

revista do

Ano XXIX Dezembro de 2009 nº 107

ADVOGADO



AASP

Associação
dos Advogados
de São Paulo

Contratos com o Poder Público



O

florescimento de novas figuras contratuais.

Sumário

1. Introdução
 2. O pleito por uma democracia completa
 3. Os contratos administrativos clássicos
 4. Novas figuras contratuais
 - 4.1 Novas figuras contratuais no Direito estrangeiro
 - 4.2 Novos tipos contratuais no Direito brasileiro
 5. Conclusão
- Bibliografia

1 Introdução

O livro *Gouverner par contrat*, de autoria de Jean-Pierre Gaudin, publicado em 1999, chama a atenção nos estudos sobre os ajustes com o Poder Público.

Antes da leitura, já emergem as perguntas: Por que se governa por contrato? Onde fica o ato administrativo? Vai-se administrar utilizando apenas os clássicos contratos de obras, serviços, compras e concessões? Ou criaram-se novas figuras?

O título da referida obra e a resposta às perguntas envolvem, sem dúvida, a percepção das linhas de transformação que vêm ocorrendo na atuação estatal e, por conseguinte, no modo de agir da Administração Pública.

Sem o intuito de exaurir o exame dessas linhas, algumas notas serão apresentadas, para, em seguida, em voo panorâmico, expor as mudanças advindas no campo dos contratos administrativos.

Odete Medauar

Professora Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo (USP).

2 O pleito por uma democracia completa

Em artigo publicado no ano de 1965, o renomado autor francês Jean Rivero afirmou haver total incompatibilidade entre as concepções de democracia vigentes na França e a ação administrativa, sobretudo porque o indivíduo permanecia súdito, como no período do Estado absoluto.

A partir daí, outras manifestações emergiram, em igual sentido, pleiteando-se uma democracia completa: além da chamada **democracia de investidura**, relativa à escolha do governante pelo voto, deveria efetivar-se a **democracia de funcionamento**, no modo de exercício do poder.

Para concretizar a democracia após o voto, passou-se a propor a troca de uma concepção do Estado/Administração distante dos particulares/cidadãos, como antes predominava, para uma atuação que **visse, considerasse e ouvisse a sociedade civil**, por meio de indivíduos isolados ou associados. De outro lado, nestes cresceu a consciência de seus direitos e a necessidade de vê-los atendidos pela Administração Pública, também por meio de pressões nos órgãos públicos e da participação na tomada de decisões.

O clima de aproximação entre Estado e sociedade foi se acentuando no curso das últimas décadas, a ponto de surgir a denominação **Estado reflexivo**. Da ouvida dos indivíduos, isolados ou em grupo, emergiram as práticas de negociação, acordo, busca de consenso, mediação de conflitos, ponderação de vários interesses existentes numa situação. Alguns nomes dados ao Estado expressam tais práticas: **Estado negociador, Estado mediador, Estado incentivador, Estado cooperativo**.

Os vínculos mais estreitos entre público e privado, a atuação menos imperial da Administração, as práticas de negociação e a busca de consenso propiciaram intenso uso de técnicas contratuais

na ação administrativa, daí também qualificar-se o Estado como **Estado contratante**. A respeito, Jean-Pierre Gaudin, na obra supracitada, observa:

“preconiza-se uma nova ação pública, debatida e negociada, menos longe dos cidadãos. Negociação, parceria e mediação são, assim, palavras estreitamente associadas pelos atores de um número crescente de políticas públicas” (1999, p. 10).

O clima de aproximação entre Estado e sociedade foi se acentuando no curso das últimas décadas, a ponto de surgir a denominação Estado reflexivo.

É evidente que o ato administrativo continua a exercer papel de relevo na atividade da Administração. Mas os instrumentos contratuais hoje ocupam amplo espaço na doutrina e na prática, explicando o título apostado, ao seu livro, por Jean-Pierre Gaudin: *Governar por contrato*.

Aos contratos administrativos clássicos, somaram-se, na Administração contemporânea, novas figuras contratuais.

3 Os contratos administrativos clássicos

Os principais elementos da Teoria do Contrato Administrativo vieram do Direito francês nos primórdios do século XX. No entanto, a ideia de um vínculo contratual de que o Estado/Administração fosse parte suscitou dúvidas e resistências na época. Renomados autores de então opunham-se a cogitar um contrato administrativo. Dentre outros argumentos, afirmava-se que somente do ato administrativo poderiam nascer as relações entre Administração e particulares.

Tal resistência diluiu-se com o tempo. A Teoria dos Contratos Administrativos, de origem francesa, passou a fundamentar, em essência, os contratos administrativos clássicos nos ordenamentos ocidentais não integrantes do sistema do *common law*: contratos de obras, prestação de serviços, compras e concessões de serviço público. Nessa concepção, sobrepõem-se as chamadas **cláusulas exorbitantes** (que na Lei nº 8.666/1999 – Licitações e Contratos – recebem o nome de **prerrogativas**), assim denominadas por se afastarem dos preceitos então vigentes para os contratos entre particulares, expressando uma relação jurídica desigual, em favor da Administração.

4 Novas figuras contratuais

No quadro de atenuação do caráter unilateral e impositivo do agir administrativo, no pano de fundo da efetivação da democracia no exercício do poder, na esteira da busca do diálogo, do consenso, da negociação, do acordo, da mediação, emergiram **técnicas contratuais**, também denominadas **consensuais** ou **convencionais**, cujas características fogem dos elementos essenciais dos contratos administrativos clássicos. Disseminaram-se acordos entre Administração e grupos ou entidades representativas de interesses; entre Administração e particulares em geral; entre setores da Administração; entre entidades componentes de um Estado Federal. De seu lado, alguns contratos clássicos sofreram mudanças para expressar a nova realidade de parcerias entre o setor público e o setor privado.

Até a década de 1990, grande parte dos exemplos de novas figuras contratuais vinha do ordenamento francês, os quais foram usados com muita frequência nos acordos entre Administração Pública e empresas privadas com o objetivo de executar projetos econômicos. É o caso dos chamados **contratos de programa**, pelos quais empresas ficam liberadas de limitação de preços,

desde que seus programas de produção e investimentos e sua política de empregos tenham conformidade com as metas do projeto. Os **contratos de plano**, por sua vez, firmam-se entre Administração central e coletividades públicas locais com o fim de compatibilizar a atuação destas aos planos nacionais.

A expansão dessas figuras foi de tal monta a partir de 1990, quando, além da expressão **governar por contrato**, surgiram outras, por exemplo: **Administração pactualista**, **Direito Administrativo cooperativo**, **contratualização das políticas públicas**.

Muitas dúvidas surgiram, e ainda existem, ao se cogitar do tratamento jurídico desse modo de atuar, em especial no tocante ao enquadramento das novas figuras na categoria clássica dos contratos administrativos. Há corrente que nega a natureza de contrato a tais módulos, sobretudo por lhes faltar uma aventada contraposição de interesses, que seria, nessa visão, a essencial característica dos contratos.

A partir de 1990, além da expressão governar por contrato, surgiram outras: **Administração pactualista**, **Direito Administrativo cooperativo**, **contratualização das políticas públicas**.

No entanto, se for situado nas **obrigações recíprocas** o elemento fundamental dos contratos, as novas figuras, sem dúvida, poderão ser vistas como tipos contratuais, com regime jurídico público (de regra), embora diferente, em muitos pontos, do regime aplicado aos contratos administrativos clássicos. A título de exemplo, pode-se mencionar o tratamento dado aos consórcios públicos no

ordenamento brasileiro, atribuindo-lhes natureza contratual, embora ausente a contraposição de interesses; os consórcios envolvem a realização de atividades de interesse comum de dois ou mais entes federativos, inexistindo, assim, interesses contrapostos.

4.1 Novas figuras contratuais no Direito estrangeiro

Exemplos dos novos tipos contratuais podem ser encontrados em ordenamentos estrangeiros.

No **Direito francês**, Jean-Bernard Auby menciona grandes mudanças incidentes sobre a teoria dos contratos, perturbada também na sua tipologia pela descentralização e pelo direito comunitário (2001, p. 918). De seu lado, Gaudin refere-se à nova ação pública, debatida e negociada, menos longe dos cidadãos, e à multiplicação de acordos, pactos, contratos, realizando a cooperação entre mundos múltiplos; tais instrumentos estão em todos os campos, podendo ser denominados contratos de ação pública (1999, p. 10). Além dos exemplos indicados *supra*, outros tipos firmam-se no ordenamento francês, por exemplo: a) **contratos de cidade**, entre Estado e Comunas (Municípios); b) **contratos de país**, entre Estado e sindicato de Comunas, para ajudá-las a realizar operações de ordenação rural e para criar zonas industriais ou artesanais; c) **contratos de prevenção de delinquência**, celebrado com associações.

Na **Itália**, Lei editada em 1990 instituiu os **acordos de programa**, celebrados por entes da Administração Pública, envolvendo, sobretudo, Administração central, entes locais, regiões e qualquer outro ente público relacionado à questão; tem por objetivo coordenar a atuação de vários entes públicos para a realização de obras ou serviços. Outros exemplos de ajustes com feição nova: **acordo substitutivo de ato**, entre Administração e particular; **acordo procedimental**, entre Administração e um interessado.

Também na Itália, já se menciona o chamado contrato de **global service**, em que o contratado assume, como responsabilidade pelos resultados, uma variedade de serviços; o que antes era realizado por vários contratantes efetua-se por um só contratado; a doutrina invoca a vantagem econômica de agregação de diversos serviços e a facilidade propiciada pela existência de um só interlocutor.

Um dos elementos constantes da Lei é o chamado contrato de rateio, por meio do qual os entes federativos consorciados alocam recursos ao consórcio que integram.

4.2 Novos tipos contratuais no Direito brasileiro

No Brasil, a Lei nº 11.107, de 6/4/2005, fixou a disciplina jurídica dos **consórcios públicos**, de maneira analítica, e trouxe alguns preceitos sobre os **convênios**, sendo regulamentada pelo Decreto nº 6.017, de 17/1/2007. Reitere-se a observação de que a referida Lei atribui natureza contratual aos consórcios. Um dos elementos constantes da Lei é o chamado **contrato de rateio**, por meio do qual os entes federativos consorciados alocam recursos ao consórcio que integram.

De seu lado, a Lei nº 11.079, de 30/12/2004, instituiu a **parceria público-privada** e criou, para tanto, dois novos tipos de concessão: a **concessão patrocinada** e a **concessão administrativa**, contratos esses que fogem à caracterização clássica da concessão de serviço público.

Vêm-se expandindo os **contratos de gestão**, dentre os quais se exemplificam os seguintes: a) na esfera federal, entre o Ministério Supervisor, de um lado, e agências reguladoras ou autar-

quias e fundações qualificadas como executivas, de outro; b) na esfera federal, entre poder público federal e entidade qualificada como organização social, nos termos da Lei nº 9.637/1998.

Na formação de vínculo de cooperação entre o Poder Público e entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), pode ser celebrado **termo de parceria**, ajuste aventado na Lei nº 9.790/1999.

Por sua vez, a Lei nº 8.884/1994 – Defesa da Concorrência – menciona o **compromisso de cessação de prática sob investigação**, no art. 53, e o **compromisso de desempenho**, no art. 58; de regra, tais ajustes implicam, por parte da Administração, a sustação de investigações ou processos administrativos e, quanto ao particular, a alteração de condutas até então praticadas.

5 Conclusão

O panorama apresentado acima permite vislumbrar um novo tratamento para os ajustes celebrados pela Administração Pública, seja envolvendo diferentes órgãos ou entes públicos seja envolvendo órgãos ou entes públicos, de um lado, e sujeitos privados, de outro.

Revelam, sem dúvida, mudanças nas formas de atuação da Administração Pública, a qual se utiliza hoje, em grande escala, de mecanismos contratuais ou convencionais, trazendo desafios aos estudiosos, aos legisladores e ao Poder Judiciário na solução de várias questões suscitadas pelas novas figuras, pois estas poucas vezes se enquadram exatamente nas concepções e na disciplina formuladas para os contratos administrativos clássicos.

Mostra-se oportuno ressaltar a consideração de Jean-Pierre Gaudin, na obra supracitada:

“No pano de fundo da dimensão operacional desta nova governabilidade, se delineia um objetivo reativado de participação. Pela clássica consulta pública [aqui o autor se refere ao Direito francês, onde há muito já se obrigava a Administração a realizar consulta pública antes de atuar em determinados setores], ou melhor, pela realização do debate e pela implicação direta dos cidadãos na definição de certos projetos, é a intensificação de democracia que parece se pretender. Eis, com efeito, o horizonte comum a vários mecanismos de parceria atuais, desde os contratos de desenvolvimento social até as comissões de debate público” (1999, p. 13). ■

Bibliografia

AUBY, Jean-Bernard. La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif. In: *L'actualité juridique – Droit Administratif*, nov. 2001.

GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat*. Paris: Presses de Saenus Po, 1999.

RIVERO, Jean. *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965.