

RAFAEL ROQUE GAROFANO

CONTRATUALIDADE ADMINISTRATIVA

Abrangência e complexidade do fenômeno
contratual da Administração Pública

Editora Lumen Juris
Rio de Janeiro
2015

Copyright © 2015 by Rafael Roque Garofano

Categoria: Direito Administrativo

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

G237c Garofano, Rafael Roque.

Contratualidade administrativa : abrangência e complexidade do fenômeno
contratual da administração pública / Rafael Roque Garofano. - Rio de Janeiro
: Lumen Juris, 2015.

411 p. ; 23 cm.

Bibliografia: p. 371-397.

ISBN 978-85-8440-400-1

1. Contratos administrativos – Brasil. 2. Administração pública – Brasil.
3. Direito administrativo – Brasil. I. Título.

CDD – 342.8106

Sumário

Prefácio.....	1
Introdução.....	3
Capítulo I – A Construção da Teoria do Contrato Administrativo	13
1.1. A origem da moderna concepção de contrato	14
1.2. O Direito Administrativo e a aversão inicial ao contrato	20
1.3. A origem do Contrato Administrativo na França	29
1.4. Critérios para identificação da natureza “administrativa” do contrato	37
1.5. O regime jurídico do contrato administrativo	45
1.6. A teoria do contrato administrativo no Direito Brasileiro	52
1.7. O papel do Consenso na teoria do contrato administrativo	66
Capítulo II – A Teoria Desafiada	77
2.1. Novos paradigmas do Direito Administrativo contemporâneo	78
2.1.1. Crise da legalidade estrita	79
2.1.2. Perda da exclusividade estatal na tutela do interesse público	84
2.1.3. A expansão da Democracia participativa	89
2.2. A emergência da consensualidade na atividade administrativa	96
2.3. A contratualização da ação administrativa e o sentido de “contratualidade”	11
Capítulo III – Manifestações da Contratualidade nos Diversos Campos de Atuação Estatal	121
3.1. Contratualidade na prestação de serviços e utilidades públicos	121
3.1.1. Contratos de Concessão	128
3.1.2. Parcerias Público-Privadas	138
3.1.3. Contratos de Gestão com Organizações Sociais	146
3.1.4. Outras modalidades de delegação	151
3.2. Contratualidade na cooperação federativa	153
3.3. Contratualidade na desburocratização e na busca pela eficiência administrativa	158

3.4. Contratualidade na função de fomento	160
3.4.1. Convênios, Termos de Colaboração e Termos de Fomento	162
3.4.2. Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público	169
3.4.3. Outras modalidades contratuais na função de fomento	172
3.5. Contratualidade na exploração de atividade econômica pelo Estado.....	175
3.5.1. Consórcios empresariais e Joint Ventures	179
3.5.2. O poder público como sócio minoritário	182
3.6. Contratualidade na execução indireta de obras e serviços de engenharia.....	185
3.7. Contratualidade em funções de típica autoridade estatal (o contrato como alternativa ao ato administrativo unilateral)	189
3.7.1. Breve relato da experiência estrangeira	191
3.7.2. O contrato como alternativa ao ato unilateral no Brasil	195
3.7.2.1. Contratos regulatórios no âmbito das Agências	196
3.7.2.1.1 Regulação negociada (a “reg-neg” do Direito norte-americano)	198
3.7.2.1.2. Contratos regulatórios	200
3.7.2.2. Contratos substitutivos de sanções	202
3.7.2.2.1. Termos de Ajustamento de Conduta (TAC)	203
3.7.2.2.2. Lei de Processo Administrativo Federal e do Estado de São Paulo	206
3.7.2.2.3. Acordos substitutivos de sanções nos serviços públicos regulados	208
3.7.2.2.4. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) no âmbito do CADE.....	211
3.7.2.2.5. Acordo de leniência no âmbito do CADE	214
3.7.2.2.6. Acordo em controle de concentrações.....	215
3.7.2.2.7. Termo de compromisso em processo sancionador da CVM.....	216
3.7.2.2.8. Suspensão de Processo Administrativo Disciplinar (SUSPAD)	217
3.7.2.2.9. Termo de Compromisso no âmbito da função de Controle	221
3.8. Contratualidade na resolução de litígios	223

Capítulo IV – Impactos da Administração Consensual na Teoria dos Contratos Administrativos.....	227
4.1. O aumento da complexidade ante o reconhecimento da multiplicidade de contratos	227
4.1.1. O caso dos contratos substitutivos ou integrativos de atos unilaterais	234
4.2. A insuficiência do regime estatutário	243
4.3. Tendência à relativização do regime de exorbitância.....	249
4.4. O esvaecimento da dualidade contrato administrativo X contrato privado da Administração.....	255
4.5. Necessidade de reformulação da teoria geral dos contratos administrativos	267
 Capítulo V – Delineamentos de uma nova Teoria Geral dos Contratos Administrativos no Panorama da Administração-Consensual	 275
5.1. O reconhecimento da ampla capacidade contratual da Administração	277
5.2. Das prerrogativas implícitas para o regime de modulação legal ou convencional	296
5.3. Discricionariedade administrativa X autonomia pública contratual	314
5.4. Limites à autonomia pública contratual: o mínimo de vínculo com o Direito público	326
5.4.1. Vínculo com a legalidade	327
5.4.2. Vínculo com a finalidade de interesse público	329
5.4.3. Vínculo com regras e formalidades de contratação	331
5.4.4. Procedimentalização das etapas da contratação	333
5.4.5. O controle pelos órgãos legitimados	342
5.5. Ainda existem os chamados contratos administrativos?	345
 Síntese Conclusiva	 359
 Bibliografia	 371

Capítulo III – Manifestações da Contratualidade nos Diversos Campos de Atuação Estatal

Uma completa noção de *contratualidade* só pode ser melhor extraída, a nosso ver, a partir de uma análise abrangente do Direito positivo e das orientações do sistema constitucional de cada país, onde encontram-se instrumentalizadas e autorizadas, explícita ou implicitamente, as posturas consensuais da Administração no desempenho eficiente e satisfatório de suas funções. Com este norte, o objetivo deste tópico será exemplificar – do modo mais abrangente possível, porém dentro dos limites do presente trabalho – a evolução e a ampliação da utilização da figura do contrato (em sua ampla acepção), tanto em setores em que o seu uso vem sendo experimentado desde longa data (serviços públicos, p.ex.), quanto em searas cuja utilidade do contrato é recente, como meio alternativo de manifestação da vontade estatal em lugar da atuação administrativa unilateral.

O objetivo será direcionado, portanto, à tentativa de demonstração – com foco no Direito brasileiro – de como o aumento do recurso aos instrumentos contratuais torna o estudo da teoria do contrato administrativo mais complexo diante dos novos tipos de ajustes consensuais celebrados pela Administração, de modo a possibilitar a criação do pano de fundo para a discussão – a ser feita na sequência – acerca da anunciada insuficiência da teoria do contrato administrativo (ainda prevalecente entre nós) em dar respostas efetivas e úteis aos desafios enfrentados pelo tema das contratações públicas na contemporaneidade.

3.1. Contratualidade na prestação de serviços e utilidades públicos

Não há como negar que o movimento de *contratualização* acima anunciado foi em grande medida favorecido e impulsionado – ou ainda, arrisca-se dizer, possibilitado – pela ocorrência de uma *crise* na noção de *serviço público* assistida nas duas últimas décadas do século XX, quando o desempenho das funções administrativas pelo Estado centralizado e detentor do monopólio da atividade de

provisão e proteção da sociedade sofreu um acentuado colapso³³⁰. É fato que, diante de uma grave crise fiscal e do excesso de burocratização – aliados ao acréscimo de demanda por direitos sociais –, o Poder Público deixou de ser eficiente nas atividades econômicas que se propôs a atuar, gerando como consequência uma profunda insatisfação na sociedade³³¹. A crise então instalada desencadeou um movimento inverso àquele verificado na chamada *primeira crise* do serviço público³³², havendo uma consequente *liberalização* de setores econômicos e um aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele haviam sido retiradas³³³.

A partir de então, assistiu-se a uma progressiva redução do número de atividades consideradas serviços públicos e o aumento do número de atividades consideradas *atividades privadas de relevância pública*, que antes eram serviços públicos de titularidade estatal. O conceito de *serviço público* foi em certa medida reduzido apenas às atividades que continuaram sendo de titularidade estatal, atribuindo-se o caráter de relevância pública às atividades que passaram à iniciativa privada, ou seja, atividades privadas de interesse público ou atividades econômicas de interesse geral³³⁴.

330 A dificuldade enfrentada pelo Estado-Providência em garantir os bens e serviços necessários ao pleno atendimento dos direitos sociais proclamados na Constituição tem origem no grave ciclo de endividamento estatal, incorrido justamente no intuito de financiar os programas sociais e garantir o fornecimento das condições mínimas de saúde, educação, moradia, segurança etc...

331 Esta situação é bem retratada nas palavras de Carlos María CÁRCOVA: “El Estado de Bienestar y su correlato jurídico institucional, el ESD, entró en un proceso de paulatina desaparición – ya se ha adelantado – a partir de la crisis del petróleo de mediados de los 70. Su lógica de funcionamiento se fue diluyendo, acosada por su propia inviabilidad... (...) un Estado que asume la obligación de dar satisfacción a todas las necesidades fundamentales de la población, es inviable. Ello así porque el Estado tiene una limitada capacidad de obtener recursos y las necesidades humanas son infinitas”. **Estado Social de Derecho y Radicalidad Democrática**. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (org). **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 102-105.

332 A primeira ocorreu em meados do século passado, quando houve um significativo aumento da intervenção do Estado sobre atividades econômicas privadas, que passou a exercer uma série de atividades econômicas, comerciais e industriais, sem correlação direta com o atendimento de necessidades coletivas (empresas públicas e sociedades de economia mista). ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e as suas crises**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 421-440.

333 MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Poder Público, serviço público: crise e conciliação**. RDE: Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 4:387-401, out/dez 2006.

334 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e as suas crises**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 421-440.

Sem pretender-se adentrar na intrincada discussão em torno do conceito jurídico atual de *serviço público*³³⁵, o fato é que ganhou força a ideia de que o Estado deve concentrar os seus esforços no desempenho de atividades essenciais e exclusivas, tais como: dirigir, vigiar, reprimir; deixando as demais serem realizadas pela iniciativa privada (com ou sem interesses econômicos). É isto, aliás, o que está por trás do conceito do *princípio da subsidiariedade*³³⁶, por meio do qual

335 Para um aprofundamento da matéria, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O serviço público e as suas crises**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007; SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. São Paulo, 2011, 309f. Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. De mais relevante, convém apenas situar o debate para destacar que a introdução da competição e a convivência de operadores econômicos privados na atividade de prestação de serviços públicos “liberalizados”, trouxeram consigo a necessidade de uma verdadeira revisão da teoria do serviço público tradicional, na medida em que muitos dos seus pressupostos – como a exclusividade estatal da prestação, a unicidade de regime jurídico e as prerrogativas estatais – são agora esvaziados diante da revisão do próprio conceito e abrangência de “serviço público” na atualidade. Do ponto de vista da revisão conceitual, vislumbra-se ao menos duas possibilidades de reformulação da noção de serviços públicos, a saber: (i) defender a redução da ideia de serviço público apenas às atividades que continuam sendo de titularidade estatal, e atribuir a designação de *public utilities* às atividades que passaram à iniciativa privada; ou (ii) considerar estas atividades recentemente liberalizadas uma espécie de serviço público impróprio, que não seriam da essência da Administração, e como tais são regidos principalmente pelo direito privado, ao contrário dos chamados serviços públicos administrativos, desempenhados em cumprimento de atos e finalidades conaturais ao Estado. Independentemente do conteúdo conceitual adotado, é certo que a revisão da noção de serviços públicos implica no enfrentamento de uma série de questões relacionadas à perda de sentido das dicotomias formuladas ao longo da teoria do serviço público tradicional, que agora necessitam ser reformuladas em vista da superação dos postulados sobre os quais se baseou o conceito inicial. O importante a ser reconhecido é que, independentemente da revisão conceitual, não houve uma transformação do conceito de serviço público intrinsecamente considerado, mas sim uma redução significativa do número de atividades capazes de nele se enquadrarem, com o respectivo aumento do número de atividades enquadradas no conceito de atividades privadas de relevância pública, antes consideradas serviços públicos titularizados pelo Estado. A nosso ver, para além do aspecto conceitual, os maiores desafios que se põem diante desta nova forma de se enxergar os serviços públicos dizem respeito ao quanto o Estado permanece obrigado a garantir a prestação, a isonomia, a continuidade e a universalização no âmbito dos serviços públicos em regime de competição, muitas vezes sujeitos a regimes jurídicos diferentes a reger a mesma atividade. Mas, em que pese tal discussão (a qual certamente renderia um novo trabalho), queremos aqui ressaltar apenas um único aspecto desta transformação: o reconhecimento de que o Estado e os particulares devem atuar conjuntamente no desempenho eficiente das tarefas públicas. Esta é a nota fundamental para compreender-se a noção de contratualidade aplicada ao âmbito dos serviços públicos no presente trabalho.

336 Este que, ao lado dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, transparência, eficiência e participação, consistem nos princípios gerais da atividade regulatória. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73. Marçal JUSTEN FILHO entende a subsidiariedade como o reconhecimento dos princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, “reservando-se ao Estado

o Estado assume a postura de “garantidor”³³⁷, daquele que gerencia a prestação dos serviços públicos, planeja, fiscaliza e fomenta a sua execução.

A partir desta concepção de Estado-subsidiário, retoma-se com novo vigor a fórmula consagrada da delegação e da colaboração dos particulares no desempenho das atividades de interesse público³³⁸. Assistiu-se a um processo de desestatizações, privatizações e *parcerias* com o setor privado, operando-se uma verdadeira “transformação nas concepções dominantes quanto ao papel do Estado”³³⁹. Esta mudança produziu como resultado uma atuação cada vez mais próxima entre Estado e sociedade, com a ampliação de *parcerias* (em sentido amplo) com o setor privado na busca pela satisfação das necessidades coletivas, fenômeno de inegável repercussão na forma de se conceber a antiga *dicotomia* entre o público e o privado na relação entre Estado e sociedade. Cite-se, a este respeito, o relato de Carlos Ari SUNDFELD:

“Nos cerca de 70 anos que se passaram entre o final da I Guerra Mundial e o início da Reforma do Estado vigorou a crença de que não só o interesse geral era preocupação do Estado, como devia ser alcançado preferencialmente pela ação da máquina pública: empresas, hospitais e universidades do próprio Estado deviam fazer os investimentos necessários e prestar os serviços públicos e sociais. Os particulares participariam como simples fornecedores de bens, serviços e capitais ao Estado, sem assumir maior responsabilidade quanto aos objetivos finais. Mas a orientação se inverteria a partir da década de 90 do século passado, com o início da Reforma do Estado, que diminuiu significativamente o tamanho deste, mas sem que se renunciasse à realização dos objetivos que

o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais”. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

337 Maria João ESTORNINHO destaca que “(...) no Estado Pós-Social, que parece querer assumir-se como “Estado-Garante”, a Administração Pública sob o lema “faire-faire”, torna-se essencialmente uma entidade gestora e assume tarefas de planeamento, fomento e controlo (“planende Verwaltung”)”. **A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública**. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 102.

338 O Estado passa da posição de provedor direto das necessidades coletivas (Estado-providência) para a posição de regulador da ordem econômica em determinados setores da economia (ao menos dos setores mais relevantes), mediante a transferência de atividades tipicamente públicas aos particulares.

339 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **As Agências Reguladoras**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, número 6 – maio/junho/julho de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20/10/2011.

até então vinham sendo buscados. A alternativa foi, então, recuperar ou criar mecanismos para a assunção de responsabilidades públicas por particulares, em substituição ao modelo anterior, de gestão estatal³⁴⁰.

Assim, no campo da prestação dos serviços públicos (e das utilidades públicas em geral³⁴¹), as novas manifestações da *contratualidade administrativa* assumiram papel de destaque na forma de atuação da Administração, como resultado da substituição da forma estatal burocrática “para outra mais democratizada, com prevalência da eficiência e indicadores objetivos e mensuráveis de gestão”³⁴². Nota-se uma evolução da Administração Pública burocrática para a Administração Pública gerencial, com o aumento da colaboração dos particulares no desempenho da função administrativa³⁴³. A cooperação entre setor público e iniciativa privada tornaram-se, nesse sentido, importantes instrumentos de promoção de uma maior participação do setor privado no desempenho eficiente das tarefas públicas.

No ambiente econômico, p.ex., o Estado viu-se obrigado a negociar os seus interesses com os interesses (também legítimos, diga-se) dos agentes econômicos privados, sabedor de que do seu esforço em obter a *colaboração* dos particulares poderia depender o sucesso do cumprimento satisfatório dos objetivos

340 SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p.18-19.

341 Na verdade, o que se quer aqui ressaltar é que, para fins de analisar o instituto da concessão, deve-se considerá-lo como instituto aplicável não apenas no âmbito dos serviços públicos, mas também em qualquer atividade em que seja permitida a delegação à iniciativa privada. Adotaremos aqui, pois, a mesma premissa utilizada por Vera MONTEIRO em sua tese de doutoramento na Universidade de São Paulo, segundo a qual: “o gênero ‘concessão’ não depende do conceito de serviço público e admite a delegação de atividade não privativa do Estado. Toda atividade estatal de interesse público é potencialmente delegável (serviço público, serviço econômico, serviço social e serviço administrativo). Eventual indelegabilidade decorre de vedação expressa da Constituição ou norma local, ou com relação a eventual núcleo de autoridade existentes para o exercício da atividade concedida”. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004**. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 162. Quer-se, com isso, incluir no campo das concessões a concessão de obras, de uso de bens públicos, e todas as demais modalidades a serem mencionadas mais à frente.

342 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, número 6 – maio/junho/julho de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20/10/2011.

343 Nesse aspecto, Odete MEDAUAR esclarece as ideias de fundo norteadoras da reforma administrativa promovida no Brasil pela Emenda Constitucional nº 19/98: “Administração a serviço do público; Administração eficiente, ágil, rápida, para atender adequadamente às necessidades da população”. **Direito Administrativo Moderno**, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

e metas de *política pública*³⁴⁴. A forma de buscar esta composição de interesses reclamou, portanto, uma forma de atuação menos impositiva e unilateral (o ato), para uma forma mais consensual e negociada (o contrato), onde o *resultado* pudesse ser mais importante do que os meios utilizados para atingi-lo.

Tal percepção levou Alexandre Santos de ARAGÃO a apontar a grande contribuição teórica trazida pela descentralização por colaboração: “*ultrapassada a separação entre Estado e sociedade, ambos tomaram consciência de que têm objetivos comuns que só poderão ser alcançados com sucesso se reunirem os seus meios e esforços*”³⁴⁵. A partir desta concepção, afastou-se a antiga ideia de que a tutela dos interesses da sociedade seria *exclusividade* do Estado, substituída pela atual constatação de que “*a sociedade organizada pode e em certos casos deve ter ação concorrente*”³⁴⁶.

O resultado prático desta evolução é a constatação de que o meio contratual entre o Poder Público e a iniciativa privada pode, para além de servir de instrumento para a gestão mais eficiente das tarefas atribuídas à Administração, servir como mecanismo potencialmente transformador da histórica relação de poder entre o Estado e os indivíduos – ou entre o Estado e os grupos de interesses –, a partir da máxima segundo a qual “*o contrato não se fundamenta necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas pode ter a sua base numa relação de cooperação*”³⁴⁷. Cria-se, assim, um ambiente propício para o nas-

344 CHEVALLIER ressalta que o “*fenômeno transborda o domínio econômico para se estender aos diferentes campos de intervenção pública: para assegurar as responsabilidades que lhe foram atribuídas, o ‘Estado regulador’ deve apoiar-se sobre os atores sociais – e as convenções virão oficializar essa cooperação*”. Segundo o autor: “*as autoridades locais são levadas a recorrer aos modos de ‘gestão delegada’ e às convenções de parceria – as associações tendo se tornado, tanto no domínio econômico como no social ou no cultural, um parceiro indispensável para assegurar a concretização das políticas locais*”. **A governança e o direito.** Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/>>. Acesso em: 17 set. 2013, p. 139.

345 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Descentralização Administrativa – sua evolução face às reformas à Constituição de 1988.** Tese aprovada por unanimidade no XXVI Congresso Nacional dos Procuradores do Estado – Goiás/2000, A & C, ano 3, nº 11, jan/fev/mar 2003, p. 139.

346 Tal constatação é feita partindo-se da premissa de que “*o interesse público é próprio do Estado, que deve perseguir e realizá-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo*”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 35-53, out./dez. 2003, p. 48.

347 A expressão é de autoria do Prof. Gérard Farjat, citado por Arnaldo WALD na obra **O direito de parceria e a nova Lei de concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 38”, nos seguintes termos: “*A mais recente doutrina reconhece que existe, nesses contratos, uma obrigação de cooperação, mais densa no seu conteúdo do que as de boa-fé e de lealdade (...). Como bem salienta o Prof. Gérard Farjat, da Universidade de Nice, trata-se de uma ideia moderna, que a doutrina invoca*

cimento de novos parâmetros, instrumentos e formas jurídicas para possibilitar a constituição de *parcerias*³⁴⁸ entre os setores público e privado na prestação de serviços e utilidades públicos, visando a promover o desenvolvimento da sociedade através da colaboração, da união de esforços e, principalmente, através da negociação quanto ao melhor e mais eficiente modo de fazê-lo³⁴⁹.

Para além de uma transformação restrita ao campo de análise da teoria geral do Direito, ou, mais especificamente, da teoria geral do Direito Administrativo, a maior proximidade entre o Poder Público e os particulares no desempenho das funções administrativas fez-se sentir já na legislação de inúmeros países, com a inclusão de novos tipos contratuais que denotam o espírito que deve nortear as novas espécies de pactos que surgem. No Direito Administrativo brasileiro não foi diferente. Há inúmeros exemplos de como a manifestação da *contratualidade* é capaz tanto de transformar os instrumentos mais clássicos de cometimento de atividades públicas aos particulares (o caso das concessões), quanto de criar um terreno fértil para o surgimento de novos instrumentos de delegação de serviços ou utilidades públicas à gestão e prestação da iniciativa privada. Afinal, conforme sintetiza PALMA, no Brasil “a *contratualização* foi (...) uma das principais técnicas de gestão da política de Reforma do Estado para

cada vez mais frequentemente e de acordo com a qual ‘o contrato não se fundamenta necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas pode ter a sua base numa relação de cooperação’. Essa obrigação não se limita a ocorrer no contrato de sociedade, dominado pela affectio societatis ou pelo jus fraternitatis, e no mandato dado no interesse comum das partes, mas vai ainda mais longe e se encontra em casos de colaboração contratual, como os referentes à subempreitada e à concessão exclusiva de venda”.

348 É precisamente este – o de parceria – o sentido de *contratualidade* nos serviços públicos que se pretende aqui ressaltar.

349 Tanto é assim que, em nosso direito positivo, até mesmo uma análise menos detida do ordenamento é capaz de revelar que as *parcerias* entre o setor público e os particulares encontram-se manifestadas em diversas searas da atuação estatal, e podem cumprir inúmeros objetivos, instrumentalizando-se por diversas maneiras. As principais formas de *parcerias* existentes no direito brasileiro foram sistematizadas por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em sua obra singular intitulada “*Parcerias na Administração Pública*”, onde são identificados os vários campos em que as *parcerias* podem se manifestar, como: (a) na delegação de serviços públicos; (b) na cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração (terceirização); (c) na desburocratização da Administração Pública, em vista do novo plano da Administração gerencial; e (d) na atividade de fomento à iniciativa privada de interesse público. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas. 2009, p. 22-23. Ver também: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Parcerias na Administração Pública.** In: FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (Orgs). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 233-307.

*promover a eficiência à máquina administrativa, responsável por impulsionar a regulamentação de contratos com entes de colaboração do Poder Público*³⁵⁰.

Entre nós, são exemplos mais expressivos desta nova *contratualidade* aplicada ao campo dos serviços públicos – e de outras utilidades públicas passíveis de delegação –, basicamente: (i) as diversas configurações das concessões; (ii) as parcerias público-privadas, em suas modalidades administrativa e patrocinada; (iii) os convênios e os consórcios públicos para desenvolvimento de atividades ou gestão de serviços de interesse comum entre entes federados; (iv) os contratos de programa; (v) os contratos de gestão com Organizações Sociais (OS); entre outras modalidades mais recentes ou menos usuais. Todos esses tipos contratuais, por certo, oferecem uma visão abrangente do significado de *contratualidade* administrativa aqui trabalhado, razão pela merecerão um estudo mais detido nas linhas seguintes.

3.1.1. Contratos de Concessão

É certo que a manifestação mais evidente da *contratualidade* no campo do provimento das utilidades públicas revela-se na multiplicação dos instrumentos contratuais e na possibilidade de conjugação de instrumentos, com a criação de contratos atípicos (sobre o tema, ver tópico 5.1). Porém até mesmo os mais clássicos modelos *contratualizados* de delegação de serviços ou utilidades públicas, como o típico *contrato de concessão*³⁵¹ (amplamente estudado e emoldurado pela jurisprudência francesa³⁵²), transformam-se, nesse processo, em parcerias dinâmicas desenvolvidas sob as mais diversas formas, tanto em razão dos objetivos

350 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2010, p. 85.

351 Como salienta Marçal JUSTEN FILHO, há notícias de que antecedentes do instituto da concessão ainda na antiguidade clássica romana (GIANNINI) e no Antigo Regime absolutista francês (Eduardo García de ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ), mais ligada à ideia de privilégio. Porém, a concepção de concessão de serviços públicos aqui adotada afasta-se da noção de privilégio para incluir apenas a noção cunhada ao longo do século XIX, já sob o regime do Estado de Direito, longamente debatido pela jurisprudência francesa que, ao longo das primeiras décadas do século XX, já adotava entendimento bastante uniforme no sentido de considerar inaplicável às concessões de serviços públicos as regras gerais do Direito Comum. Cf. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 50-51.

352 Embora não se possa afirmar que o instituto teria surgido na França, deve-se sublinhar que a concessão de serviço público recebeu relevantíssima teorização por parte da doutrina francesa a partir de decisões do Conselho de Estado, exercendo grande influência sobre a formulação jurídica do instituto no Brasil.

pretendidos quanto do contexto político e econômico nos quais encontram-se inseridas. É precisamente este alargamento da noção de *concessão* – com a passagem para uma visão contemporânea do instituto – que se pretende aqui ressaltar como expressão da *contratualidade administrativa*.

Em primeiro lugar, frise-se que o conceito de *concessão* aqui trabalhado não se reduz às concessões de *serviços públicos* (modalidade que, inegavelmente, mais atraiu a atenção da doutrina e jurisprudência durante o século XX), mas inclui também todas as demais modalidades de concessão que tenham por finalidade a delegação de atividades materiais de interesse coletivo a um particular por longo prazo, envolvendo a realização de grandes investimentos e a necessidade de amortização de tais investimentos ao longo do tempo. Esta nota é relevante para demonstrar, mais adiante, como o instituto da *concessão* – e, conseqüentemente, seu instrumento jurídico: o contrato – sofreu um expressivo aumento de complexidade se comparado aos modelos clássicos surgidos ainda em finais do século XIX, diante da multiplicidade de situações (atividades) em que pode ser aplicado na atualidade.

Embora houvesse quem sentenciasse que tudo o que havia para ser dito a respeito da concessão parecia já tê-lo sido³⁵³, não se duvida que o instituto apresenta-se, tanto do ponto de vista teórico quanto da sua aplicação prática, ainda bastante atual e prenhe de desafios. Tanto é assim que, em estudo recente sobre o tema, Marçal JUSTEN FILHO assinalou justamente a impossibilidade de se interpretar a concessão “*tal como se fosse a mesma figura adotada anteriormente*”, uma vez que as “*a alteração radical das concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas refletiu-se sobre o instituto da concessão*”, fazendo sentido se referir, portanto, a uma “*nova concessão para indicar os efeitos da constitucionalização e da democratização do Estado e do Direito brasileiros*”³⁵⁴.

O autor quer se referir justamente às transformações assistidas na estrutura e na forma de atuação do Estado nas últimas décadas, cuja postura passa agora a exigir a participação efetiva da chamada *sociedade civil* como forma de afirmação da superação das antigas concepções políticas baseadas na contraposição dos cidadãos ao Estado, assumindo este agora a função de “parceiro social”, ou melhor,

353 Como lembra Marçal JUSTEN FILHO, a expressão é de Georges VEDEL, em 1978, especificamente em relação às concessões de serviços públicos. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 51.

354 JUSTEN FILHO, Marçal. *As diversas configurações da concessão de serviço público*. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-135, jan./mar. 2003.

de tutor dos particulares sem que estes (particulares) sejam privados da colaboração na gestão política. Para o autor, a República significa a instrumentalidade do Estado para realização de fins coletivos e individuais, com o absoluto predomínio da dignidade da pessoa humana, sendo nesta medida que a concessão assume a importante função de instrumento de que “*dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da Sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana*”³⁵⁵.

Nesta perspectiva, assiste-se a uma *pluralidade de configurações* da concessão nos tempos recentes, que passa a englobar, muito além da delegação de serviços ou utilidades públicos mais usuais – concessão de serviço, de obra pública, de direito real de uso de bens públicos etc –, uma verdadeira comunhão de esforços para a superação de desafios em diversos campos em que a atividade estatal se mostra insuficiente (ou ineficiente)³⁵⁶. Isto inclui as mais recentes modalidades de concessão reconhecidas como de *nova geração*, como a concessão urbanística (positivada no Município de São Paulo pela Lei nº 14.917/09)³⁵⁷, a concessão florestal (disciplinada

355 JUSTEN FILHO, Marçal. *As diversas configurações da concessão de serviço público*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-135, jan./mar. 2003.

356 Para Floriano de Azevedo MARQUES NETO: “(...) O instituto da concessão, portanto, remete a um instrumento de delegação de cometimentos públicos, que compreende a concessão de serviços públicos, sem dúvida, mas é muito mais amplo do que esta modalidade. A concessão, na acepção aqui tratada (concessão-delegação), é o instituto jurídico pelo qual o poder público pactua transferir a um particular um plexo de direitos (prerrogativas) e obrigações que lhes são originalmente atribuídas, não se despojando, porém, nem da obrigação concernente, nem das prerrogativas relacionadas com essa utilidade (bem, serviço, atividade) pública. Podem ser objeto de concessões, nesse sentido, utilidades muito mais amplas do que os chamados serviços públicos”. **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 227.

357 Quanto à figura da concessão urbanística, a sua novidade dificulta a tarefa de sua classificação como concessão de serviço ou concessão de uso de bem público, sendo mais adequado tratá-la como uma nova modalidade de concessão. Segundo Adilson DALLARI, a concessão urbanística “*não configura, exatamente, uma modalidade de concessão de obra pública, mas, sim, consiste num instituto específico do Direito Urbanístico, que, conforme foi salientado, vem ganhando corpo e autonomia, tendo, agora, após a edição da Lei 10.257, de 10.07.2001 (Estatuto da Cidade) um início de unidade normativa, apresentando institutos e princípios próprios*”. Cf. DALLARI, Adilson de Abreu. **Concessões urbanísticas**. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, n. 37. São Paulo: Malheiros, 2002. De modo semelhante conclui Mariana NOVIS: “*a concessão urbanística não equivale perfeitamente a uma concessão de serviço público, nem a uma concessão de obra pública e muito menos a alguma das duas subespécies de parceria público-privadas aventadas na lei competente, seja a concessão administrativa ou a patrocinada, nem mesmo exercendo o papel de uma possível releitura ou variação dos mesmos conceitos*”. Para a autora, a concessão urbanística pertence ao gênero concessão, mas possui um regime próprio que não se identifica plenamente com nenhuma das espécies de concessão previstas na legislação federal. Cf. NOVIS, Mariana. **O regime jurídico da concessão urbanística**, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 146. Vale mencionar que, no

pela Lei nº 11.284/06)³⁵⁸, a concessão relativa a hidrocarbonetos (disciplinada pela Lei n. 9.478/97); a concessão de uso especial para fins de moradia (prevista no Art. 4º, V, “h” da Lei nº 10.257/01 – Estatuto da Cidade); ou ainda as modalidades de concessão patrocinada e administrativa designadas como Parcerias Público-Privadas na Lei Federal nº 11.079/04; todas elas submetidas a um regime jurídico próprio e não necessariamente predador das mesmas prerrogativas públicas.

Além desta multiplicidade de configurações, as transformações do instituto da concessão revelam-se também no movimento – relativamente recente entre nós – de setorização dos serviços públicos, como resultado da maior complexidade e da abertura de muitos serviços públicos à competição³⁵⁹, bem como da concentração da regulação em agências reguladoras independentes³⁶⁰. Como

Município de São Paulo, o instituto foi positivado por meio da Lei nº 14.917/09, a qual define a concessão urbanística em seu Art. 2º como “o contrato administrativo por meio do qual o poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, delega a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de obras urbanísticas de interesse público, por conta e risco da empresa concessionária, de modo que o investimento desta seja remunerado e amortizado mediante a exploração dos imóveis resultantes destinados a usos privados nos termos do contrato de concessão, com base em prévio projeto urbanístico específico e em cumprimento de objetivos, diretrizes e prioridades da lei do plano diretor estratégico”.

358 O Art. 3º, VII desta Lei define a Concessão Florestal como a “delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

359 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural**. Revista de Direito Administrativo – RDA. São Paulo: Renovar, n. 223, jan./mar. 2001.

360 Como instrumentos fundamentais da redefinição da atuação estatal são criadas as chamadas Agências Reguladoras Independentes, resultado de um modelo regulatório fundado no princípio da subsidiariedade, priorizador da livre iniciativa, e cujo principal desafio consiste em disciplinar a atuação dos particulares a fim de emprestar maior efetividade e representatividade à pluralidade de interesses coexistentes no corpo social, mantendo o controle da atividade por meio do exercício da função de regulação. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73. O surgimento das Agências Reguladoras Independentes é assim sintetizado nas palavras de Alexandre Santos de ARAGÃO: “...o Estado, diante de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, verificou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados. A tecnologia jurídica até então predominante, com suas regulamentações genéricas para todos os setores sociais, começou a se transformar para enfrentar os novos desafios. Surgiram órgãos e entidades dotadas de independências frente ao aparelho central do Estado, com especialização técnica e autonomia normativa, capazes de direcionar as novas atividades sociais na senda do interesse público juridicamente definido”. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**, RTDP, vol. 36, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 88/113. As Agências Reguladoras Independentes surgem, assim, com o objetivo declarado de diminuir os entraves burocráticos da atuação estatal em setores estratégicos

distanciamento da atividade de regulação dos serviços públicos de uma direção puramente política, aproximando-a de uma direção mais técnica, com a consequente atenuação dos riscos políticos atrelados a estas espécies de contratos (este tema será melhor abordado à frente, quando cuidaremos da manifestação da *contratualidade* na atividade de regulação estatal – tópico 3.7.2.1.).

Em resumo, devido à impossibilidade de tentar produzir uma solução única para todas (e diferentes) espécies de concessões, como se fosse possível definir-se um conceito *único* e *padronizado* do instituto, aplicável a todas as manifestações concessórias presentes – ou não – nos regramentos jurídicos cada vez mais especializados, fica claro que o instituto da *concessão* não pode ficar reduzido a uma “*figura de perfil único*”. Apesar da tendência da doutrina nacional de buscar a simplificação e categorização dos institutos em grandes blocos, a complexidade e a diversidade do mundo real conduzem à necessidade de explorar todas as potencialidade do instituto da concessão, para reconhecê-la como meio juridicamente capaz de amoldar-se às circunstâncias e necessidades dos casos concretos e assim permitir o desempenho satisfatório das tarefas públicas com a participação colaborativa dos agentes privados³⁶².

Em termos de regime jurídico, a consequência direta desta nova orientação é o reconhecimento da impossibilidade de sustentar-se uma concepção teórica que pretenda considerar a aplicação de um único conjunto de regras padronizado para abarcar todas as modalidades de concessão de serviços ou outras utilidades públicas³⁶³. Ainda que os princípios gerais possam ser coincidentes

362 Para um estudo aprofundado do instituto da concessão e de suas inúmeras configurações e utilidades, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Tese apresentada ao concurso para provimento de cargo de professor titular. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

363 Confira-se, nesse sentido, a lição de Floriano de Azevedo MARQUES NETO: “São várias as modalidades de concessão previstas no direito positivo e tendo objeto distinto dos tais serviços públicos em sentido restritíssimo, cada qual sujeita a um regime jurídico próprio. (...) Dada a diversidade de objetos passíveis de serem concedidos, já se põe inviável imaginar um regime único e completo, aplicável a todas as espécies. Certo é que, tratando-se de um mesmo instituto, há traços comuns que servem para configurá-lo enquanto tal. Mas não se pode, por exemplo, adotar como necessário (ou único) o critério de remuneração ou a divisão de riscos própria à delegação de serviços públicos em sentido restritíssimo. E tanto assim é que o direito positivo contém várias leis disciplinando regimes específicos de concessão, os quais, embora tendo eixo comum os elementos configuradores do instituto, amoldam-no às especificidades da utilidade pública cuja implantação ou cuja oferta é delegada aos particulares. (...) E exatamente por essa pluralidade de objetos é que não parece fazer sentido nem a preconização de um único regime para todas as possíveis concessões, nem, muito menos, o critério de identificação da concessão com base na verificação dos caracteres de uma dada sua espécie”. **A concessão como instituto do Direito Administrativo**. Tese apresentada ao

(no Brasil, p. ex., a Lei nº 8.987/95 é considerada a Lei Geral das Concessões), a pluralidade de formas reclama também uma pluralidade de regimes jurídicos para cada modalidade de concessão, fenômeno que força o reconhecimento da transformação da figura simplificadora do tradicional *contrato de concessão* em um modo contratual dinâmico, marcado pela maior importância atribuída às regras negociais do que às chamadas “cláusulas regulamentares” ou “cláusulas de serviço”, conforme preditava o seu tratamento clássico nas obras dos teóricos franceses do início do século XX³⁶⁴.

Conforme relembra Vera Cristina Caspari MONTEIRO³⁶⁵, o regime tradicional da concessão de serviço público positivado no Brasil deriva da clássica teoria do contrato administrativo que reconhece ao Estado titular do serviço público ou do bem público concedido o poder de dispor livremente sobre as condições de prestação ou utilização, bem como de modificação das condições do ajuste sempre que o interesse público assim o demandar (prerrogativas públicas inerentes ao interesse público subjacente ao contrato de concessão). Nesse sentido, a autora cita a doutrina de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO para ressaltar a existência, também por aqui, das chamadas *cláusulas regulamentares*, tão destacadas pela doutrina francesa:

“Em suma: o Estado dispõe, com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a **parte regulamentar do serviço** e está peado no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual da concessão, que é o equilíbrio econômico-financeiro. **Faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modelo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários.** Em consequência, integram-no as disposições relativas à *organização*, ao *funcionamento* do serviço, ao *prazo* da concessão e às *tarifas* que serão cobradas; **esta é a parte mutável na concessão por ato exclusivo do Estado.** (...) O aspec-

concurso para provimento de cargo de professor titular. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013, p. 225-227.

364 Por todos, ver LAUBARDÈRE, André de; MODERNE, Frank e DEVOLVÈ Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 44 e 100.

365 MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 44.

to contratual da concessão é a equação econômico-financeira concertada. Daí ser imutável unilateralmente”³⁶⁶.

Porém, diferentemente de seu modelo formatado há um século, a nova configuração da *concessão* é marcada por uma progressiva abertura à maior permeabilidade ao *consenso* e aos *vínculos negociais*, em detrimento da noção rígida de “cláusulas regulamentares” que, apesar de definidas como “cláusulas”, são essencialmente destituídas de qualquer sentido consensual. Nesta direção, ao tratar especificamente sobre os módulos convencionais de concessão, Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA aponta a tendência de superação de um *modelo rígido* de prerrogativas do Poder Concedente, para um modelo mais *flexível* e adaptado às circunstâncias e necessidades de cada caso concreto:

“(...) no caso dos módulos convencionais de concessão, verifica-se uma tendência, em termos de política legislativa – ou também em termos de formulação teórica que a pretenda influenciar – de que **o regime legal do contrato passe a acolher uma maior flexibilidade na definição, pelas partes, das prerrogativas da Administração a incidir em cada caso**, diferentemente do modelo mais tradicional de concessão de serviço público (...)”³⁶⁷.

Significa dizer: enquanto na visão clássica os contratos de concessão incorporam em seu conteúdo cláusulas que refletem as normas constitutivas do *regulamento* da concessão, cuja natureza é claramente de ato objetivo legal ou regulamentar (não convencional ou consensual), restando pouca ou quase nenhuma margem efetivamente negocial para a constituição de direitos e obrigações entre as partes – reduzida à discussão das cláusulas econômico-financeiras ligadas à remuneração do particular –, as novas configurações do instituto da concessão tendem a abrir espaço ao diálogo e à negociação das condições do instrumento de delegação desde o momento anterior à celebração do próprio ajuste³⁶⁸, e também

366 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 692.

367 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro*. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 358.

368 Exemplos disso são os instrumentos de participação da sociedade civil nas concessões ainda na fase pré-contratual, como a consulta e audiência públicas; e também as recentes formas de participação na fase de formação da modelagem das contratações: os chamados Procedimentos de Manifestação de Interesse.

durante a sua execução³⁶⁹, com uma aparente atenuação da unilateralidade e da exorbitância próprias da teoria clássica dos contratos administrativos.

A pluralidade de formas e regimes que o instituto da concessão assume entre nós constitui, sem dúvida, a face mais aparente da expansão da *contratualidade* no campo do provimento dos serviços públicos e demais utilidades públicas passíveis de delegação, capaz de permitir uma maior abertura às inovações do tratamento e do relacionamento entre o Poder Concedente e o Concessionário, seja no campo das alternativas para remuneração do particular e amortização dos investimentos realizados nestas espécies de contratos (cláusulas econômicas), seja em termos de fixação das condições de prestação dos serviços e atribuição de direitos e obrigações às partes contratantes (cláusulas regulamentares).

Na medida em que os contratos de concessão, em geral, pressupõem ajustes complexos, de longa duração, envolvendo relevantes investimentos e conhecimentos específicos pelo particular, e vinculados a modelos de financiamento com elevado componente de risco, nada mais natural do que permitir uma atuação mais próxima do particular desde a fase de definição do objeto a ser executado e das alternativas de financiamento que tornem o negócio viável, até a divisão de riscos que deverá orientar o equilíbrio entre encargos assumidos e remuneração devida ao longo do contrato, com a consequente atenuação da unilateralidade e autoridade típicas das concessões de serviços públicos da era moderna.

A redução da imperatividade pode ser notada até mesmo na atual Lei Geral das Concessões (Lei nº 8.987/95), quando, p. ex., em seu Art. 38, §3º, condiciona a abertura do processo administrativo de apuração de inadimplência prévio à declaração de caducidade à comunicação dos descumprimentos contratuais à concessionária, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas; ou quando condiciona a encampação à prévia autorização legislativa

369 Tais como a revisão periódica das condições da concessão; a repartição de riscos nas concessões (ver, sobre este tema, o irretocável trabalho de Marcos Augusto PEREZ. **O risco no contrato de concessão de serviços públicos**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005); o compartilhamento de ganhos econômicos; a remuneração variável; a mediação e a arbitragem. Outro exemplo é oferecido na obra de ARAGÃO: “É sob esta perspectiva que, por exemplo, nada impede, ao revés, pode até aconselhar, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade do poder concedente, que, ao invés de impor coercitivamente a realização de investimentos com os quais a concessionária se havia comprometido no contrato de concessão, adote, **em consenso** com a concessionária, um novo plano de investimentos, mais adequado à realidade atual”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Consensualidade no Direito Administrativo: Acordos Regulatórios e Contratos Administrativos**. Boletim de Licitações e Contratos (BLC), set. 2006, a. XIX, n. 9, pp. 827-840.

(Art. 37). Ainda sobre o estatuto geral das Concessões, há entre nós quem defenda – não sem um profundo embasamento teórico –, uma interpretação mais equilibrada do Art. 2º, II da Lei nº 8.987/95 sobre o verdadeiro sentido da expressão “por sua conta e risco”, atribuindo-lhe o sentido renovado segundo o qual, na verdade, a Lei “*não transfere normativamente todos os riscos da concessão ao concessionário, mas tão somente aqueles que o negócio (o contrato), em função de suas condicionantes econômico-financeiras, estabelecer*”³⁷⁰.

Ora, tal interpretação nada mais faz do que afirmar a importância das cláusulas contratuais para a formatação dos direitos e obrigações assumidos pelas partes no âmbito do contrato de concessão, atribuindo maior força às normas convencionais do que à interpretação redutora da consensualidade ainda prevalecente. É com esse mesmo sentido, aliás, que Vera MONTEIRO defende a possibilidade de aplicação “emprestada” dos dispositivos inovadores da Lei de PPP (Lei n. 11.079/04) no âmbito das concessões comuns³⁷¹, mormente porque a própria Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95) já carrega consigo o espírito de *parceria* – que viria a ser consagrado anos depois com a Lei de PPPs. Como salienta Carlos Ari SUNDFELD ao comentar a referida Lei Federal:

“Trata-se, inegavelmente, de uma lei de parceria, em sentido amplo. E isso não só por disciplinar um arranjo clássico que faz sentido lógico chamar de ‘parceria’ como, também – e especialmente –, por haver sido concebida sob o impacto das ideias e soluções que internacionalmente foram associadas à expressão ‘PPP’. Mas não é só. A farta legislação setorial, em áreas vitais como telecomunicações, energia, petróleo e gás, portos, ferrovias, etc., que foi surgindo depois que a Lei de Portos (n. 8.630/1993) iniciou a tendência, também está totalmente embebida dessas ideias e soluções”³⁷².

Desse modo, longe de se resumirem a simples opções de política, as cláusulas contratuais no âmbito das concessões devem traduzir o espírito de colaboração dos agentes (públicos e privados) com o sentido de conjugação de esforços para o atingimento de um resultado de interesse comum: a prestação eficiente e satisfa-

370 PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 143.

371 MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 188.

372 SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 19.

tória do serviço ou da utilidade pública aos usuários, na maior expressão do espírito de *parceria* que marca a transição do Estado autoritário e impositivo para o Estado consensual aqui ressaltado³⁷³. Apesar de os contratos de concessão ainda constituírem uma das espécies de contratos administrativos mais sujeita ao uso de prerrogativas públicas – devido à necessidade de satisfação dos sempre cambiantes interesses públicos –, não há como deixar de reconhecer, a partir das novas configurações do instituto aqui estudadas, a maior abertura destes ajustes ao consenso, à bilateralidade e à multiplicidade de regimes jurídicos, características novas que transformam as clássicas concessões em instrumentos contemporâneos de delegação de atividades de relevância pública aos particulares, melhor adaptados aos desafios impostos pela complexidade e dinamicidade da sociedade atual.

A completa compreensão das transformações do instituto da concessão, contudo, só podem ser melhor evidenciadas, a nosso ver, a partir da análise de duas novas modalidades surgidas com o propósito declarado de oferecer respostas mais incisivas e claras em relação às mudanças acima anunciadas: as concessões patrocinada e administrativa trazidas pela Lei nº 11.079/04, denominadas em nosso ordenamento de Parcerias Público-Privadas (PPPs), as quais representam, para alguns, verdadeira atualização do regime jurídico das concessões no Direito brasileiro³⁷⁴. O estudo dessas novas modalidades concessórias servirá para demonstrar, complementarmente ao que até aqui foi dito, como a maior abertura ao consenso e à produção contratual das regras da concessão é capaz de subverter a lógica imperativa e unilateral do instituto até então predominante entre nós.

3.1.2. Parcerias Público-Privadas

Todas as notas feitas no tópico precedente servem de pano de fundo para o que se vai analisar neste momento. Isto porque boa parte das tendências percebidas

373 Este caráter de parceria nas concessões é enfatizado na obra de Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA: *"Sem que se perca o sentido de inerência ao Estado do objeto contratual, em muitos casos de concessão, a Administração busca na outra parte contratual uma atuação com sentido reforçado de parceria. Ainda que a ideia de parceria, em um sentido amplo, possa mais remeter ao grupo que se intitulou módulos convencionais de cooperação, dada a conjugação de esforços para a consecução de fim comum, até mesmo o legislador (não apenas no Brasil) tem se valido desta expressão para reforçar a dimensão de parceria em certos casos de concessão"*. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 358.

374 Nesse sentido, ver: MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004**. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 186.

das com timidez nas concessões “comuns” de serviços públicos e nas concessões ditas de “nova geração” acima tratadas, como resultado da mudança da forma de atuar do Estado contemporâneo, foram em certa medida contempladas e positivadas no estatuto das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/04), de modo complementar e atualizado em relação a tudo o que existia até então em termos de normatização das concessões no Brasil. Tanto é assim que, justamente por reconhecer na Lei de PPPs uma atualização importante das contratações públicas, não falta quem afirme até mesmo a permeabilidade entre as suas regras e as demais espécies de contratos de administrativos que cumpram a mesma função³⁷⁵.

Consoante relato de SUNDFELD, o tema das Parcerias Público-Privadas “surgiu com o programa de Reforma do Estado desenvolvido no Brasil a partir do início da década de 90”, e teve seu ápice “com a privatização de grandes empresas federais, a flexibilização de monopólios de serviços públicos e o estímulo ao Terceiro Setor”³⁷⁶. Ao analisar o momento histórico da incursão das PPPs no Brasil, COUTINHO nota a semelhança de nossa trajetória de reforma do Estado em comparação com o Reino Unido nas décadas de 80 e 90:

375 Para Vera MONTEIRO: “(...) ao tratar das espécies de concessão patrocinada e administrativa, a Lei nº 11.079/04 positivou novos mecanismos que podem ser aplicados a outras espécies de concessão, haja vista a função comum presente no gênero ‘concessão’. É possível. Portanto, que as regras da referida lei sejam associadas a quaisquer outros contratos administrativos que cumpram a mesma função (de viabilizar investimentos privados na disponibilização de bens e serviços à sociedade), seja qual for a sua específica lei de regência. (...) Trata-se do reconhecimento de verdadeira permeabilidade entre as espécies de concessão a partir do pressuposto de que são instrumentos que desempenham a mesma função”. MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004**. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 187-188. No mesmo sentido, Mario Engler PINTO JUNIOR afirma que: “(...) muitas disposições da Lei das PPPs são perfeitamente compatíveis com a concessão comum e não haveria nenhuma razão lógica para afastar a sua aplicação. A título ilustrativo, pode-se citar as normas relativas ao contrato de parceria público-privada previstas no art. 5º, quais sejam: (i) penalidades aplicáveis às partes público e privada; (ii) repartição de riscos; (iii) formas de remuneração variável; (iv) mecanismos para preservação da atualidade da prestação dos serviços; (v) critérios objetivos de avaliação de desempenho do concessionário; (vi) compartilhamento de ganhos econômicos do parceiro privado pela redução do risco de crédito; (viii) transferência do controle acionário da sociedade de propósito específico para os financiadores do projeto (step in rights) e legitimidade para recebimento direto de indenizações pela extinção antecipada da concessão. O mesmo se diga em relação à prestação de garantia prevista no art. 8º, para obrigações de conteúdo econômico assumidas pela parte pública, ainda que não sob a forma de complementação tarifária”. **Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais**. In: Revista de Direito Público da Economia, vol. 13, Belo Horizonte, Fórum, jan-mar 2006, pp. 175-198.

376 SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 16.

“O contexto mais amplo no qual florescem as PPPs é dado pela transformação dos governos e pelas cambiantes relações entre o Estado e o setor privado (...). No Reino Unido, (...) adotadas em paralelo às privatizações e terceirizações e em meio à hegemonia do paradigma do *new public management*, as PPPs são produto da ideologia, retórica e da prática segundo a qual o Governo, em todos os níveis, passou a ver no setor privado um parceiro imprescindível e a ser atraído”³⁷⁷.

Em meio a este cenário, a Lei das PPPs (Lei Federal nº 11.079/04) foi introduzida, entre nós, basicamente com três grandes propósitos principais: (i) sacramentar a possibilidade de realização de pagamentos de subsídios pela Administração Pública aos concessionários de serviços públicos (o que, apesar de já estar previsto no Art. 17 da Lei nº 8.987/95, era visto como hipótese excepcional e dependente de lei); (ii) viabilizar o oferecimento de garantia do adimplemento da obrigação pecuniária assumida pelo Poder Concedente nessas novas modalidades; e (iii) ampliar o leque de serviços sujeitos à concessão à iniciativa privada, permitindo a aplicação da lógica contratual da concessão para outros objetos, inclusive serviços administrativos em geral (concessão administrativa).

Para atingir tais desideratos, a nova lei criou duas novas modalidades de concessão no ordenamento jurídico brasileiro: a concessão patrocinada, descrita pelo §1º do Art. 2º como “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”; e a concessão administrativa, definida como “o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de

377 COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias Público-Privadas: Relatos de algumas experiências internacionais**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-Privadas**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 50. No mesmo sentido, ver Mauricio Portugal RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO: “O processo de desestatização brasileiro foi, certamente, um dos mais amplos havidos nos últimos 20 anos, podendo possivelmente ser comparado ao que ocorreu na Inglaterra na era Thatcher. Privatizou-se ou foram celebradas outras formas de relação de longo prazo entre Poder Público e iniciativa privada (concessões, permissões, autorizações etc) em setores como o petróleo, gás, água e saneamento, transportes etc. A despeito dos embates ideológicos sobre as desestatizações e da adoção recente, por governos e governantes com origem em movimentos de esquerda, das parcerias público-privadas (PPPs) como instrumento para cooperação da iniciativa privada na realização de investimentos de interesse público, é forçoso admitir que as PPPs, nos seus diversos desenhos, sofisticam e aperfeiçoam os processos de desestatização, em busca de estender o alcance das externalidades positivas que tais processos podem gerar, quando adequadamente implementados”. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 16.

obra ou de fornecimento e instalação de bens” (Art. 2º, §2º), sem eliminar, por certo, a concessão “comum” regida pela Lei nº 8.987/95 (Art. 2º, §3º).

Em termos de regime jurídico, a Lei representou a criação de um novo estatuto para disciplinar, especificamente, estas duas novas modalidades de concessão, tratando de incorporar ao arcabouço já conhecido das concessões inúmeras inovações e aperfeiçoamentos inspirados tanto no Direito Comparado (especialmente nos modelos de PFI - *Private Finance Initiative* britânicos), quanto da experiência nacional acumulada no âmbito dos serviços públicos regulados (Agências Reguladoras Independentes)³⁷⁸.

Para os fins aqui visados, é relevante destacar, em breves linhas, as principais inovações trazidas pelo regime jurídico próprio da Lei de PPPs que representam uma significativa redução da imperatividade e da unilateralidade típicas dos contratos administrativos clássicos (o que pode ser percebido em diversos momentos da Lei nº 11.079/04). Assim ocorre, por exemplo, quando a Lei de PPPs expressamente estabelece, como diretriz na contratação das Parcerias Público-Privadas, o dever de observar a transparência dos procedimentos e das decisões (art. 4º, inc. V) e a obrigatoriedade do contrato prever as penalidades aplicáveis à Administração Pública em caso de inadimplemento de suas obrigações contratuais, bem como os fatos que a caracterizam e as garantias a serem dadas ao parceiro privado (art. 5º, incs II e VI).

Porém, quatro notas características do regime jurídico das PPPs apresentam-se, a nosso ver, como as mais relevantes em termos de evolução do instituto das concessões no Brasil, capazes de expressar de maneira mais evidente o espírito de colaboração entre a Administração e o particular, e dando razão ao vocábulo “parceria”. São elas: (a) a possibilidade de alocações de riscos mais adequadas ao princípio da eficiência (Art. 5º, III)³⁷⁹; (b) o compartilhamento de ganhos entre o setor público e o setor privado (Art. 5º, IX); (c) a possibilidade de prestação de garantias pelo Poder Público em favor do Parceiro Privado (Art. 8º); e (d) a

378 Cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal e PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos**, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 47.

379 Sobre o tema, Fernando Vernalha GUIMARÃES traz didática síntese, ao expor que “[d]iz-se que um contrato será eficiente quando cada parte arcar com os riscos que melhor condição tem de administrar. Busca-se atribuir os riscos, de acordo com a sua natureza, à parte apta a, a custos mais baixos, reduzir as chances de que os prejuízos subjacentes venham a se materializar, ou, não sendo isso possível, mitigar os prejuízos resultantes. Trata-se de associar certos riscos à parte que detém maior controle sobre sua gestão ou sobre as consequências de sua materialização”. **PPP – Parceria público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 296.

possibilidade de aplicação de penalidades à Administração Pública pelo descumprimento de obrigações contratuais assumidas, já citada (Art. 5º, II e VI).

Todo esse conjunto de inovações nos leva a concordar com Floriano de Azevedo MARQUES NETO quando ele observa o que realmente está por trás da nova lei de PPPs: “*uma mudança de paradigma no tratamento dos contratos administrativos*”, especialmente nos seguintes aspectos: (i) *autonomia da vontade*: pois o novo regime conferiu “*uma maior margem de liberdade para, em relação a cada objeto específico de parceria, ajustar o plexo de direitos e obrigações mais condizente com o interesse público (traduzido em maior eficiência e economicidade)*”; e (ii) *contrato como fonte de obrigações*: na medida em que, segundo o autor, é preciso “*reconhecer que o contrato de PPP poderá imputar à Administração obrigações que tradicionalmente não lhe são atribuídas no contrato administrativo, nem vem expressamente previstas na Lei Geral de Contratos (Lei nº 8.666/93)*”³⁸⁰.

A verdade é que a regulamentação das Parcerias Público-Privadas no Direito brasileiro trouxe como marca principal a incidência de um regime jurídico mais equilibrado entre as partes contratantes, em nítida *atenuação* da exorbitância própria dos contratos administrativos típicos (e também dos clássicos contratos de concessão de serviços públicos), a partir do reconhecimento de uma convergência de interesses e de objetivos manifestada sob o signo da *parceria*³⁸¹. Inegavelmente, a Lei de PPPs promoveu uma reflexão e uma reformulação importante acerca da teoria clássica do contrato administrativo, incluindo em seu corpo algumas das tendências mais atuais em matéria de contratações do Estado, e transferindo maior importância para as normas criadas a partir do acordo de vontades estabelecido entre as partes ao invés de sua imposição unilateral e autoritária pelo Poder Público. Trata-se, portanto, de uma expressão da *contratualidade administrativa* nos termos aqui aludidos, na medida em que possibilita a superação das “*fronteiras rígidas*” do Direito Administrativo oitocentista, para a incorporação de uma

380 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação*. In: SOUZA, Mariana Campos de (org.). *Parcerias Público-Privada: aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp. 53-85.

381 Como afirma Vera MONTEIRO: “*Ao positivar uma séria de mecanismos pré-contratuais e contratuais que garantem um ambiente de maior colaboração nas relações entre o poder concedente e os concessionários, tal lei deve ser entendida de modo mais amplo, como verdadeira atualização do modelo concessório no Brasil, não só porque incorpora novos vetores que conduzem a uma revisão da teoria clássica contratual, mas porque complementa a legislação sobre a concessão, confirmando que o gênero ‘concessão’ não se confunde com suas espécies*”. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei nº 11.079/2004*. Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo, 2009, p. 206.

“lógica da cooperação” própria do “novo Direito administrativo brasileiro”, segundo a feliz expressão de Egon Bockmann MOREIRA:

“não nos parece proveitoso simplesmente afirmar que as PPPs configuram ‘só mais uma concessão de serviços públicos’, ou uma ‘concessão com certos traços distintivos’. Esta é uma visão acanhada do tema frente ao novo direito administrativo brasileiro. A positivação de um gênero específico de licitações e contratações públicas administrativas deve trazer consigo não só a reflexão sobre alguns conceitos tradicionais (normativos ou doutrinários), mas também a necessidade de ser construída uma compreensão a ele adequada. Em suma: a legislação das PPPs não é apenas uma cunha normativa inserida nas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995. (...) O que mais ressalta é justamente o papel desempenhado pelos parceiros um em face do outro – visando ao atingimento de objetivos que, simultaneamente, beneficiem o interesse público e o privado. Ambos os contratantes submetem-se a um regime diferenciado, porque ele caracteriza a alternativa exata para o atingimento do interesse público posto em jogo. (...) Por isso é comum na doutrina a referência às PPPs como um instrumento para a sucessão de uma ‘lógica da substituição’ (exclusão setorial entre o público e o privado, com fronteiras rígidas, relações de subordinação e antagonismos) por uma ‘lógica da cooperação’ (coabitação dos setores público e privado, com fronteiras difusas, relações de coordenação e mistura de propósitos)”³⁸².

A partir das PPPs, portanto, ficou mais evidente o sentido das leis editadas posteriormente à Reforma do Estado, estruturadas em torno da compreensão do agente privado (contratado) como um sujeito ativo da complexa tarefa de prestação de serviços públicos e sociais, que devem atuar ao lado da Administração desde a modelagem da melhor forma de execução do objeto contratual até a sua completa execução. Ao conferir maior autonomia à definição das regras contratuais, inclusive em termos de responsabilidades, riscos e do próprio objeto (posto que o projeto pode ser desenvolvido pelos próprios interessados no contrato – o que, é verdade, já era possível na Lei nº 8.987/95, Art. 21), o regime

382 MOREIRA, Egon Bockmann. **A experiência das licitações para obras de infra-estrutura e a nova lei de Parcerias Público-Privadas**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p.112.

jurídico das Parcerias Público-Privadas no Brasil denota o reconhecimento da efetiva participação dos privados na construção da decisão administrativa.

É claro que esta nova forma de relacionamento contratual público-privada – mais participativa e dinâmica – agrega um componente de complexidade e de dificuldade na definição das “regras do jogo”, posto que entre os agentes envolvidos na realização do objeto do Contrato de parceria haverá uma necessária etapa de diálogos e negociações acerca do conteúdo do ajuste³⁸³. Por outro lado, a ampliação da negociação e a maior importância conferida às normas contratuais do que aos regulamentos padronizados das concessões acarreta, como consequência, uma relevante atenuação das cláusulas exorbitantes nessas espécies de ajustes, na medida em que a própria lei dá preferência a um regime mais flexível, que comporta variações e adaptações a serem elaboradas nos contratos a partir das peculiaridades do caso concreto.

Ora, considerando que o tom dado pela Lei de PPPs é, nitidamente, o de ampliar as bases da negociação das cláusulas contratuais através da obtenção do consenso entre os parceiros (público e privado), forçoso reconhecer que, “*diversamente dos contratos disciplinados pelas Leis federais 8.666/1993 e 8.987/1995, as comumente denominadas cláusulas exorbitantes não estariam, a princípio, presentes de modo tão abundante nas PPPs*”³⁸⁴. Ademais, como muito bem observa Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA:

383 Sobre esta preocupação, confira-se a lição de Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA: “*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 se atingir – em sede contratual – a ótima regulamentação dos interesses em jogo, quais seja, os do parceiro público, do parceiro privado e da coletividade em geral*”. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, pp. 210-232, p. 213.

384 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Trimestral de Direito Público nº 48/2004, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 213. Segundo a reflexão do autor: “... na PPP, parceiro público e parceiro privado simultaneamente ocuparão a posição de credor e de devedor, cujos direitos e obrigações se submetem (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” (p.214).

“Num caso como estes, de figuras de concessão em que o concessionário atue assim mais proximamente da Administração concedente, participando tecnicamente da definição do projeto a ser executado, trazendo para o contrato o modelo de financiamento que tornará viável o negócio, partilhando ganhos econômicos e riscos decorrentes da atividade contratual, é natural que se mitiguem as prerrogativas de ação unilateral”³⁸⁵.

É precisamente nesta medida – de substituição da atuação unilateral pelo consenso, ou, como se preferir, do ato unilateral pelo contrato – que as PPPs encaixam-se no conceito aqui trabalhado de *contratualização administrativa*, caracterizada por uma série de traços identificados nestas modalidades novas de concessão, tais como: (i) o privilégio do diálogo entre o parceiro público e o privado; (ii) a maior margem de negociação das condições sobre as quais o contrato se desenvolverá, tanto na fase prévia à formatação do pacto quanto durante a sua execução; (iii) a transparência no processo de tomada de decisão administrativa (que deve ser melhor motivada em vista da colaboração dos parceiros privados); (iv) a maior abertura à divisão de riscos e responsabilidades mais equilibradas nos acordos visando à formatação de uma contratação mais justa para as partes; e, por fim, (v) a evidente redução da unilateralidade na imposição de cláusulas e condições contratuais por parte do Poder Público, particularidade que distancia, ao menos neste quesito, estes novos arranjos de parceria dos clássicos contratos administrativos tratados na primeira parte do trabalho³⁸⁶.

385 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Teoria do contrato administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no direito brasileiro**. São Paulo, 2010, 380f. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 359. Igual posicionamento pode ser extraído da obra de Floriano de Azevedo MARQUES NETO, que, em nota, salienta: “...marcando as peculiaridades dos contratos de concessão que importam parcerias público-privadas afirma que ‘subjaz à ideia de parceria que ambos os parceiros concorram para o arranjo mais apto a consagrar o interesse de ambos’ o que implica imutabilidade do ‘objeto (entendido como resultado, utilidade final) alvitrado pelo poder público’; e o modo de se alcançar o resultado há de se estabelecer não de modo unilateral, mas envolvendo-se o concessionário. Diz ainda: ‘A posição de prevalência, de autoridade, conferida à Administração no regime geral dos contratos administrativos não desaparece no regime das PPP, mas sofre mitigação’”. **Reajuste e revisão nas parcerias público-privadas: revisitando o risco nos contratos de delegação**. In: SOUZA, Mariana Campos de (org.). **Parcerias Público-Privadas: aspectos jurídicos relevantes**, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 68-69.

386 Nesse sentido, Gustavo Henrique Justino de OLIVEIRA assim conclui a respeito das PPPs: “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 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”. **Contrato de Gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 281.

Além de tudo, cabe ainda observar que a lógica das PPPs refletida na legislação federal supracitada resulta em mais uma consequência importante no sentido da atenuação da exorbitância do contrato administrativo. Trata-se do novo direcionamento que é dado ao sistema de fiscalização e controle da Administração nestas espécies de pactos. Isto porque, embora não se encontre tal diretriz em uma disposição legal específica, a conclusão se extrai dos próprios elementos conformadores das PPPs, especialmente diante da maior importância que é dada ao resultado do que aos meios (burocráticos) para atingi-lo, o que fica claro, p. ex., com a previsão de mecanismos de remuneração para estímulo à prestação do serviço adequado ou para incentivar a disponibilização deste de modo mais célere (deixando ao particular a responsabilidade pela elaboração do projeto básico); ou, então, quando a lei prevê a possibilidade de uma alocação mais eficiente dos riscos contratuais entre as partes.

Esta nova concepção sobre o regime contratual, fortemente presente na Lei de PPPs, traz como consequência alterações sensíveis no exercício das prerrogativas da Administração no que diz respeito à fiscalização e controle da execução do contrato, que podem agora ser concretizados por outro viés, sem que isso signifique mitigar ou abdicar do rigor que deve haver em relação à garantia da correta consecução do objeto. Trata-se de opção legislativa de privilegiar o controle por meio de instrumentos de estímulo e coibição, ao invés de uma fiscalização usual, amparada em análises de documentos e na requisição reiterada e excessiva de informações da contratada. A legislação de PPP, portanto, também aqui, procurou afastar-se dos instrumentos tradicionais de controle aplicados aos contratos administrativos clássicos.

3.1.3. Contratos de Gestão com Organizações Sociais

Ainda no campo dos serviços públicos (não exclusivos do Estado), é possível referir-se ao *contrato de gestão* disciplinado pela Lei Federal nº 9.637/98 como manifestação da contratualidade administrativa. De acordo com a definição do art. 5º da referida lei, o *contrato de gestão* consiste no “instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º”, que são: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde.