraposição a uma *administração autoritária*),⁷⁶ defende-se aqui uma posição intermediária, descartando a total contratualização da atividade administrativa, assim como o seu integral desenvolvimento pela via dos atos administrativos.

Assim, ao lado do *ato administrativo* e do *contrato administrativo*, exsurge a figura do *acordo administrativo*, o qual desponta no direito administrativo brasileiro como uma categoria jurídica em evolução.

Em face do exposto, a utilização de instrumentos consensuais ou negociais em sede administrativa revela-se não somente uma linha de transformação da temática contratual, mas também evidencia uma evolução da própria forma de administrar.

Massimo Severo Giannini sublinha o aumento do recurso a *módulos convencionais* para o desenvolvimento das atividades administrativas. E por *módulo convencional* compreende “todas as formas empregadas, como técnica de ação, para obter-se soluções em que haja a concordância entre os interessados e as Administrações, evitando-se desse modo tanto soluções unilateralmente impostas pela via autoritária, quanto soluções tomadas isoladamente”.⁷⁷ Para o autor, tal fenômeno encontra-se relacionado com o advento do Estado pluriclasse, e diante do incremento do emprego desses módulos convencionais “é possível falar em um diverso modo de administração”.⁷⁸ Portanto, para Massimo Severo Giannini a administração por acordos estaria em franca expansão, razão pela qual passa a ser encarada como o *modo de administrar do futuro*.⁷⁹

Nesse diapasão, Massimo Severo Giannini aponta que “os juristas falam não somente dos contratos, mas também dos pactos e dos acordos, e empregam freqüentemente o termo genérico das ‘convenções’, para indicar tudo”.⁸⁰ Todavia, observa que *convenção* é um termo genérico, “indicativo do exercício na forma escrita da realização de um

76. Cf. Capítulo 3, item 3.3, sobre os acordos de programa e os acordos organizatórios no sistema administrativo italiano.

77. GIANNINI, Massimo Severo. *Il pubblico potere*, 1986. p. 125.

78. Idem, p. 126.

79. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, 3. ed., v. 2, 1993. p. 345.

80. Idem, p. 424.

acordo”,⁸¹ e demonstra predileção pelo termo *pacto* para representar o fenômeno da administração por acordos.⁸²

5.1.2.4 Acordo administrativo: significado e sentidos

No presente trabalho, prefere-se empregar a expressão *acordo administrativo* para retratar – com a amplitude que o fenômeno requer – a *Administração Pública consensual*.

Embora referindo-se a *negócio jurídico administrativo*,⁸³ Edmir Netto de Araújo enfrentou o tema dos acordos realizados pela Administração Pública, assinalando que a expressão aludida significaria o “acordo de vontades do qual participa a Administração, a qual, não abdicando da potestade pública de que é detentora, celebra com o particular determinados pactos, objetivando o interesse público”.⁸⁴ Traduziria igualmente a expressão “o acordo de vontades entre entidades da própria Administração, em qualquer de suas esferas, objetivando a consecução de fins comuns a essas entidades, de personalidades jurídicas próprias”.⁸⁵

81. Idem, *ibidem*.

82. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*, 3. ed., v. 2, 1993. p. 424-426.

83. No Brasil, José Cretella Jr. dedicou-se ao tema do negócio jurídico administrativo. Para o autor, a expressão há de ser reservada unicamente “aos contratos de direito privado, celebrados pelo Estado com o particular, acordos em que a administração abdica das prerrogativas públicas que lhe são inerentes, adotando ‘as vestes do particular, como nos contratos de venda, de locação, de empréstimo, observando-se, porém, que acordo não é ato administrativo, mas contrato de direito privado do Estado, ou negócio de direito privado da administração” (Negócio jurídico administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 164, p. 29-49, abr.-jun. 1986, especialmente p. 48). Na ocasião, o autor esclareceu que a noção de negócio jurídico administrativo foi desenvolvida na Itália e não despertou interesse na doutrina brasileira. Por essa razão, e tendo em vista que, conforme restou comprovado neste trabalho, a própria evolução da doutrina italiana acerca do tema resultou na contemporânea administração por acordos ou Administração Pública consensual, prefere-se adotar nesta obra a terminologia módulo consensual da Administração Pública, e não a terminologia negócio jurídico administrativo.

84. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, 1992. p. 213.

85. Idem, *ibidem*.

Assim, cumpre observar que a expressão *acordo administrativo* teria ao menos dois sentidos.

Acordo administrativo em sentido amplo pode ser equiparado à expressão *módulo consensual da Administração Pública*.

É que, embora a diversidade de termos representativos do atuar consensual da administração seja manifesta – pactos, convenções, contratos, acordos, entre outros –, defende-se que o vocábulo *acordo* exprime a amplitude necessária para retratar o fenômeno do consensualismo administrativo. Assim, pactos, convenções, contratos, convênios, entre inúmeras outras figuras que poderiam ser elencadas, constituem, em sua essência e acima de tudo, *acordos administrativos*.

Por outro lado, *acordo administrativo em sentido estrito* representa uma categoria jurídica em ascensão, distinta da categoria jurídica *contrato administrativo*. Considerado o gênero *módulo consensual da Administração Pública*, o *acordo administrativo* configuraria uma de suas espécies, ao lado dos contratos administrativos e de outras figuras eventualmente previstas no ordenamento jurídico.

5.1.2.5 Acordo administrativo e contrato administrativo: distinção

Contudo, insta delimitar neste trabalho os contornos específicos do *acordo administrativo em sentido estrito*, sobretudo para diferenciá-lo do *contrato administrativo*.

Contrato, na visão de Enzo Roppo, é um conceito jurídico, “uma construção da ciência jurídica elaborada (...) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa”.⁸⁶

Tendo por referência a definição de contrato prevista no Código Civil italiano (o código brasileiro não o define), o *acordo é um dos requisitos ou momentos do contrato*: “o contrato é um acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir entre eles uma relação jurídica patrimonial” (art. 1.321). Por isso, no entendimento de Orlando Gomes, *acordo* “é a fusão de duas declarações, distintas e coincidentes”.⁸⁷

86. ROPPO, Enzo. *O contrato*, 1988. p. 7.

87. GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 49.

Isso bastaria para afirmar que os termos *acordo* e *contrato* têm significados distintos; o primeiro, tendo mais amplitude que o segundo.

Para Antunes Varela, *contrato* é “acordo vinculativo resultante da fusão de duas ou mais declarações de vontade contrapostas, mas harmonizáveis entre si, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes”.⁸⁸

Mais completa é a definição proposta por José Manuel Sérvulo Correia, para quem *contrato* é o “acordo, vinculativo por força de lei, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que vise criar, modificar ou extinguir relações jurídicas”.⁸⁹

Diz-se mais completa porque da conceituação proposta é possível retirar duas importantes ilações.

Em primeiro lugar, o *acordo* qualificado como *contrato* é aquele que advém da harmonização de *duas ou mais vontades originalmente contrapostas*. Se não houver essa originária contraposição de vontades – e sim uma originária cooperação ou concorrência de vontades direcionadas a um idêntico fim –, estar-se-á diante de um *acordo*, e não de um *contrato*.⁹⁰

Essa constatação não é recente, uma vez que desde o final do século XIX a doutrina alemã distingue acordo (*Vereinbarung*) de contrato (*Vertrag*).⁹¹

88. VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1, p. 119.

89. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade...* cit., p. 344.

90. Os contratos instituidores de sociedade, obviamente, não têm essa característica da contraposição de vontades. Não obstante, configuram contrato (e não acordo), pois nos termos do *caput* do art. 981 do Código Civil “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

91. Sobre o histórico de ambos os institutos do direito alemão, cf. RODRIGUEZ DE SANTIAGO, José Maria. *Los convenios entre administraciones públicas*, 1997, p. 73. O autor destaca a existência no sistema administrativo alemão dos acordos administrativos (*Verwaltungsabkommen*), cuja celebração baseia-se no poder de organização e administração dos órgãos e entes administrativos (idem, p. 71-72).

Segundo Ernesto Sticchi Damiani, os institutos assinalados diferenciam-se sob dois aspectos. Sob o ponto de vista *estrutural*, no acordo há uma identidade do conteúdo das vontades expressadas, ao passo que no contrato é imanente a diversidade de conteúdo dessas vontades. Sob o ponto de vista *funcional*, no acordo a fusão das vontades ocorre tendo por fim a satisfação de interesses comuns das partes, sendo que no contrato a fusão tem por fim a satisfação de interesses contrapostos.⁹²

Sobre a forma da conjugação de vontades no acordo, cumpre transcrever opinião de Edmir Netto de Araújo:

“(...) as declarações, seja a da Administração, seja a do particular, não criam, por si sós, as obrigações recíprocas: a convergência das duas, sejam opostas, sejam paralelas, resulta numa síntese (contrato, convênio, acordo, concluídos), que é a terceira espécie, a qual, formalizada, é que obriga, não as declarações isoladas.”⁹³

Assim, razão assiste a Pietro Virga, autor que em 1961 admitia a existência de *acordo público* sempre que dois ou mais entes exercessem seus poderes administrativos para atingir o mesmo fim.⁹⁴ Consoante o autor, no *acordo* a vontade dos entes públicos envolve *interesses gerais e comuns*, configurando exercício de Poder Público homogêneo, concorrentemente realizado por autoridades componentes de entes diversos.⁹⁵

Em *segundo lugar*, da conceituação apresentada por José Manuel Sérvulo Correia depreende-se que *contrato é acordo vinculativo*, justamente porque é a lei que confere ao contrato efeitos vinculantes àquilo que foi acordado.

Disso emanam duas constatações: (i) todo contrato é necessariamente um acordo, e (ii) todo contrato é um acordo com efeitos vinculantes entre as partes, obviamente nos limites e na extensão determinados em lei.

92. DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, 1992. p. 90-91.

93. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, 1992. p. 204.

94. VIRGA, Pietro. Teoria generale del contratto di diritto pubblico. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1961. v. 9, p. 984.

95. Idem, *ibidem*.

E da conjugação dessas constatações infere-se que nem todo acordo tem efeitos vinculantes.

Um acordo somente terá força vinculante se tal atributo for a ele legalmente reconhecido. Caso contrário, não há que falar em *força vinculante de acordo*, o que não impede a possibilidade de que acordos não-vinculativos sejam firmados, inclusive pela própria Administração Pública. Daí aludir-se a *acordos formais* e *acordos informais*, no sentido de que os primeiros gerariam – em virtude de lei – efeitos jurídicos obrigatórios, ao passo que os últimos careceriam desses efeitos.

Sintetizando, os efeitos vinculantes daquilo que foi acordado entre as partes emanam não propriamente do acordo, mas da disciplina normativa ou do regime legal do acordo. É o ordenamento jurídico que deve reconhecer aos acordos a qualidade de fonte de obrigações.

5.1.2.5.1 Acordo administrativo como categoria lógico-jurídica

Acordo, portanto, é uma noção mais ampla se comparada à de *contrato*; *acordo é gênero*, do qual *contrato é espécie*.

Eis a principal consequência da ampliação do consensualismo na Administração Pública de hoje, levando Ernesto Sticchi Damiani a sustentar que:

“(...) antes de ser uma categoria jurídica, o acordo é uma categoria lógica, dado que tal categoria juridiciza-se em *species* distintas, sendo que em algumas delas, como o contrato, encontra-se em destaque a patrimonialidade da relação objeto do acordo; em outras, como nos acordos administrativos, está em evidência o interesse público, sendo juridicamente indiferente o aspecto da patrimonialidade. Nessa perspectiva, realiza-se uma radical inversão das teses tradicionais. O acordo publicístico não mais é encarado como espécie do gênero contratual, mas o contrato é visto como espécie positivada, de conteúdo patrimonial, do gênero acordo (categoria lógica geral), diversa de outra espécie positivada, qual seja, a dos acordos administrativos”.⁹⁶

96. DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 112-113.

Arrematando, Ernesto Sticchi Damiani propõe um quadro sistemático do qual fariam parte: (i) a *noção lógica de acordo*, entendida como “expressão do consenso de vários sujeitos em torno de um determinado objeto”;⁹⁷ (ii) a *noção lógico-jurídica de acordo*, por meio da qual “ao consenso formado uma norma jurídica reconhece efeito vinculante”;⁹⁸ (iii) a *noção de contrato*, compreendido como “acordo cujo objeto são relações patrimoniais”;⁹⁹ e, finalmente, (iv) a *noção de acordo administrativo*, “ato bilateral por meio do qual a Administração Pública atua, exercendo poderes não-negociais, tendo por objeto relações de direito público”.¹⁰⁰

Nesse sentido, reiterando tratar-se de uma categoria jurídica ainda em construção, para os fins deste trabalho entende-se que o acordo administrativo visa disciplinar (i) relações entre órgãos e entidades administrativas e (ii) relações entre a Administração Pública e os particulares, empresas e organizações da sociedade civil, cujo objeto é o desenvolvimento programado de uma atividade administrativa sob um regime de cooperação ou de colaboração entre os envolvidos (bilateralidade ou multilateralidade), a partir de bases previamente negociadas, podendo o ordenamento jurídico conferir efeitos vinculantes aos compromissos eventualmente firmados.

5.1.2.5.2 Acordo administrativo e módulo consensual da Administração Pública

Assim, define-se módulo consensual da Administração Pública como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não-vinculantes, tais como os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios e consórcios administrativos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre diversas outras figuras de base consensual passíveis de serem empregadas pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.

97. Idem, p. 124.

98. Idem, *ibidem*.

99. Idem.

100. Idem.

5.1.2.6 Contratos de gestão como acordo administrativo: classificação proposta

A partir do tratamento constitucional e legislativo vigente, é possível aludir a (i) contratos de gestão que configuram acordos administrativos organizatórios e (ii) contratos de gestão que configuram acordos administrativos colaborativos.

5.1.2.6.1 Contratos de gestão internos ou endógenos

Os *contratos de gestão que configuram acordos administrativos organizatórios* envolvem tão-somente órgãos e entidades administrativas; são firmados por órgãos e entidades integrantes do aparelho do Estado e executados tendo por base a *organização da Administração*.

Por isso podem ser denominados *contratos de gestão internos* ou *contratos de gestão endógenos*. Inserem-se na perspectiva contemporânea da *Administração Pública consensual*, especificamente no enfoque das relações *Administração Pública-Administração-pública*, e visam imprimir maior *coordenação e eficiência à ação administrativa*, notadamente por meio do ajuste de uma *programação de atividades* (fixação de metas de desempenho), *avaliação de desempenho* (por meio de indicadores de desempenho) e *estipulação de determinados resultados* a serem alcançados pelos órgãos ou entidades administrativas.

Ademais disso, são instrumentos de uma forma contemporânea de *controle administrativo*, seja sob a perspectiva do denominado *controle hierárquico* (subordinação), seja sob a perspectiva da denominada *tutela administrativa* (vinculação), sendo possível referir-se a uma *contratualização do controle administrativo*.

No enfoque assinalado, os *contratos de gestão que configuram acordos administrativos organizatórios* representam essencialmente um instrumento para a realização do *controle interno da Administração Pública*. Dependendo de sua regulamentação legislativa, também pode traduzir-se em um instrumento para o *controle externo da Administração Pública*.¹⁰¹

101. Segundo Odete Medauar, “se o controle é efetuado por órgão, ente ou instituição exterior à estrutura da Administração, qualifica-se como controle

Em virtude da formalização das relações administrativas e da programação a eles inerentes, os *contratos de gestão que configuram acordos administrativos organizatórios* são importantes instrumentos de *transparência administrativa*, incentivando práticas de fiscalização e controle pela sociedade civil, ou seja, *controle social da gestão pública*.¹⁰²

O *contrato de gestão de feição constitucional* (§ 8.º do art. 37 da Lei Maior) é a principal espécie desse gênero de contratos de gestão, ao lado de todos os outros contratos de gestão que envolvem órgãos e entidades administrativas (v.g., agências executivas, agências reguladoras, empresas estatais), nos moldes previstos na legislação federal em vigor, anterior e posterior à promulgação da EC 19/98.

externo, situando-se, nesta espécie, o controle realizado por instituições políticas, o controle efetuado por instituições técnicas e jurídicas – controle do Poder Judiciário, o ‘Ombudsman’” (*Controle da Administração Pública*, 1993, p. 32). É o caso da Lei Federal 9.427, de 26.12.1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Em seu art. 7.º, consta que “a administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional”.

102. No Brasil, cresce o interesse pelo *controle social da gestão pública*. A propósito do tema, cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999; BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre ‘controle social do poder’ e ‘participação popular’. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul.-set. 1992; FARIA, José Eduardo. *Controle social e regulação econômica: direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993; LEAL, Rogério. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. *A&C Revista de Direito Constitucional e Administrativo*, Belo Horizonte, a. 3, n. 13, p. 143-166, jul.-set. 2003; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos; PEREIRA, José Matias. Controle social no Brasil: confrontando a teoria, o discurso oficial e a legislação com a prática. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, a. 34, n. 98, p. 63-72, out.-dez 2003; SANTOS, Jair Lima. O TCU e os controles estatal e social da Administração Pública. *Revista do TCU*, Brasília, v. 33, n. 94, p. 13-47, out.-dez. 2002; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Perspectivas para o controle social e a transparência na Administração Pública*. Prêmio Serzedello Corrêa, 2001: monografias vencedoras. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

5.1.2.6.2 Contratos de gestão externos ou exógenos

Os *contratos de gestão que configuram acordos administrativos colaborativos* envolvem, de um lado, órgãos ou entidades administrativas, e de outro, entidades privadas sem fins lucrativos.

Não são firmados e executados a partir da ótica interna da *organização administrativa*, pois são adotados para viabilizar o fenômeno da *concertação administrativa*.

Por isso podem ser denominados *contratos de gestão externos* ou *contratos de gestão exógenos*.

Também se inserem na perspectiva contemporânea da *Administração Pública consensual*, porém no enfoque das relações *Administração Pública-particular*, e têm por fim *instituir vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil*. A finalidade desses vínculos colaborativos é promover a efetivação do *direito ao desenvolvimento*, principalmente por meio da realização de *serviços sociais*.¹⁰³ Convém ressaltar que tais contratos também se inserem nas diferentes perspectivas do controle da Administração Pública, nos termos antes assinalados para os contratos de gestão internos ou endógenos.

O *contrato de gestão das organizações sociais*¹⁰⁴ é a principal espécie desse gênero de contratos de gestão, ao lado de eventuais outros ajustes que envolvam, de um lado, órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública, e de outro, entidades privadas sem ânimo de lucro, nos termos da legislação em vigor.

103. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço social é “o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; (...) objetivam atender aos direitos sociais do homem (...)” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed., 2003. p. 105).
104. Nos termos do art. 1.º da Lei Federal 9.637, de 15.05.1998, “o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”.

5.1.2.7 Considerações sobre os acordos administrativos no sistema brasileiro

Finalmente, antes de passar ao exame da legislação e da experiência acerca dos contratos de gestão firmados na Administração Pública brasileira, importa tecer algumas considerações acerca do atual panorama legislativo referente aos acordos administrativos.

Infere-se que no direito administrativo brasileiro os acordos administrativos jamais receberam um tratamento dogmático adequado. Geralmente alude-se ao *acordo administrativo* para qualificar os *convênios* e *consórcios administrativos*, no intuito de afastar a natureza contratual de tais figuras.

É nesse contexto que Hely Lopes Meirelles expressou a sua consagrada posição a respeito das características do acordo administrativo, em contraste com aquelas notas conceituais do contrato administrativo:

“Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários); uma, que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.); outra, que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades para a consecução do objetivo comum, desejado por todos. Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar a sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes. (...)”¹⁰⁵

105. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 350-351.

Embora seja bastante comum a realização de acordos pela Administração Pública, no ordenamento brasileiro há esparsas referências ao termo, não existindo uma disciplina geral ou específica atinente aos acordos administrativos.

No sentido aqui mencionado, na Constituição de 1988 encontram-se duas referências ao termo acordo: (i) no inc. VI do art. 71, cujo comando prescreve que “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) (VI) – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados à União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Municípios”; e (ii) § 2.º do art. 12 do ADCT, o qual dispõe que “os Estados e os Municípios deverão no prazo de três anos, a contar da promulgação da Constituição, promover, mediante acordo ou arbitramento, a demarcação de suas linhas divisórias atualmente litigiosas, podendo para isso fazer alterações e compensações de área que atendam aos acidentes naturais, critérios históricos, conveniências administrativas e comodidade das populações limítrofes”.

Na legislação federal, as referências mais significativas estão na Lei Federal 8.666/93 e no Dec. 93.872, de 23.12.1986.¹⁰⁶

Na Lei Federal 8.666/93 encontram-se: (i) parágrafo único do art. 38, segundo o qual “as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”, e (ii) *caput* e § 1.º do art. 116, dispositivos que, respectivamente, estabelecem que “aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres cele-

106. No Dec.-lei 200/67, o art. 121 dispõe que “as medidas relacionadas com o recrutamento, seleção, aperfeiçoamento e administração do assessoramento superior da Administração Civil, de aperfeiçoamento de pessoal para o desempenho dos cargos em comissão e funções gratificadas a que se referem o art. 101 e seu inciso II (Título XI, Capítulo II) e de outras funções de supervisão ou especializadas, constituirão encargo de um Centro de Aperfeiçoamento, órgão autônomo vinculado ao Departamento Administrativo do Pessoal Civil”. Por seu turno, o parágrafo único desse artigo estipula que “o Centro de Aperfeiçoamento promoverá direta ou indiretamente mediante convênio, acôrdo ou contrato, a execução das medidas de sua atribuição”.

brados por órgãos e entidades da Administração” e “a celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada (...)”.¹⁰⁷

Ora, para que a relação jurídica instituída por um eventual acordo administrativo seja – naquilo que se revelar possível – disciplinada pelas disposições da Lei Federal 8.666/93, parece claro que o objeto desse acordo deverá ser similar ao objeto dos contratos cuja disciplina é regulamentada por esse diploma legislativo: “(...) obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 1.º da Lei Federal 8.666/93).

Entretanto, conforme restou evidenciado neste trabalho, o campo de incidência dos acordos administrativos é bem mais abrangente do que o acima referido, resultando que a disciplina da lei de licitações e contratos aqui assinalada não envolve todas as hipóteses e possibilidades de realização de acordos administrativos.

Em sua Seção VI, o Dec. 93.872, de 23.12.1986 – o qual dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente, e dá outras providências –, estabelece regras a respeito dos convênios, acordos e ajustes (arts. 48 a 57). Consoante o art. 48 desse ato normativo, “os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste”. Importante distinção entre acordo e contrato – a única existente em nosso ordenamento – era a que fazia o § 1.º do art. 48, o qual rezava que, “quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo

107. Concorda-se com Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem “acordos que não tenham natureza contratual (...) não estão abrangidos pela competência federal do art. 22, XXVII, da Constituição, de modo que cabe a cada entidade política, no desempenho de seus respectivos poderes administrativos, dispor sobre essas figuras. Nessas condições, a norma do art. 116, da Lei em comento, não é geral, aplicando-se exclusivamente à Administração Federal (...)” (*Curso... cit.*, p. 172).

ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato”.¹⁰⁸

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “a doutrina brasileira de Direito Administrativo, talvez um pouco por apego à vertente gaulesa, não registrou maior avanço metodológico no que toca aos acordos administrativos”.¹⁰⁹ Consoante o autor, “com honrosas exceções, o tratamento dos convênios e consórcios administrativos continua sendo insatisfatório, o que tem sempre causado dúvidas e perplexidade aos aplicadores do Direito Administrativo”.¹¹⁰

5.1.2.7.1 Acordos administrativos e ato administrativo complexo

Embora reconhecendo a existência de acordos administrativos no direito brasileiro,¹¹¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que “o acordo (*Vereibarung*) recebe também a denominação de ato união ou ato complexo”,¹¹² o que leva o autor a afirmar que os acordos administrativos são *atos administrativos complexos*, por ele compreendidos como:

“(...) o concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, nas modalidades de cooperação ou de colaboração, visando a um resultado de interesse público, comum às partes acordantes e de competência, pelo menos de uma delas.”¹¹³

Por óbvio, escapa dos limites deste trabalho empreender uma análise exaustiva e verticalizada do ato administrativo complexo.¹¹⁴

108. Os arts. 48 a 57 do Dec. 93.872/86 foram expressamente revogados pelo art. 20 do Dec. 6.170, de 25.07.2007, o qual “dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências”, cujas regras entraram em vigor a partir de 1.º.05.2008.

109. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração privada... cit.*, p. 181.

110. *Idem*, *ibidem*.

111. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso... cit.*, p. 172.

112. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração privada... cit.*, p. 181.

113. *Idem*, *ibidem*.

114. No Brasil, cf.: MIRANDA, Sandra Julien. *Do ato administrativo complexo*. São Paulo: Malheiros, 1998. Diferenciando o negócio jurídico administrativo do

Sem prejuízo disso, cabe destacar que, do ponto de vista da organização administrativa, historicamente o ato complexo marca uma certa evolução da unilateralidade imanente ao agir administrativo.

Embora mantendo a configuração original do ato administrativo e de seus atributos, a doutrina estrangeira passou a reconhecer a possibilidade de haver manifestações de vontade de mais de um órgão ou ente administrativo como requisito para a edição de um ato administrativo. O ato administrativo complexo continua a ser considerado um ato administrativo unilateral, e não um ato administrativo bilateral. Contudo, emerge a possibilidade de que no interior da Administração haja a prévia concordância de dois ou mais órgãos ou entidades para que um determinado comando seja emitido.

No direito administrativo brasileiro, clássica é a concepção de Hely Lopes Meirelles, para quem “ato complexo é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes, para a formação de um ato único”.¹¹⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que são atos complexos os atos administrativos que “resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato (...)”.¹¹⁶

Tradicionalmente a doutrina estrangeira distingue entre *atos administrativos de complexidade interna* e *atos administrativos de complexidade externa*. Nos primeiros, as manifestações de vontade emanam de órgãos de um único ente público, ao passo que, nos últimos, as manifestações de vontade emanam de órgãos de entes públicos diversos.¹¹⁷

ato administrativo complexo, ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, 1992. p. 151-164.

115. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* cit., 16.ed., p. 148.

116. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed., 2003. p. 215.

117. Cf. DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, 1992. p. 95.

Cabe colocar em relevo que, diante da peculiar concepção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a complexidade externa do ato administrativo resultaria da concorrência de várias entidades (públicas ou privadas, ainda que não integrantes da organização administrativa de uma entidade federativa) para a produção do mesmo ato.

Ao lado desses aspectos, importa notar que, para restar devidamente caracterizado um ato administrativo como ato complexo, a doutrina assinala que se torna necessário apreciar a situação ou a relação jurídica originada pelo ato. Para José Manuel Sérvulo Correia, se esta relação jurídica “tiver como sujeito, de um lado, a Administração, investida em interesses públicos cuja prossecução caiba, como atribuição às pessoas colectivas cujos órgãos se pronunciam e, do outro, um administrado, mero destinatário passivo do comando, há simplesmente a emissão de um ato administrativo complexo”.¹¹⁸

Por isso, indaga-se: se a relação instaurada pela conjugação de vontades tiver por objeto a própria organização administrativa (v.g., a definição de uma forma programada de atuação) e envolver tão-somente órgãos e entidades da Administração Pública (sujeitos ativo e passivo), estar-se-á diante de um ato administrativo complexo ou de um acordo administrativo propriamente dito?

Em 1961, Pietro Virga asseverava que os acordos administrativos poderiam ser assimilados aos atos complexos, desses distinguindo-se unicamente sob o perfil subjetivo. Para o autor, “se no ato complexo há a conjugação de vontades de vários órgãos de um mesmo ente, nos acordos públicos essas vontades emanam de vários órgãos de entes diversos”.¹¹⁹ Independentemente disso, para o autor não haveria distinções no que diz respeito à natureza jurídica, “pois, segundo uma parte da doutrina (italiana), prefere-se diferenciar atos de complexidade interna (ou seja, os verdadeiros atos complexos) de atos de complexidade externa (ou seja, acordos públicos)”.¹²⁰

Convém ressaltar que, em 1958, Mario Gallo advertia que a figura do acordo administrativo destinava-se a disciplinar relações adminis-

118. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade...* cit., p. 352.

119. VIRGA, Pietro. *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, 1961. p. 984.

120. Idem, *ibidem*.

trativas entre diferentes poderes públicos, mesmo em situações de ausência de coincidência de interesses entre tais entes.¹²¹

Ora, percebe-se que, seja na concepção de Pietro Virga, seja na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é plenamente possível assimilar os acordos administrativos aos atos administrativos complexos.

5.1.2.8 Síntese propositiva

Defende-se neste trabalho que perante o sistema administrativo brasileiro os *contratos de gestão* são *acordos administrativos organizatórios ou colaborativos*. Ambos os acordos se inserem num *módulo consensual da Administração Pública*, aspecto que marca (ou ao menos sinaliza) a evolução de um modelo de gestão pública centrado no ato administrativo para um modelo baseado também nos acordos administrativos.

Sendo assim, sustenta-se ser imprescindível desenvolver a figura do acordo administrativo como uma nova categoria do direito administrativo brasileiro, assim como ocorreu ou vem ocorrendo em outros países.

É que, diante da perspectiva evolucionista da Administração ora exposta, lançar mão do ato administrativo complexo (envolto pela unilateralidade) para qualificar o acordo administrativo (impregnado pela bi ou multilateralidade) significa não reconhecer que a administração por acordos é uma alternativa – e, em alguns casos, uma preferência – à administração por atos. São concepções teóricas diferenciadas, as quais demandam tratamentos normativo e dogmático distintos.

A interpretação do § 8.º do art. 37 da Constituição de 1988 acima realizada, aliada à legislação e à experiência brasileira sobre o contrato de gestão a seguir examinadas, colocam em evidência mudanças pelas quais a Administração Pública brasileira deve passar, ressaltando a urgência de serem fixadas bases normativas específicas para os acordos administrativos.

Nessa perspectiva, Ernesto Sticchi Damiani atesta a superação da tese da qualificação do acordo administrativo como ato administra-

121. GALLO, Mario. *Contratto di diritto pubblico. Novissimo digesto italiano*. Torino: Torinese, 1957. t. 4, p. 647.

tivo complexo, por expressar esta uma “concepção datada, qual seja, aquela da unidade administrativa e da necessária imperatividade e unilateralidade do agir administrativo”.¹²² *Nem mesmo os convênios e consórcios podem ser qualificados como atos administrativos complexos. Tais institutos são acordos administrativos*, cujos efeitos e aspectos de seu regime devem estar dispostos em lei.

Trilhando um caminho precursor no direito brasileiro, o Projeto de Lei 3.884/2004 (Câmara dos Deputados) – o qual tinha por objetivo instituir normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada – buscava definir (especificamente para o contexto assinalado) protocolo de intenções como “contrato preliminar que, ratificado mediante lei pelos entes da Federação interessados, converte-se em contrato de consórcio público” (inc. III do art. 2.º); contrato de consórcio público como “ato constitutivo do consórcio público, conferindo-lhe personalidade jurídica de direito público” (inc. IV do art. 2.º) e contrato de programa, como “instrumento pelo qual são constituídas e reguladas obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro, ou para com consórcio público, em razão de: a) prestação de serviços públicos por meio de gestão associada e b) transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos” (inc. XVI do art. 2.º).

Além das definições aludidas, o projeto de lei mencionado – ao final convertido na Lei Federal 11.107, de 06.04.2005 – visava disciplinar o vínculo entre os entes consorciados, regulamentando: (i) a retirada, a suspensão e a exclusão dos entes consorciados da relação jurídica instaurada pelo ajuste; (ii) a alteração e a extinção dos contratos de consórcio público; assim como (iii) as cláusulas necessárias dos contratos de programa.

Eis um exemplo de que é absolutamente possível (e necessário) criar novas bases legais e dogmáticas para disciplinar e bem compreender os novos acordos administrativos (por vezes denominados contratos; v.g., contratos de gestão, contratos de consórcio público, contratos

122. DAMIANI, Ernesto Sticchi. *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, 1992. p. 108.

de programa), os quais têm por objeto o desenvolvimento programado da atividade administrativa, a partir de um enfoque de multilateralidade (cooperação e colaboração) entre entes políticos, órgãos e entidades administrativas, empresas e organizações da sociedade civil.

A seguir, será realizada a distinção do contrato de gestão das seguintes figuras jurídicas: convênio, termo de parceria das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs e contrato de parceria público-privada, partindo-se rumo às conclusões do trabalho.

6

CONTRATO DE GESTÃO, CONVÊNIO, TERMO DE PARCERIA DAS OSCIPs E PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

SUMÁRIO: 6.1 Considerações gerais – 6.2 Contratos de gestão e convênios: semelhanças e diferenças – 6.3 Contratos de gestão e Termos de Parceria das OSCIPs: 6.3.1 Estado, Terceiro Setor e Termos de Parcerias das OSCIPs; 6.3.2 Diferenças entre Contrato de gestão e Termo de Parceria das OSCIPs – 6.4 Contrato de gestão e Parceria Público-Privada (PPP): semelhanças e diferenças – 6.5 Síntese das funções do contrato de gestão no sistema administrativo brasileiro.

6.1 Considerações gerais

Conforme foi ressaltado neste trabalho, a organização estatal contemporânea é compreendida a partir de uma lógica difusa, com a proliferação de centros de decisão política e administrativa (poli-centria), todos dotados de razoável autonomia e independência ante o poder central do Estado. Daí a exigência da adoção combinada de técnicas político-administrativas voltadas à desconcentração e à descentralização, assim como à gestão integrada e compartilhada entre órgãos e entidades administrativas.

Ao largo desse fenômeno, assiste-se à intensificação das relações e do estreitamento dos laços entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil no mundo contemporâneo.¹ Por isso, emergem os acordos bi e multilaterais como modalidades consensuais aptas a concretizar e a regulamentar ações concertadas entre agentes públicos e agentes privados.

1. A propósito, cf.: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

As diferentes espécies de contrato de gestão inserem-se em ambas as perspectivas acima aludidas.

No entanto, sendo uma nova figura de índole consensual em nosso sistema, cumpre distingui-la de outras figuras integrantes do módulo consensual referido, cuja conformação parece ser semelhante àquela correspondente a do contrato de gestão.

6.2 Contratos de gestão e convênios: semelhanças e diferenças

Assim como os contratos de gestão, os *convênios* são *acordos administrativos organizatórios ou colaborativos*.

Assevera Marçal Justen Filho:

“O convênio pressupõe identidade e homogeneidade de interesses dos partícipes. Há um determinado objetivo, cujo atingimento é almejado por todas as partes. Cada qual colabora para obtenção desse resultado, exercitando atividades que se enquadram na própria competência ou desempenhando atribuições que, teoricamente, enquadrar-se-iam em competência alheia. Cada parte obriga-se a colaborar para o objetivo comum, comprometendo-se a executar certa prestação que é necessária ou útil para tanto. Trata-se de contrato plurilateral, com acentuado cunho organizacional”.²

2. JUSTEN FILHO, Marçal. *Contratos entre órgãos e entidades públicas*, 1996. p. 691-692. Sobre convênios, cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Donegócio jurídico administrativo*, 1992. p. 145-148; BORNHOLDT, Rodrigo. *Contributo para a definição do regime jurídico aplicável aos contratos de gestão pactuados com as organizações sociais*, 1998; BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses*. Brasília: TCU, 2003; MEDAUAR, Odete. *Convênios...* cit.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed., 2002. p. 210-219; POLETTI, Ronaldo Rebelo de Brito. *Contratos e convênios*. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 280, p. 381-386; RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Convênios e protocolos de intenções face à Lei 8.666/93*. *Estudos e pareceres jurídicos*, São Paulo, v. 5, p. 37-41, jan.-dez. 1994; REIS, Heraldo da Costa. *Os convênios e a Lei 8.666/93*. *Revista de Administração Municipal*, Rio de Janeiro, v. 41, n. 211, p. 31-39, abr.-jun. 1994; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Convênios e consórcios*. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, a. 20, n. 11, p. 1.233-1.243, nov. 2004; SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Os convênios administrativos*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 80, v. 669, p. 39-46, jul. 1991, e VIOLIN, Tarso Cabral. *Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor*. In: GUIMARÃES, Edgard (Org.). *Cenários do direito*

Em nosso ordenamento a previsão normativa referente aos convênios remonta à Constituição de 1967, a qual determinava no § 3.º de seu art. 13 que “a União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais”.

Posteriormente, o Dec.-lei 200/67 aponta os convênios como instrumentos para efetivar a descentralização das atividades da Administração federal para as unidades federadas (alínea a, § 1.º do art. 10 e § 5.º do art. 10).³

O Dec. 93.872/86 estabelecia regras acerca dos convênios,⁴ dispondo em seu art. 48 que “os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste”. O art. 53 do ato normativo aludido estipulava que “os órgãos da administração direta poderão fixar entendimentos sobre matéria de comum interesse, mediante convênio, com o objetivo de somar esforços e obter melhor rendimento no emprego de seus recursos (...)”.

Além disso, de acordo com o art. 66 do Dec. 93.872/86, depreende-se que eventuais repasses de recursos da União ou das entidades a ela vinculadas (subvenções, auxílios e contribuições)⁵ são formalizados por meio de convênios. Tais recursos são transferidos a entidades públicas ou privadas com a finalidade de viabilizar a realização de pesquisas, desenvolvimento de projetos, estudos, campanhas e obras sociais, ou para qualquer outro fim.⁶

administrativo: estudos em homenagem ao prof. Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 485-509, entre outros.

3. Previsão idêntica constava no art. 49 do Dec. 93.872/86.
4. Os arts. 48 a 57 do Dec. 93.872/86 foram expressamente revogados pelo art. 20 do Dec. 6.170, de 25.07.2007, o qual “dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências”, e cujas regras entraram em vigor a partir de 1.º.01.2008.
5. Sobre subvenções, auxílios e contribuições, cf. arts. 12 a 21 da Lei Federal 4.320/64 e arts. 58 a 66 do Dec. 93.872/86.
6. O art. 1.º do Dec. 1.819, de 16.02.1996, dispõe que “as transferências de recursos da União, consignadas na lei orçamentária anual ou referentes a créditos

A Constituição de 1988 refere-se a *convênios de cooperação entre os entes federados* no art. 241, cumprindo à lei discipliná-los para viabilizar a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.⁷

O art. 116 da Lei 8.666/93 trata dos convênios, dispondo em seu § 1.º que sua celebração depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: (i) identificação do objeto a ser executado; (ii) metas a serem atingidas; (iii) etapas ou fases da execução; (iv) plano de aplicação dos recursos financeiros; (v) cronograma de desembolso; (vi) previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; e (vii) se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Recentemente, foi editado o Dec. 6.170, de 25.07.2007, o qual “dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências”.

Em seu art. 1.º, *caput*, o ato normativo em destaque determina que “Os programas, projetos e atividades de interesse recíproco dos

adicionais para Estados, Distrito Federal ou Municípios, a qualquer título, inclusive sob a forma de subvenções, auxílios ou contribuições, serão realizadas mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, observadas as disposições legais pertinentes”. Esse decreto institui ainda os *contratos de repasse*, por meio dos quais operacionaliza-se a transferência dos recursos por instituições ou agências financeiras oficiais federais que atuarão como mandatárias da União. Desse ajuste constarão os direitos e obrigações das partes, inclusive quanto à obrigatoriedade de prestação de contas perante o Ministério competente para a execução do programa ou projeto.

7. Conforme foi apontado no capítulo precedente, foi editada a Lei Federal 11.107/2005, a qual visa regulamentar o art. 241 da Constituição de 1988, instituindo normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada.

órgãos e entidades da Administração Pública federal e de outros entes ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos serão realizados por meio de transferência de recursos financeiros oriundos de dotações consignadas no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social e efetivadas por meio de convênios, contratos de repasse ou termos de cooperação, observados este Decreto e a legislação pertinente”.

Por seu turno, no § 1.º do art. 1.º, estipula-se que, “para os efeitos deste Decreto, considera-se: I – convênio – acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como participe, de um lado, órgão ou entidade da Administração Pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da Administração Pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação; (...)”.⁸

Dessume-se da disciplina normativa apontada que no sistema administrativo brasileiro resta evidenciada a multifuncionalidade do convênio, o qual pode ser encarado tanto como um acordo administrativo organizatório como um acordo administrativo colaborativo.

Embora isso os aproxime dos contratos de gestão, é possível indicar algumas diferenças existentes entre eles.

Como *acordo administrativo organizatório*, a função precípua do *convênio* é a de promover a *descentralização* de atividades de um órgão

8. Neste dispositivo encontram-se ainda as definições normativas de *contrato de repasse* (“instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público Federal, atuando como mandatário da União”) e da nova figura do *termo de cooperação*, considerada como “modalidade de descentralização de crédito entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para executar programa de governo, envolvendo projeto, atividade, aquisição de bens ou evento, mediante portaria ministerial e sem a necessidade de exigência de contrapartida”.

ou ente administrativo para outros órgãos ou entes administrativos, da mesma esfera federativa ou de esfera federativa distinta.⁹

Ao reverso, os *contratos de gestão* somente podem ser firmados entre órgãos e entidades administrativas integrantes de uma mesma esfera federativa. Não têm a tarefa de promover a descentralização de atividades, e sim *promover a ampliação das autonomias gerencial, orçamentária e financeira* desses órgãos e entidades, com a estipulação de metas de desempenho e fixação negociada de resultados, os quais deverão ser atingidos a partir da execução de uma série programada de atos (programação derivada), cuja finalidade é conferir efetividade a planos, programas e políticas públicas (programação originária), promovendo assim a eficiência na gestão pública.

Os convênios muitas vezes formalizam tão-somente a transferência de recursos financeiros de uma entidade federativa para outra entidade federativa ou administrativa (transferências voluntárias),¹⁰ ao passo que os contratos de gestão firmados entre órgãos e entidades administrativas não têm por tarefa única operacionalizar repasses públicos para outros órgãos ou entes públicos. Isso pode ocorrer (efeitos financeiros do contrato de gestão), porém tais transferências sempre estarão relacionadas a uma prévia e detalhada programação levada a efeito com o Ministério ou órgão superior a que o órgão ou entidade receptora estiver vinculada, necessariamente envolvendo a

9. Nesse sentido, Odete Medauar qualifica os convênios administrativos como instrumentos cooperativos de tipo vertical e horizontal, sobretudo em um Estado Federal (Convênios... cit., p. 461).
10. Cf. art. 25 da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional 1, de 15.01.1997, a qual disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências (DOU 31.01.1997). Aliás, o ato normativo assinalado estabelece no inc. I do § 1.º do art. 1.º que, “para fins desta Instrução Normativa, considera-se: I – convênio – instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação”.

concomitante outorga de maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira.

Por outro lado, como *acordo administrativo colaborativo* – firmado entre Administração Pública e particular –, o *convênio* é largamente utilizado para a formação de vínculos de colaboração com quaisquer tipos de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, independentemente de serem detentoras de uma qualificação especial prévia.¹¹

Por seu turno, os *contratos de gestão* são celebrados exclusivamente entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos, previamente qualificadas como organizações sociais, serviços sociais autônomos, ou que tenham recebido delegação do Conselho Nacional de Recursos Hídricos – CNRH para exercer funções de competência das Agências de Água (art. 1.º da Lei Federal 10.881/2004).

As relações formalizadas pela via do convênio são dotadas de relativa instabilidade e em regra não geram efeitos vinculantes para as partes, uma vez que a qualquer momento qualquer dos partícipes pode denunciá-lo, ficando os convenientes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que dele participaram voluntariamente, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes (art. 57 do Dec. 93.872/86).

Os contratos de gestão firmados com entidades privadas não lucrativas (entes de colaboração) instituem relações dotadas de maior estabilidade e, em regra, geram efeitos vinculantes para as partes. Os contratos de gestão tendem a ser executados integralmente, uma vez que os resultados a ser alcançados são parte integrante do ajuste. Não alcançar tais resultados pode significar desprezar o contrato de gestão, acarretando (por exemplo) a desqualificação da entidade como organiza-

11. Salieta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “o convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do convênio; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências institucionais comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed., 2002. p. 193).

ção social (art. 16 da Lei Federal 9.637/98), com a aplicação de sanções previstas em lei (§§ 1.º e 2.º do art. 16 da Lei Federal 9.637/98).

Realizada a distinção entre *convênios* e contratos de gestão, passa-se à diferenciação entre o *contrato de gestão* e os *termos de parceria* das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs.

6.3 Contratos de gestão e Termos de Parceria das OSCIPs

6.3.1 Estado, Terceiro Setor e Termos de Parcerias das OSCIPs

Atualmente, Estado, Governo e Administração Pública são encarados como intermediadores e promotores constitucionalmente vocacionados do *desenvolvimento nacional*. Contudo, optando pela *parceria com a iniciativa privada* para atingir esse fim,¹² resta claro que o parceiro privado estará em uma posição distinta das situações ocupadas pelo particular como mero fornecedor de bens e serviços, ou mesmo delegatário para a execução de serviços públicos nos termos e na forma em que a Administração determinar.

Assim, ajustes que pretendam formalizar *parcerias* entre os setores público e privado (lucrativo e não lucrativo), visando promover o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do país, devem ser permeados por novos parâmetros e instrumentalizados por meio de novas formas jurídicas.

Os *contratos de gestão envolvendo entes de colaboração* são exemplos desses novos formatos jurídicos. Tais ajustes (i) configuram *acor-*

12. Marçal Justen Filho aponta uma configuração econômica e uma configuração jurídica para o vocábulo *parceria*. Em sua configuração econômica, parceria retrata “contrato por meio do qual dois ou mais agentes econômicos se associam para exploração de certo empreendimento, mantendo (em princípio) cada qual autonomia jurídica e desempenhando atividades em nome próprio. Há conjugação econômica das atividades, com previsão de partilha dos lucros, se houver” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 138). Por outro lado, em sua configuração jurídica manifesta-se por meio de um contrato associativo, em que “uma pluralidade de sujeitos obriga-se a contribuir com seus recursos e (ou) esforços para a realização de um fim comum” (Idem). Para o autor, a característica fundamental da parceria é a partilha de resultados (idem, p. 139).

dos administrativos de colaboração, (ii) são pelo Estado firmados com entidades privadas sem fins lucrativos, geralmente qualificadas como *organizações sociais* ou *serviços sociais autônomos* e (iii) disciplinam relações para a consecução conjunta de serviços sociais não-exclusivos de Estado (v.g., saúde, educação, meio ambiente), nos moldes e na forma estabelecida pela legislação de base (v.g., Lei Federal 9.637/98 e Lei Federal 10.881/2004).

O *termo de parceria das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs*¹³ consiste em outro exemplo de formato jurídico recente. Embora semelhante ao contrato de gestão das organizações

13. Neste trabalho empregar-se-ão os acrônimos OSCIP ou OSCIPs – largamente utilizados pela doutrina – para referir-se às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. São raros os estudos acerca das OSCIPs, sendo possível elencar: FERRAREZI, Elizabete. *OSCIP – Organização da sociedade civil de interesse público*: a Lei 9.790/99 como alternativa para o terceiro setor. 2 ed. Brasília: Comunidade Solidária, 2000; FERREIRA, Sérgio de Andréia. *As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público: considerações sobre seu regime jurídico*, 1999; MOREIRA, Egon Bockmann. *Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesses Público e seus “vínculos contratuais” com o Estado*, 2004; e SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Gestão alternativa de serviços públicos*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 219, p. 179-203, jan.-mar. 2000. De nossa autoria, cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Coord.). *Estado, empresas e terceiro setor: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Org.). *Direito do Terceiro Setor: atualidades e perspectivas*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As OSCIPs e a Lei Federal 8.666/93. Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, ano 4, n. 46, p. 6.177-6.180, out. 2005; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *As OSCIPs e o meio ambiente*. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, a. 20, n. 11, p. 1.266-1.267, nov. 2004; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *O Terceiro Setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos*. In: _____ (Org.). *Direito do terceiro setor: atualidades e perspectivas*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006. p. 101-138; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *OSCIPs e licitação: ilegalidade do Dec. 5.504, de 05.08.2005*. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 4, n. 12, p. 165-207, jan.-mar. 2006; e OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. *Organizações da Sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação*. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 49, p. 5.225-5.237, mar. 2005.

sociais, o termo de parceria é disciplinado pela Lei Federal 9.790, de 23.03.1999, e pelo Dec. 3.100, de 30.06.1999.

A OSCIP é uma qualificação especial, concedida pelo Ministério da Justiça àquelas entidades da sociedade civil sem fins lucrativos que, além de cumprirem determinados requisitos legalmente exigidos,¹⁴ tenham por finalidade social uma das atuações enumeradas na Lei Federal 9.790/99,¹⁵ conhecida como a Lei das OSCIPs.

De acordo com a Lei das OSCIPs, a entidade há de expressar sua dedicação a essas atividades por intermédio da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, doações de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda mediante a prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins (parágrafo único do art. 3.º).¹⁶

14. Arts. 1.º e 4.º da Lei Federal 9.790/99.

15. Segundo o art. 3.º da Lei Federal 9.790/99, “a qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I – promoção da assistência social; II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V – promoção da segurança alimentar e nutricional; VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII – promoção do voluntariado; VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo”.

16. Com efeito, as OSCIPs são entidades da sociedade civil sem fins lucrativos vocacionadas para serem colaboradoras do Estado na implementação de políti-

Segundo o art. 9.º do diploma enfocado, o termo de parceria é “o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3.º desta Lei”.

Nos termos do art. 10 da Lei das OSCIPs, “o Termo de Parceria firmado de comum acordo entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público discriminará direitos, responsabilidades e obrigações das partes signatárias”, sendo que sua celebração será precedida de consulta aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, nos respectivos níveis de governo (§ 1.º do art. 10).

As cláusulas essenciais do termo de parceria encontram-se arroladas no § 2.º do art. 10: I – a do objeto, que conterà a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; II – a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; III – a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; IV – a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usa-

cas públicas e na prestação de serviços sociais à população. Tradicionalmente vistas como antagonistas do Estado, as organizações não-governamentais passaram a exercer papel de protagonistas do desenvolvimento, tornando possível que suas atividades sejam executadas em colaboração com as atividades desempenhadas pelo Estado. Nuria Cunill Grau salienta que, “além das ações que correspondem ao voluntariado, começa-se a promover a colaboração mútua, mediante a criação de associações que executem programas públicos, a transferência de funções do Estado a segmentos da sociedade para que as executem diretamente, o financiamento público a ações desempenhadas por organizações não-governamentais – ONGs – ou mediante a descentralização nos beneficiários da administração de gastos públicos” (CUNILL GRAU, Nuria. *A rearticulação das relações Estado-sociedade: em busca de novos significados*, 1996, p. 127). Sobre o tema, cf. MORALES, Carlos Antonio. *Nem privado nem estatal: em busca de uma nova estratégia para a provisão de serviços públicos*, 1998.

das pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; V – a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independentemente das previsões mencionadas no inciso IV; e VI – a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.

Consoante o art. 11 da Lei das OSCIPs, “a execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo”, sendo que os resultados atingidos deverão ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (§ 1.º do art. 11), encaminhando a comissão à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida (§ 2.º do art. 11).

E, segundo o § 3.º do art. 11, “os Termos de Parceria destinados ao fomento de atividades nas áreas de que trata esta Lei estarão sujeitos aos mecanismos de controle social previstos na legislação”.

Extrai-se do Dec. 3.100/99, entre outros dispositivos, que “o Termo de Parceria poderá ser celebrado por período superior ao do exercício fiscal” (art. 13) e que “é possível a vigência simultânea de um ou mais Termos de Parceria, ainda que com o mesmo órgão estatal, de acordo com a capacidade operacional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” (art. 16).

Cabe ainda referir que a Lei Federal 9.985/2000, ao criar o Sistema Nacional de Unidades de Conservação Ambiental, estabelece expressamente que “as unidades de conservação podem ser geridas por organizações da sociedade civil de interesse público com objetivos afins aos da unidade, mediante instrumento a ser firmado com o órgão responsável por sua gestão”. É a denominada “gestão compartilhada de Unidade de Conservação”, cujo procedimento para viabilização encontra-se no Dec. 4.340/2002, o qual inclui a publicação prévia de edital de seleção para a escolha da OSCIP que atuará como parceira do órgão gestor da Unidade de Conservação.¹⁷

Com efeito, tanto os contratos de gestão firmados com os entes de colaboração como os termos de parceria celebrados com entidades privadas qualificadas como OSCIPs têm a mesma natureza jurídica:

17. Cabe colocar em evidência o importante papel da Lei das OSCIPs na evolução e consolidação do Terceiro Setor no Brasil. Todavia, é imprescindível a criação de canais de interlocução abalizados, para o esclarecimento de questões envolvendo a correta compreensão e utilização desse novo formato institucional de entidades da sociedade civil organizada. Entretanto, mais importante ainda é coibir a manipulação e o desvirtuamento do modelo das OSCIPs, que infelizmente muitas vezes encontra suas raízes no próprio Poder Público. Entende-se que esse não é um problema da Lei das OSCIPs, cujas imperfeições existem, mas podem e devem ser retificadas. O problema, mais uma vez, reside nas omissões dos sistemas de fiscalização e controle das atividades do Poder Público, agravadas, no Brasil, pela inexistência de uma sólida prática de participação política e de controle protagonizada pela população (controle social). Essa lacuna somente pode ser preenchida pelo incremento da mobilização e organização da sociedade civil, que definitivamente ocasionará o fortalecimento do Terceiro Setor brasileiro. A propósito do tema cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Estudos realizados por Grupo de Trabalho com a finalidade de examinar o alcance das disposições da Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Lei 9.790/99 – nas atividades de controle a cargo do TCU. Projeto de Instrução Normativa. Alteração de dispositivos da Instrução Normativa 12/96. Aprovação. Determinação. Encaminhamento do estudo ao Conselho da Comunidade Solidária para o aperfeiçoamento do Dec. 3.100/99. Tribunal de Contas da União, Processo TC 014.334/1999-2, rel. Min. Marcos Vilaça, j. 15.12.1999, *BTCU* 78/1999. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=6&doc=1&dpp=20&rp=0>>. Acesso em: 23 abr. 2003.

acordos administrativos colaborativos, ajustados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos.

São acordos utilizados para viabilizar a concertação administrativa e têm por função principal instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, estando presente em ambos os casos a atividade de fomento por parte do Estado.

As distinções entre o contrato de gestão das organizações sociais e o termo de parceria das OSCIPs decorrem muito mais do regime jurídico específico dessas qualificações, do que da natureza jurídica do acordo propriamente dito.

Insta mencionar que, a rigor, as organizações sociais não podem ser entendidas como entidades não-governamentais ou integrantes do denominado Terceiro Setor, diferentemente do que ocorre com as OSCIPs, entidades privadas sem fins lucrativos integrantes do Terceiro Setor.

Não há um conceito unívoco de Terceiro Setor,¹⁸ dependendo seus contornos da realidade sociocultural e institucional de um dado país.¹⁹

Segundo Vital Moreira, “trata-se de um setor intermediário entre o Estado e o mercado, entre o sector público e o privado, que compartilha de alguns traços de cada um deles”.²⁰ Para o autor, a expressão visa retratar “a prestação de bens e serviços por parte de organizações não estaduais e não lucrativas muito diversas – como as cooperativas, as mutualidades, as igrejas, as organizações beneficentes, as fundações de fins sociais –, muitas vezes baseadas em doações de fundos e na colaboração voluntária”.²¹

18. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito do Terceiro Setor. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte: Fórum, a. 1, n. 1, p. 11-38, jan.-jun. 2007.

19. Para um panorama mundial sobre o Terceiro Setor, cf. SALAMON, Lester M. et. al (Org.). *Government and the third sector: emerging relationships in Welfare States*, 1992. Sobre Terceiro Setor e economia solidária e social, cf. LIPIETZ, Alain. *Pour le tiers secteur: l'économie sociale et solidaire: pourquoi et comment*. Paris: La Documentation française, 2001.

20. MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*, 1997. p. 33.

21. Idem, *ibidem*.

Obviamente o interesse no Terceiro Setor é uma decorrência das políticas reformistas de Estado, as quais provocaram o desmantelamento das estruturas públicas voltadas à prestação de serviços sociais à comunidade. Se é incorreto afirmar que a responsabilidade estatal foi integralmente transferida ao setor privado, certo é que ao menos incentivou-se a co-responsabilidade das entidades privadas (mormente as não-lucrativas) na execução dessas atividades socialmente relevantes.

Para os fins deste trabalho, entende-se por Terceiro Setor o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não-governamentais e sem ânimo de lucro (associações ou fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possam firmar parcerias e receber investimentos (públicos e privados).²²

6.3.2 Diferenças entre Contrato de gestão e Termo de Parceria das OSCIPs

De acordo com a alínea *a* do inciso I do art. 3.º da Lei Federal 9.637/98, nas organizações sociais “o conselho de administração deve estar estruturado nos termos que dispuser o respectivo estatuto, ob-

22. Atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3.877/2004, o qual dispõe sobre o registro, fiscalização e controle das organizações não-governamentais e dá outras providências. A bibliografia brasileira sobre o terceiro setor ainda é incipiente, sendo possível elencar BARBOSA, Maria Nazaré; OLIVEIRA, Carolina Felipe de. *Manual de ONGS: guia prático de orientação jurídica*. Rio de Janeiro: FGV, 2001; COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. São Paulo: Senac, 2000; FALCONER, Andres Pablo. *A promessa do terceiro setor: um estudo sobre a construção do papel das organizações sem fins lucrativos e do seu campo de gestão*. São Paulo, 1999. 153 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo; FERNANDES, Rubem César. *Privado porém público: o terceiro setor na América Latina*. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002; Merege, Luiz Carlos (Coord.); BARBOSA, Maria Nazaré Lins (Org.). *Terceiro setor: reflexão sobre o marco legal*. Rio de Janeiro: FGV, 2001; MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002; e SZAZI, Eduardo. *Terceiro setor: regulação no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2003.

servados, para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, os seguintes critérios básicos: I – ser composto por: a) 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) de membros natos representantes do Poder Público, definidos pelo estatuto da entidade”. Assim, em virtude da expressa disposição legal o Poder Público participa ativamente da gestão das entidades qualificadas como organizações sociais, o que não ocorre no caso das entidades qualificadas como OSCIPs.

Com efeito, as organizações sociais são espécie do gênero *entidade paraestatal*; as OSCIPs são *associações ou fundações privadas integrantes do Terceiro Setor*, não sendo consideradas entidades paraestatais.

Outra distinção é que somente as organizações sociais podem receber recursos orçamentários, cessão de bens públicos e de servidores públicos em decorrência do contrato de gestão (arts. 12 a 14 da Lei Federal 9.637/98). Às OSCIPs não podem ser cedidos bens públicos ou servidores públicos por meio do termo de parceria, sendo que os recursos públicos necessários para a execução deste serão depositados em conta bancária específica (art. 14 do Dec. 3.100/99).

Ultrapassada a diferenciação entre contrato de gestão e *termo de parceria* das OSCIPs, insta estabelecer a distinção entre *contrato de gestão* e os *contratos de parceria público-privada*.

6.4 Contrato de gestão e Parceria Público-Privada (PPP): semelhanças e diferenças

No que tange à delegação dos serviços públicos – notadamente daqueles referentes à infra-estrutura –, a temática das *parcerias* vem provocando mudanças na disciplina normativa a que são submetidas as relações negociais em que a Administração Pública é parte.

Constatada uma evolução no desenvolvimento das relações administrativas em geral (admite-se o contrato, ao lado do ato administrativo, como um “processo próprio do agir da Administração Pública”),²³ parece claro que essa nova forma do agir administrativo resulta na ampliação das bases consensuais naquele campo em que

23. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade...* cit., p. 396.

consenso e bilateralidade são elementos indispensáveis: a atividade administrativa negocial.²⁴

Isso implica, além de intensos câmbios na legislação preexistente, a criação de aparatos legislativos mais adequados ao desenvolvimento dessas novas relações, as quais tendem a ser preferencialmente paritárias.

No Brasil, os *contratos de parceria público-privada*²⁵ são um reflexo dos câmbios assinalados, e atualmente configuram objeto de intensos e acalorados debates.

Sem desconsiderar que em algumas unidades federativas foram aprovadas leis sobre a matéria,²⁶ atualmente a PPP é disciplinada pela Lei Federal 11.079, de 30.12.2004.²⁷

Está-se diante de uma nova figura a ser empregada pelo setor público no campo negocial, a qual visa instituir e formalizar uma relação jurídica entre a Administração Pública e os particulares em bases normativas diversas daquelas representadas pelas disposições inseridas nas Leis Federais 8.666/93 e 8.987/95.

As PPPs podem ser entendidas como “parcerias entre autoridades públicas e empresas e investidores do setor privado, com o objetivo de conceber, planificar, financiar, construir e operar projetos de infra-

24. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias...* cit., 2005, p. 567-606; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo et al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 85-119.
25. Neste trabalho, utilizar-se-á a sigla PPP, amplamente difundida para caracterizar os contratos de parceria público-privada.
26. Cf. Lei do Estado de Minas Gerais, 14.862, de 16.12.2003; Lei do Estado de Santa Catarina 12.930, de 04.02.2004; Lei do Estado de São Paulo 11.688, de 19.05.2004, e Lei do Estado de Goiás 11.08.2004, entre outras.
27. O diploma legislativo assinalado visa instituir normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O projeto de lei foi encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 19.11.2003, tendo tramitado na Câmara dos Deputados sob o n. 2.546/2003 e enviado ao Senado Federal em 24.03.2004, onde tramitou sob o n. 10/2004.

estrutura habitualmente prestados através de mecanismos tradicionais como os contratos públicos”.²⁸

Inserem-se em um cenário de escassez de recursos orçamentários para a execução de projetos de altos custos, em que existe um grave déficit de projetos estruturantes em áreas como transportes, saneamento básico e saúde.²⁹

Além disso, a experiência estrangeira para a realização e gestão de grandes infra-estruturas e de serviços coletivos vem fazendo uso da PPP, pois há um entendimento corrente no sentido de que tais contratos atualmente traduzem-se na forma mais adequada de assegurar serviços públicos de melhor qualidade, com menores custos para a sociedade.

Subjacentes a essa nova modalidade contratual estão noções como: (i) alta complexidade do objeto, execução e acompanhamento do ajuste; (ii) elevado nível de riscos a serem enfrentados pelos parceiros, em função do montante dos recursos financeiros envolvidos, das incertezas sobre os custos de construção e de operação e das dúvidas atinentes aos rendimentos a serem alcançados; (iii) estabelecimento de garantias especiais conferidas pelo parceiro público ao parceiro privado, destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela Administração; e (iv) dificuldade em atingir – em sede contratual

28. NAMBLARD, Corinne. Para um enfoque pragmático da parceria público-privado. In: CHATELUS, Gautier; PERROT, Jean-Yves (Dir.) *Financiamento das infra-estruturas e dos serviços coletivos: o recurso à parceria público-privado: os exemplos da experiência francesa no mundo*. Paris: DAEI, 1994. p. 15. Sobre associações mistas, envolvendo diferentes partícipes públicos e privados, cf. FAGUNDES, Maria Aparecida de Almeida Pinto S. *Parcerias em projetos de infra-estrutura*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 233, p. 419-429, jul.-set. 2003.

29. Dados extraídos de SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas: aspectos jurídicos*. Palestra proferida no Congresso Ibero-Americano de Direito Administrativo. Curitiba, 2003. Cf. ainda JUSTEN FILHO, Marçal. *A PPP brasileira e as lições do passado*. Disponível em: <[http://www.baceventos.com.br/restrito/PPPmjf\(2\).doc](http://www.baceventos.com.br/restrito/PPPmjf(2).doc)>. Acesso em: 5 dez. 2004; e OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e a nova contratualização administrativa*. In: GUIMARÃES, Edgard (Org.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 273-317.

– a ótima regulamentação dos interesses em jogo, quais sejam os do parceiro público, do parceiro privado e da coletividade em geral.

Nesta última característica jaz um aspecto que há de ser devidamente salientado, pois manifesta uma autêntica (r)evolução em matéria de contratualização no setor público. Diversamente dos contratos disciplinados pelas Leis Federais 8.666/93 e 8.987/95, as comumente denominadas *cláusulas exorbitantes* não estariam, a princípio, presentes de modo tão abundante nas PPPs. Com efeito, a tônica é justamente a ampliação das bases da negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros, sem o enfraquecimento da (imane)ntes bilateralidade desse negócio jurídico.

Como todo e qualquer contrato (privado ou público), o parceiro público e o parceiro privado da PPP desejam obter benefícios da relação. Todavia, tais objetivos naturalmente possuem pontos de convergência (v.g., sucesso do empreendimento) e pontos de eventual divergência (v.g., assunção dos riscos e divisão dos lucros). As negociações ocorrem para possibilitar um equilíbrio de todos esses interesses, “com vistas a alcançar os compromissos mais justos e eficazes possíveis dentre as perspectivas de ganhos, custos a serem arcados e dos riscos a serem corridos”.³⁰

Esse equilíbrio será expressado na pactuação das cláusulas do contrato de PPP, cujo conjunto desencadeará efeitos típicos dos *contratos sinalagmáticos*. E, no caso de entender que os contratos administrativos regidos pelas Leis Federais 8.666/93 e 8.987/95 também geram efeitos decorrentes do sinalagma (em verdade, é isso que ocorre), a carga de efeitos caracteristicamente sinalagmáticos na PPP é muito maior (ou ao menos não é condicionada, debilitada ou neutralizada), se comparada aos efeitos produzidos pelos contratos administrativos tradicionais.³¹

30. NAMBLARD, Corinne. Para um enfoque pragmático... cit., p. 27.

31. No tocante à bilateralidade, Caio Tácito sustenta que “a discriminação entre as hipóteses, tendo como fundamento a natureza própria das obrigações contratuais, está a merecer tratamento no plano normativo que faculte, nos contratos administrativos, equivalência entre partes desiguais, de tal modo que as prerrogativas da Administração não onerem excessivamente a outra parte ou eliminem a fruição de direito do contratante privado” (Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 111-115, out.-dez. 1997, p. 114-115).

Assim, na PPP, parceiro público e parceiro privado simultaneamente ocuparão a posição de credor e de devedor, cujos direitos e obrigações submetem-se (tendencialmente) a um regime de dependência recíproca, em que a obrigação de um corresponde ao direito do outro, e vice-versa. Portanto, na PPP é possível defender que haverá uma forte correlação entre os direitos e as obrigações do parceiro público e do parceiro privado, diferentemente do que acontece nos contratos administrativos tradicionais em que a relação jurídica instaurada é de caráter verticalizado, em função da disciplina normativa que os rege.

Em face do exposto, as PPPs também se encaixam na *nova contratualização administrativa*, em que: (i) privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro público e o privado; (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes); (iii) abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, visando um balanceamento dos interesses envolvidos; (iv) diminui-se a imposição unilateral de cláusulas por parte da Administração, com o proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e a fixação das cláusulas que integrarão o contrato; e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao parceiro privado, inclusive com a repartição dos riscos e atribuição de garantias a esse último, tidas como não-usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração.

Todas essas diferentes perspectivas da atuação negocial levada a cabo em sede administrativa abalam o dogma da verticalização das relações contratuais entre Administração e particular, sinalizando um maior equilíbrio nas posições assumidas por ambas as partes.

É demasiadamente prematuro firmar posições sobre os câmbios que essas novas perspectivas podem desencadear na teoria geral dos contratos administrativos. No entanto, parece que uma forte linha de transformação reside na relativa superação da premissa do desnivelamento do particular-contratado em face da Administração-contratante, como elemento de caracterização de todo e qualquer contrato administrativo.

Nesse sentido, o vetor da *paridade das relações contratuais* em ajustes que objetivem atingir tais desideratos parece ser a tônica da nova contratualização administrativa.

Essa paridade é manifestada notadamente na fase pré-negocial (negociações preliminares) e na fase de formação dos contratos que correspondam a esse novo perfil, como é o caso da PPP. Também nas fases de execução e extinção desses contratos a tendência – em razão da própria noção de parceria – caminha para novas bases consensuais e paritárias, com a possibilidade de redução do feixe de poderes unilaterais pela Administração, até hoje largamente utilizados no transcurso das relações contratuais.

Entretanto, mister é enfatizar que tais considerações não transmudam a PPP em um contrato de direito privado. Longe disso, por ser uma espécie de contrato administrativo, dele farão parte cláusulas que assegurem à Administração exercer sua potestade na proporção necessária ao resguardo dos interesses públicos envolvidos.

Mas justamente a medida, a intensidade e a extensão do exercício dos poderes unilaterais da Administração no curso da relação contratual é que podem e devem passar por uma filtragem, a partir dos ressaltados aspectos e fundamentos da nova contratualização administrativa.

Nos termos do art. 2.º da Lei Federal 11.079/2004, “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. A *concessão patrocinada* é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13.02.1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (§ 1.º do art. 2.º). De outro lado, *concessão administrativa* é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (§ 2.º do art. 2.º).

Segundo o art. 4.º da Lei Federal 11.079/2004, “na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V – transparência dos procedimentos e das decisões; VI – repartição

objetiva de riscos entre as partes; VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria”.

Por seu turno, o art. 5.º da Lei Federal 11.079/2004 dispõe que “as cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas; III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia; VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3.º e 5.º do art. 56 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas”.

A PPP aproxima-se dos contratos de gestão celebrados com os entes de colaboração, porém com eles não se confunde.

A PPP é um *contrato administrativo de concessão*, cujo objeto é um serviço público passível de exploração lucrativa pelo parceiro privado. É o que Maria Sylvania Zanella Di Pietro denomina *serviço público comercial ou industrial*, ou seja, “aquele que a Administração Pública

executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica”.³²

Com efeito, da exploração do serviço público objeto da PPP advém uma remuneração para o parceiro privado (cobrança de tarifa do usuário), acrescida da possibilidade do pagamento de uma contraprestação pecuniária por parte do parceiro público ao parceiro privado. Basicamente encaixam-se nessa categoria os serviços de infra-estrutura (v.g., telefonia, energia elétrica, gás, entre outros).

Ao lado disso, as duas modalidades de PPP configuram autênticos contratos administrativos porque são empregadas pela Administração Pública quando os objetivos visados são adquirir serviços junto à iniciativa privada (PPP como concessão administrativa) ou a ela transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos (PPP como concessão patrocinada).

Finalmente, o contrato de PPP é firmado entre a Administração Pública e uma entidade privada com fins lucrativos, afastada a possibilidade de celebração de PPP com organizações não-governamentais.

Por seu turno, os contratos de gestão firmados com entes de cooperação são *acordos administrativos colaborativos*, em que o Poder Público não adquire bens ou serviços, ou transfere serviço público a um parceiro privado.

Conforme foi salientado, a função primordial de tais acordos é instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de políticas públicas ou a execução de um *serviço social*.

Por meio do contrato de gestão, o Estado *fomenta* a realização de serviços sociais por entes privados sem fins lucrativos (entidades paraestatais incluídas), podendo transferir recursos, bens e servidores públicos à entidade parceira.

A execução dos serviços e atividades, objeto de um contrato de gestão, deverá obedecer ainda à programação fixada no acordo, a partir de bases previamente negociadas, podendo o ordenamento jurídico conferir efeitos vinculantes aos compromissos eventualmente firmados.

32. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed., 2003. p. 104.

Finalmente, importa salientar que a PPP expressa uma temática recém-inaugurada no direito administrativo brasileiro, sobre a qual a doutrina certamente irá debruçar-se, produzindo estudos aprofundados.

6.5 Síntese das funções do contrato de gestão no sistema administrativo brasileiro

Embora a experiência brasileira na utilização dos diferentes contratos de gestão seja irregular e intermitente (podendo ser considerada ainda incipiente), da legislação de base e da classificação proposta nesta obra emerge a multifuncionalidade do contrato de gestão no sistema administrativo pátrio.

Apesar da urgência na integração infraconstitucional do § 8.º do art. 37 da Lei Maior – diploma que estabelecerá o adequado enquadramento legislativo do instituto –, dessume-se que, em virtude do modo como está atualmente disciplinado, o contrato de gestão encontra-se apto a desempenhar seis funções.

A primeira função é a de instrumento consensual de difusão da normatividade programática prevista no ordenamento pátrio. A estipulação de metas de desempenho e a fixação negociada de resultados – os quais deverão ser atingidos a partir da execução de uma série programada de atos (programação derivada) – têm por finalidade conferir efetividade a leis, planos, programas e políticas públicas (programação originária), promovendo-se assim a eficiência e a efetividade na gestão pública.

A segunda função conecta-se com o perfil complexo e difuso da organização administrativa contemporânea. O contrato de gestão pode exercer o papel de instrumento de coordenação administrativa, pois promove a interligação de diferentes órgãos e entidades da Administração Pública. Por meio de sua utilização, reforça-se a tarefa de cooperação administrativa, mormente onde as competências administrativas são compartilhadas, demandando maior agilidade e articulação para o mútuo desenvolvimento de atividades afins.

Ainda no contexto de complexidade do aparato administrativo contemporâneo, a terceira função do contrato de gestão – notadamente em face do que dispõe o § 8.º do art. 37 da Lei Maior – é a de desempenhar o importante papel de estabelecer regimes jurídicos especiais. É a diferenciação autorizada de regime jurídico, levada a efeito por meio da

celebração de um contrato de gestão, em que se assegura e se respeita a autonomia de órgãos e entidades administrativas, propiciando que eles possam cumprir com mais eficiência as suas missões e objetivos.

A quarta função relaciona-se com o controle interno da Administração Pública. Pode o contrato de gestão cumprir a função de contratualização da supervisão ministerial, nos termos previstos no Dec.-lei 200/67. De um lado, o instituto formaliza e fortalece em um documento específico os compromissos legais de prestação de contas dos órgãos e entidades da Administração Pública. De outro lado, o contrato de gestão concentra e evidencia as responsabilidades administrativas (previstas em lei) dos agentes e dos administradores públicos, afastando a eventual diluição de responsabilidades funcionais, favorecendo sobremaneira o controle interno da gestão pública.

A quinta função do contrato de gestão é a de configurar um instrumento de referência para o exercício do controle externo da Administração Pública. Com efeito, o contrato de gestão torna dados, informações, atividades, competências e responsabilidades dos agentes públicos mais acessíveis e transparentes (transparência administrativa), facilitando enormemente todos os processos de fiscalização e controle da ação administrativa pelos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Tribunal de Contas e pela sociedade (controle social). Ainda nesse contexto, destaca-se que a existência de um contrato de gestão facilita e reforça a fiscalização e o controle da eficiência dos órgãos, entidades e agentes da Administração Pública, especialmente pelo fato de a programação das atividades e dos resultados encontrar-se disposta em um documento de referência.

Por fim, a sexta função é instituir vínculos de colaboração público-privada com entidades privadas não-lucrativas visando à promoção do direito ao desenvolvimento, notadamente por intermédio da realização conjunta dos denominados serviços sociais.

Importa notar que, em razão de algumas especificidades do sistema administrativo brasileiro, o contrato de gestão não se encontra apto a desenvolver plenamente a sua vocação e a sua potencialidade, em moldes similares aos previstos nos sistemas estrangeiros.

Constatou-se que nos países anglo-saxões o papel do contrato de gestão é o de instituir um regime jurídico original, o qual tem a finalidade de disciplinar as relações entre a Administração central e

as unidades descentralizadas (documentos de referência britânicos e planos de desempenho norte-americanos).

Na França, o contrato de gestão dos centros de responsabilidade e dos órgãos e entidades afins também teria essa função. As diferenças entre o sistema administrativo francês e aqueles correspondentes a países como a Inglaterra e os Estados Unidos residem basicamente em três pontos. O primeiro refere-se ao fato de que o modelo de gestão pública francês não pode ser considerado um modelo gerencialista, e sim um modelo tipicamente burocrático, porém permeado por instrumentos gerencialistas. O segundo ponto diz respeito ao fato de que, embora o direito administrativo francês não seja um direito que privilegie a lei como definidora do regime jurídico dos órgãos e entidades administrativas, o regime veiculado pelos contratos de gestão encontra-se previamente estabelecido em algumas Circulares do Primeiro-Ministro. O terceiro ponto é que o sistema administrativo francês reconhece a contratualização interna da gestão pública desde 1967, o que facilitou sobremaneira o acolhimento do contrato de gestão e vem provocando mudanças gradativas no modelo burocrático de gestão pública.

No Brasil, a introdução do instituto na Constituição de 1988 ocorreu com a finalidade de favorecer a implementação de um modelo gerencialista de Administração Pública, fato ainda não consumado.

O modelo de gestão pública brasileiro é um modelo burocrático e estreitamente atrelado ao Texto Constitucional e à legislação formal, ambos conformadores do regime jurídico-administrativo pátrio. E, diferentemente dos países cujas práticas consensuais foram expostas e analisadas neste trabalho, o contrato de gestão brasileiro teria muito pouco espaço para originariamente estabelecer um regramento específico de direitos, obrigações e responsabilidades dos agentes públicos no desempenho das atividades administrativas.

De todo modo, a concepção de contrato de gestão sinaliza um caminho que deve conduzir – por meio do diálogo e da negociação – a uma maior abertura e especialização da gestão pública brasileira, compatibilizando mecanismos típicos de um modelo burocrático com mecanismos inovadores de uma Administração que deve se submeter a um incessante processo de democratização, no intuito de fortalecer suas estruturas e de desempenhar suas atividades de forma mais compromissada com os anseios e as necessidades da coletividade.

Se os contratos de gestão não alcançaram ainda o prestígio e a projeção esperados em nosso sistema, isto não se deve à ausência de uma legislação de referência. Ela existe e está afinada com as mais recentes experiências internacionais. No entanto, essa legislação de ponta encontra-se em total descompasso com a cultura organizacional da Administração Pública brasileira, arraigada em práticas de gestão ultrapassadas e refratária a processos comunicacionais e de contínua programação concertada com a população.

Verifica-se que, nos países cujas práticas consensuais foram examinadas neste trabalho, a contratualização interna da gestão pública levou a graduais e favoráveis alterações na cultura da gestão do setor público, provocando mudanças de postura dos agentes públicos integrantes de todas as estruturas hierárquicas.

No Brasil, como pretender que as colaborações público-privadas (parcerias) evoluam, se a própria Administração opõe-se a realizar uma gestão interna a partir de bases consensuais, privilegiando a igualdade nas relações interorgânicas, intra-administrativas e interadministrativas? Como defender a autonomia de órgãos e entidades administrativas se não há um esforço político no sentido de instituir carreiras de gestores públicos, a partir de uma mentalidade que privilegie a criatividade, a produtividade, a autonomia, a confiança e a responsabilidade no setor público? Como o Estado pode continuar a exigir compromissos e resultados de administradores públicos (e dos particulares) se é o primeiro a descumprir acordos ou a não honrar suas obrigações? Como prosseguir desenvolvendo atividades administrativas díspares entre si, mas que se submetem a um único regime jurídico?

As dificuldades apontadas não têm nem poderiam ter por fim eclipsar a importância do contrato de gestão para a evolução da Administração Pública e do direito administrativo brasileiros.

Para que seja possível tornar a ação estatal eficaz, eficiente e efetiva, colocou-se em evidência a necessidade de a Administração Pública renovar o modo de inter-relação dos órgãos e dos entes que compõem o seu aparato, sobretudo por meio da utilização de formas e instrumentos consensuais.

Além disso, resta claro que cabe à Administração Pública aguçar e incrementar sua capacidade de agente promotora do direito ao desenvolvimento e conciliadora dos conflitos presentes na sociedade

policêntrica, não somente estabelecendo canais de participação e interlocução com seus representantes (participação administrativa), mas também criando vínculos, acordos, alianças e parcerias com as entidades empresariais e sociais (concertação administrativa).

É o aparecimento da Administração Pública consensual ou dialógica, a qual contrasta com a Administração Pública imperativa ou monológica, contrária à instituição e ao desenvolvimento de toda sorte de processos comunicacionais, internos ou externos à organização administrativa.

Tais mutações refletem-se no direito administrativo, provocando profundas mudanças em seu eixo. Tradicionalmente orientado pela lógica da autoridade, imposição e unilateralidade, deve este ramo jurídico ser permanentemente temperado pela lógica do consenso, da negociação e da multilateralidade. Nesse cenário, imprescindível é desenvolver a figura do acordo como uma nova categoria jurídica do direito administrativo brasileiro, a ele conferindo tratamento normativo e dogmático adequado.

Defende-se que o contrato de gestão é um moderno instrumento jurídico e operacional, cujo emprego pode resultar em consideráveis avanços na trajetória de superação de métodos e técnicas deletérias da Administração Pública brasileira.

Não se pode perder de vista que o Estado do século XXI deve ser um Estado revigorado e renovado; não indolente ou descaracterizado. Um Estado consciente, e não silente. Um Estado ativo, e não omissivo. Um Estado evoluído, e não retraído. Um Estado estratégico para o mercado e a sociedade, e não subserviente. Um Estado dinâmico, ciente de sua obrigação de promover adaptações em sua estrutura e funcionamento em face da cambiante realidade social – composta de tecidos e camadas que se encontram em incessante movimento – em prol do desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade.

A disseminação do contratualismo no setor público, notadamente com o emprego do contrato de gestão, tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo de gestão pública aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos.

BIBLIOGRAFIA

- ABATE, Bernard. *La nouvelle gestion publique*. Paris: LGDJ, 2000.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. O impacto do modelo gerencial na Administração Pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. *Cadernos Enap*, n. 10, Brasília: Enap, 1997.
- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- AICARDI, Nicola. La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Roma, a. 47, n. 1, p. 1-59, 1997.
- ALBI CHOLVI, Fernando. Contratos administrativos. *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona: Francisco Seix, 1953. t. 5, p. 433-460.
- ALECIAN, Serge; Foucher, Dominique. *Guia de gerenciamento no setor público*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul.-set. 1999.
- _____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul.-set. 1999.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Fernando Antônio Galvão de. Contrato de gestão da Vale do Rio Doce. *Conjuntura econômica*, São Paulo, p. 15-16, jul. 1992.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- Alternativa para RFFSA. *Ferrovias*, São Paulo, a. 58, n. 146, p. 22-23, jan.-fev. 1993.
- ALVES, Andrea Moraes; MACEDO, Marcelo Hernandez. Reforma administrativa: o caso do Reino Unido. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 48, n. 3, p. 63-84, set.-dez. 1997.
- AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. *Privatização no estado contemporâneo*. São Paulo: Ícone, 1996.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2001. v. 1.
- _____. _____ . Coimbra: Almedina, 2002. v. 2.
- ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

- ANDRADE, Nilma Maria de. *O contrato de gestão como um instrumento de modernização do estado*. Rio de Janeiro, 1995. 93 f. Dissertação. Escola Brasileira de Administração Pública, Fundação Getúlio Vargas.
- ANDRÉ, Maristela Afonso de. A efetividade dos contratos de gestão na reforma do Estado. *Revista de administração de empresas*, São Paulo, v. 39, n. 3, p. 42-52, jul.-set. 1999.
- _____. A efetividade dos contratos de gestão na reforma do Estado. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 39, n. 3, p. 42-52, jul.-set. 1999.
- _____. Contratos de gestão como instrumento de promoção da qualidade e produtividade no setor público. *Revista Indicadores da Qualidade e Produtividade*, Ipea, n. 1, p. 79-104, fev. 1993.
- _____. Contratos de gestão, avaliação de desempenho e eficiência no setor público. *Boletim de Conjuntura*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 109-129, jul. 1993.
- _____. Contratos de gestão: contradições e caminhos da Administração Pública. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 6-13, maio-jun. 1995.
- _____. O desempenho de empresa pública no setor metroviário. *Revista de Administração*, São Paulo, v. 25, p. 34-46, abr.-jun. 1990.
- ÁNGEL BERCAITZ, Miguel. *Teoría general de los contratos administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- ÁNGELO, Cláudio Felisoni de; MERLO, Edgard Monforte. *Contrato de gestão: suas potencialidades e limitações no aperfeiçoamento da Administração Pública*. Seminários em Administração – Programa de Pós-Graduação em Administração. Anais. São Paulo: USP, Faculdade de Economia e Administração, 1996.
- ANTUNES, Luís Felipe Colaço. *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo: para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.
- ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 48, n. 3, p. 105-133, set.-dez. 1997.
- ARATO, Andrew; COHEN, Jean. L. *Sociedad civil y teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. Contratos da administração: novas modalidades. *Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 21-45, dez. 1999.
- _____. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: RT, 1992.
- ARCAGNI, José Carlos. El contrato en el *common law*. In: STIGLITZ, Rubén S. (Dir.) *Contratos: teoría general*, Buenos Aires: Depalma, 1990. v. 1, p. 47-63.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. In: _____ (Org.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.
- _____. *Principios de derecho público económico: modelos de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999.
- AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZZARITI, Gaetano. *Trasformazioni dell'amministrazione e procedimento amministrativo*. In: ALBERTI, Piergiorgio et al. (Org.). *Lezioni sul procedimento amministrativo*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: _____ (Coord.). *Direito administrativo contemporâneo: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- _____. *Principios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano. *Curso de ciencia de la administración*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1993.
- BALLART, Xavier. *Cómo evaluar programas y servicios públicos?: aproximación sistemática y estudios de caso*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992.
- BALLART, Xavier; RAMÍO, Carlos. *Ciencia de la administración*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos: regime jurídico dos funcionários públicos*. 4. tir. São Paulo: RT, 1984.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BARBAGALLO, Giuseppe et al. (a cura di). *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*. Napoli: Scientifiche Italiane, 1995.
- BARBE, Roger. A renovação do serviço público. São Paulo. Fundação do Desenvolvimento Administrativo – FUNDAP. Projeto 317-C1116: *Contrato de Gestão*. Programa de capacitação para a Coordenadoria de Planejamento e Gestão da Secretaria de Planejamento e Gestão – CPA/SPG. São Paulo, 1992.
- BARBOSA, Maria Nazaré; OLIVEIRA, Carolina Felipe de. *Manual de ONGS: guia prático de orientação jurídica*. Rio de Janeiro: FGV, 2001.
- BARBOSA, Pedro Ribeiro. Gestão de hospitais públicos: maior autonomia gerencial, melhor performance organizacional com apoio em contratos de gestão. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 47, v. 120, n. 2, p. 67-97, maio-ago. 1996.

- BARROS, José Manoel de Aguiar. Contrato de gestão para melhorar relação entre empresas e governo. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 02 jan. 1992.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BATISTA, Fábio Ferreira. *A avaliação da gestão pública no contexto da reforma do aparelho do Estado*. Texto para discussão n. 664. Brasília: Ipea, 1999.
- BEHN, Robert D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 49, n. 4, p. 5-45, out.-dez. 1998.
- BELLOUBET-FRIER, Nicole; TIMSIT, Gérard. *L'administration en chantiers. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, Paris, n. 2, p. 299-324, avr. 1994.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa*. São Paulo: Ática, 1991.
- BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na Reforma do Estado*. Barueri: Manole, 2003.
- BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milão, p. 118-145, jan.-mar. 1952.
- BERNARDO, Paulo. *Contrato de gestão: uma alternativa para as empresas públicas*. Brasília: Câmaras dos Deputados, 1991.
- BERTI, Giorgio. Il principio contrattuale nell'attività amministrativa. *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 2.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- _____. A via democrática. In: _____. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: UnB, 1999.
- _____. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.
- _____. O dever de sermos pessimistas. In: _____. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Brasília: UnB, 1999.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.
- _____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- _____. et al. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Ariel, 1985.
- _____. et al. *Dicionário de política*. Trad. Carmen Varriale et al. 8. ed. Brasília: UnB, 1995. 2 v.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BORNHOLDT, Rodrigo. Contributo para a definição do regime jurídico aplicável aos contratos de gestão pactuados com as organizações sociais. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, p. 399-409, 1998.
- BRAGA, Douglas Gerson. *Conflitos, eficiência e democracia na gestão pública*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1998.
- BRAIBANT, Guy. *Le droit administratif français*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1992.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Subsídios para a reforma do estado, v. 4. *Contratos de gestão*. Convênio Ipea, Enap, Ibam. Rio de Janeiro: Ibam, 1994.
- _____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Organizações sociais: projeto de lei*. Brasília, 1996.
- _____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Agências Executivas*. Brasília: Mare, 1997.
- _____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *O Conselho de Reforma do Estado*. Brasília: Mare, 1997.
- _____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Programa da qualidade e participação na Administração Pública*. Brasília: Mare, 1997.
- _____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano de reestruturação e melhoria da gestão do Mare*. Brasília: Mare, 1997.
- _____. Ministério de Minas e Energia. *Secretaria Nacional de Minas e Metalurgia. Convênio de desempenho*. Brasília, 1992.
- _____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Secretaria de Gestão. Gestão pública empreendedora*. Brasília, 2000.
- _____. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília, 1995.
- _____. Presidência da República. Secretaria do Planejamento. *Estatais: menores gastos, maior produtividade*. Brasília, 1984.
- _____. Secretaria de Modernização e Reforma Administrativa – Semor, *Programa Nacional de Desburocratização*. Brasília, 1982.
- _____. Tribunal de Contas da União. Administrativo. Estudos realizados por Grupo de Trabalho com a finalidade de examinar o alcance das disposições da Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – Lei 9.790/99 – nas atividades de controle a cargo do TCU. Projeto de Instrução Normativa. Alteração de dispositivos da Instrução Normativa 12/96. Aprovação. Determinação. Encaminhamento do estudo ao Conselho da Comunidade Solidária para o aperfeiçoamento do Dec. 3.100/99. Processo TC 014.334/1999-2. Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Marcos Vilela. Decisão: 15.12.1999. Publicada no BCTU 78/1999. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=6&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 23 abr. 2003.