

GOVERNANÇA PÚBLICA, ESTADO CONTRATUAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL

SUMÁRIO: 1.1 Contextualização e premissas temáticas – 1.2 Governança pública: a busca pelo consenso no setor público a partir da negociação – 1.3 A negociação no Estado contemporâneo: o advento do Estado contratual – 1.4 Administração Pública e negociação – 1.5 Concertação administrativa – 1.6 Administração Pública e consensualismo administrativo – 1.7 Administração Pública consensual: administrando pela via dos acordos.

1.1 Contextualização e premissas temáticas

Um tema incandescente no direito público mundial, muitas vezes inserido em movimentos reformadores e modernizadores de Estado, diz respeito ao emprego em larga escala de métodos e de técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades desenvolvidas pelos órgãos e entidades públicas.

Tais atividades podem envolver unicamente a participação de órgãos e entidades públicas, como também contemplar a sua interação com organizações providas de finalidade lucrativa (setor privado) ou destituídas de finalidade lucrativa (setor não-lucrativo, comumente denominado Terceiro Setor).

É nessa perspectiva que Sabino Cassese elenca *novos paradigmas do Estado*, os quais “colocam em discussão todas as noções, temas e problemas clássicos do direito público, da natureza do Poder Público e de sua atuação legal-racional orientada pela superioridade da lei, do lugar reservado à lei e de suas implicações (legalidade e tipicidade) para as relações público-privadas”.¹

1. CASSESE, Sabino. La arena pública: nuevos paradigmas para el Estado. In: _____. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003. p. 159.

Um desses novos paradigmas seria o fortalecimento da negociação na esfera da Administração Pública, expressada por via de acordos. Entende Cassese que “passam ao primeiro plano a negociação em lugar do procedimento, a liberdade das formas em lugar da tipicidade, a permuta em lugar da ponderação”.² Segundo o autor, o paradigma bipolar *Estado-cidadão* daria lugar ao paradigma multipolar, em que “interesses privados coincidentes com interesses públicos comunitários estão em conflito com outros interesses públicos, de natureza nacional. Não há distinção ou oposição público-privado, assim como não há uma superioridade do momento público sobre o privado”.³

Em virtude dessas mutações, Joan Prats I Catalá alude a uma mudança paradigmática do direito administrativo, a partir: (i) do desenvolvimento de teorias e técnicas de construção e gestão de redes interorganizativas; (ii) do incremento do interesse pelas relações interadministrativas; (iii) do manejo da gestão pública sob a orientação de diferentes formas convencionais ou participativas, distintas do ato administrativo tradicional; e (iv) do desenvolvimento do posicionamento jurídico do cidadão perante os serviços públicos a serem prestados.⁴

Eis o cenário em que afloram as denominadas *parcerias*, cuja concepção, no sentido mais amplo do termo – *parcerias lato sensu* –, pode ser assimilada a partir da síntese conceitual de Jean-Pierre Gaudin: “convenções múltiplas que ligam os poderes públicos, o setor privado e, outras vezes, o que denomina-se associações da ‘sociedade civil’”.⁵

2. Idem, p. 157.

3. Idem, p. 159.

4. PRATS I CATALÁ, Joan. Direito e gerenciamento nas administrações públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 47, v. 120, n. 2, p. 23-46, maio-ago. 1996, p. 40.

5. GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat*: l'action publique en question. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999, p. 14. Sobre parcerias em sentido amplo, conferir a obra coletiva: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. Cf. ainda: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan.-mar. 2003; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria mediante

Por configurar um novo eixo para a Administração Pública e o direito administrativo contemporâneos, impõe-se apreciar a utilização de instrumentos consensuais ou negociais no desenvolvimento das atividades administrativas.

1.2 Governança pública: a busca pelo consenso no setor público a partir da negociação

Insta afirmar que vem ganhando prestígio mundial a discussão acerca de uma *cultura do diálogo*, em que o Estado há de conformar suas ações em face das emanções da *diversidade social*.⁶ Alude-se à figura de um Estado “que conduz sua ação pública segundo outros princípios, favorecendo o diálogo da sociedade consigo mesma”.⁷

Nesse quadro, Jean-Pierre Gaudin refere-se à expansão de uma *política de contratualização*, a qual ensejaria a *contratualização da ação pública*. E, esclarecendo que na França *contratualização e descentralização* são fenômenos imbricados, afirma que nesse país a difusão de métodos contratuais operou-se em um enfoque de dupla renovação: (i) formas de participação e consulta pública e (ii) formas de coordenação entre instituições e atores sociais que participam da ação pública.⁸

Daí a expressão *governar por contrato*, a qual evocaria a necessidade de o Estado estabelecer vínculos mais robustos e permanentes com a sociedade, como meio para a melhor consecução de suas ações.

convivência entre funções públicas e privadas. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 54, p. 5.935-5.950, ago. 2005, entre outros. *Parcerias em sentido estrito* seriam as diversas espécies de colaborações público-privadas instituídas em leis especiais, a exemplo da Lei Federal 11.079/2004, a qual criou o contrato administrativo de parceria público-privada (PPP) e da Lei Federal 9.790/99, a qual criou o Termo de Parceria das OSCIPs.

6. BELLOUBET-FRIER, Nicole; TMSIT, Gérard. L'administration en chantiers. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, n. 2, p. 303, avr. 1994.

7. Idem, p. 314.

8. GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat...* cit., p. 28-29.

Ao debate instaurado juntou-se recentemente o termo *governança*,⁹ cujo significado para o setor público liga-se primordialmente ao campo da *efetividade da ação governamental*.

Eli Diniz define *governança* como “conjunto dos mecanismos e procedimentos para lidar com a dimensão participativa e plural da sociedade, o que implica expandir e aperfeiçoar os meios de interlocação e de administração do jogo de interesses”.¹⁰ Explicita a autora:

“(...) superar a dicotomia Estado-mercado implica um novo estilo de gestão pública e um novo padrão de articulação Estado-sociedade, reformulando as práticas mais convencionais de Administração Pública. Através da criação de oportunidades e incentivos introduzidos

9. O vocábulo é empregado na gestão privada lucrativa por meio da locução *governança corporativa*. Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, a expressão quer significar o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade. A expressão é designada para abranger os assuntos relativos ao poder de controle e direção de uma empresa, bem como as diferentes formas e esferas de seu exercício e os diversos interesses que, de alguma forma, estão ligados à vida das sociedades comerciais (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/ibConteudo.asp?IDArea=2>>. Acesso em: 5 jul. 2004).

10. DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 47, v. 120, n. 2, p. 5-21, maio-ago. 1996, p. 13. Assinala a autora que os objetivos de expansão da capacidade de comando, de coordenação e de implementação de suas ações, além do aperfeiçoamento dos meios de intervenção na sociedade demandam “uma estratégia política para conduzir acordos e alianças, articulando arenas de negociação as instituições estatais” (idem, p. 17). Marcus André Melo assevera que “o conceito de *governance* também tem sido usado com referência a formas e mecanismos de coordenação e cooperação não necessariamente ancorados no uso da autoridade pública (...)” (*Governance e reforma do Estado: o paradigma agente X principal*. *Revista do Serviço Público*, Brasília, a. 47, v. 120, n. 1, p. 67-82, jan.-abr. 1996, especialmente p. 69). Sobre o tema, cf.: BENTO, Leonardo Valles. *Governança e governabilidade na Reforma do Estado*. Barueri: Manole, 2003; GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat...* cit., p. 120-128.

por novos arranjos institucionais, é possível conduzir a formação e o modo de atuação dos grupos na direção almejada. Esse resultado, vale insistir, não pode ser alcançado aleatoriamente, envolvendo, ao contrário, o acionamento de instrumentos que viabilizem a inserção do Estado na sociedade (Evans, 1989). Aqui também se revela a obsolescência dos antigos desenhos institucionais e atualidade dos mecanismos que reduzem a defasagem governantes-governados. Um dos gargalos na condução das políticas estatais está relacionado ao fraco desempenho do Governo quanto à consecução das metas coletivas. Estas acham-se comprometidas pela baixa capacidade de coordenação do Estado, o que dificulta a compatibilização dos fins definidos socialmente. Coordenação, um dos itens em que se pode subdividir *governance*, além das capacidades de comando e de implementação, significa submeter a lógica dos interesses em jogo a um sistema integrado capaz de se ajustar às diferentes visões. Longe de se tentar eliminar o conflito, cabe administrá-lo de forma eficiente, isto é, de forma compatível com a racionalidade governativa, que é, por sua vez, definida em função de um projeto coletivo (DINIZ, 1995a e 1995b).¹¹

Todavia, vínculos são criados mediante um prévio e necessário *processo de negociação*, em que são discutidas as bases sobre as quais eventualmente serão firmados *acordos e contratos*.

O conteúdo desses ajustes será o objeto do entendimento, do *consenso*¹² entre as partes; será o resultado das concessões e dos intercâmbios

11. DINIZ, Eli. Governabilidade... cit., p. 13-14.

12. O vocábulo latino *consensu* (*consensus*, *consentio*, *consensum*) significa estado de conformidade nos sentimentos, ou seja, estar de acordo, partilhar da mesma opinião. Há ainda outras acepções, como anuência, união, conjurar. Há quem afirme possuir o termo o mesmo significado que consentimento (do latim *consentire* – flexão de *consentio*), que na terminologia jurídica possui aceção de manifestação de vontade, séria e definitiva, em virtude da qual a pessoa, concordando com os desejos de outrem, vincula-se à obrigação ou obrigações, que servem de objeto ao ato jurídico ou contrato firmado entre eles. Diogo de Figueiredo Moreira Neto assinala que o consenso manifesta, por meio do *consentimento reciproco*, “a coincidência das vontades das partes relativamente ao objeto” (*Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 162). A propósito, cf.: ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato*. Rio de

bios realizados no transcurso do processo de negociação que antecedeu ao compromisso. Por isso, convém ressaltar que as posturas assumidas pelo *Estado mediador*¹³ são distintas das posições tradicionalmente ostentadas pelo *Estado impositor*, cuja nota característica encontra-se justamente no poder de impor obrigações, exercido em razão do atributo da autoridade, imanente ao *poder político ou estatal*.¹⁴

1.3 A negociação no Estado contemporâneo: o advento do Estado contratual

A negociação não constitui uma novidade do Estado contemporâneo.

Há tempos o Estado reconhece e utiliza métodos consensuais, consagrando os *contratos* como formas adequadas à instrumentalização de compromissos no território das *relações patrimoniais*.

Isso acontece, sobretudo, quando o objetivo visado é (i) adquirir bens e serviços junto à iniciativa privada ou (ii) a ela transferir a execução de atividades estatais qualificadas como serviços públicos.

É o campo denominado por Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández de *colaboração ou intercâmbio patrimonial*, em que a Administração Pública “paga dinheiro ou transfere possibilidades de atuações a ela reservadas em troca de bens ou de serviços que busca e

que recebe”.¹⁵ E, embora tenha havido forte resistência à aceitação do contrato como um modo normal de atuação da Administração Pública,¹⁶ consolidou-se ao final a compatibilização da lógica da autoridade com a lógica do consenso,¹⁷ redundando na figura do *contrato administrativo* como uma categoria jurídica do direito administrativo.¹⁸

15. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1, p. 660.

16. Pedro Gonçalves informa que “a hostilidade inicial da doutrina quanto à aceitação do contrato como modo de acção administrativa no âmbito do direito público (...) tem portanto a sua explicação imediata na tentativa doutrinal de vincar a autonomia do direito administrativo, marcando com nitidez essa autonomia em volta da nota autoritária e, portanto, unilateral: as relações administrativas que não dispensassem o consentimento ou a adesão do particular estariam, em todos os casos, geneticamente marcadas por um momento autoritário, de modo que a adesão do particular funcionaria como uma simples condição da eficácia jurídica ou, quando muito, da validade do acto administrativo” (*O contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 14). Tal *negação* do contrato no âmbito do direito público originou soluções na Itália e Alemanha como a *teoria dos dois graus* ou *teoria dos dois níveis* (*Doppio grado* e *Zweistufenstheorie*), em que se emite um *ato administrativo* seguido de um *contrato de direito privado*, especificamente para aquelas situações que necessariamente demandassem “regulação consensual mínima” (idem, p. 15; cf.: ESTORNINO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 169 e ss.).

17. É o que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina *lógica do contrato administrativo*, em que, “de um lado, o Poder Público usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato. (...) De outro, cabe ao particular integral garantia aos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo, consoante os termos ali constituídos” (*Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 572-573). Para o autor, “há duas ordens de interesses que se devem compor na relação em apreço. O interesse público, curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimento de uma legítima pretensão ao lucro, segundo os termos convencionados” (idem, p. 573). Em síntese, trata-se da “conjugação da consensualidade (própria de todo o contrato) com a autoridade (própria do contrato administrativo)” (GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo* cit., p. 32).

18. Consoante Jean Rivero, “denominam-se categorias jurídicas os quadros gerais mediante os quais cada direito positivo apreende o conjunto da matéria que

Janeiro: Forense, 1959. p. 15 e ss.; CRETILLA JR., José; CINTRÁ, Geraldo de Ulhóa. *Dicionário latino-português*. 3. ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1953; FERREIRA, António Gomes. *Dicionário de latim-português*. Portugal: Porto, 1997; SOUZA NEVES, Roberto de. *Dicionário de expressões latinas usuais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

13. A expressão é referida por Jean-Pierre Gaudin, *Gouverner par contrat...* cit., p. 213.

14. Para Paulo Bonavides, “poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados (quanto mais consentimento mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade)” (*Ciência política*. 10. ed. 12. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 106-107). Os traços essenciais do poder estatal, para o autor, seriam (i) a imperatividade e natureza integrativa do poder estatal, (ii) capacidade de auto-organização, (iii) unidade e indivisibilidade do poder, (iv) princípio de legalidade e legitimidade e (v) soberania. Cf. idem, p. 107-110).

Indubitavelmente, é a *vinculação direta e imediata ao interesse público* o elemento que qualifica um contrato como um contrato administrativo.

Hector Jorge Escola afirma que “os contratos administrativos (...) têm uma finalidade específica e própria (...) qual seja, a satisfação e o atingimento do interesse público, das necessidades coletivas, sendo precisamente essa finalidade a que lhes confere e define a natureza jurídica, efeitos e consequências específicas”.¹⁹ Continuando, o autor explicita que em virtude disso os contratos administrativos “estão sujeitos a formalidades especiais, previstas pelo direito administrativo, podendo conter cláusulas que são exorbitantes do direito privado, mas admissíveis no direito público”.²⁰

Um contrato administrativo é um *negócio jurídico bilateral*, pois para a sua formação demanda-se o obrigatório concurso de ao menos duas declarações de vontade, sendo que uma delas há de prover necessariamente de uma Administração Pública. Nesse ponto reside a exigência do *prévio consenso* das partes, fator que acarretará a formação do vínculo gerador dos efeitos jurídicos típicos de uma relação administrativa de índole contratual.

Entretanto, insta acentuar que uma das consequências da imprescindível bilateralidade do contrato administrativo não é a equiparação ou igualdade de posições entre as partes, e sim o *nivelamento das vontades declaradas* ou, na expressão de José Manuel Servedo Correia, a “igual valia das vontades”.²¹

Salienta José Casalta Nabais: “(...) para que se possa falar de contrato exige-se uma igualdade das partes, uma igualdade que passa aqui pelo facto de ser justamente o acordo de ambas as partes necessário e indispensável à formação (constituição) e à manutenção (subsistência)

pretende reger” (*Curso de direito administrativo comparado*. Tradução de José Cretella Jr. São Paulo: RT, 1995. p. 74).

19. ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 160.

20. *Idem*, *ibidem*.

21. CORREIA, José Manuel Servedo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 347.

do contrato, o qual assim deve a sua existência e o seu poder vinculativo em igualdade (...) a cada uma das partes contratantes”.²²

Em razão da magnitude dos interesses perseguidos e geridos pela Administração Pública (interesse público), não seria incorreto afirmar que dependendo da conformação jurídico-normativa dos contratos administrativos, se os efeitos da bilateralidade encontrarem-se fortes na *formação dos contratos administrativos*, eles vão sendo relativamente diluídos ou enfraquecidos no transcurso da relação instaurada pelo ajuste.

Na *execução dos contratos administrativos* isso se torna evidente, pois o ordenamento confere à Administração-contratante prerrogativas de atuação unilateral sobre o particular-contratado, independentemente de sua prévia aquiescência. Nas formas de *extinção dos contratos administrativos* esses poderes unilaterais igualmente são previstos no ordenamento, pois há hipóteses de extinção do vínculo contratual por vontade exclusiva da contratante, sem que para isso o contratado concorra com sua culposa inexecução.

E mesmo na *formação dos contratos administrativos* visualiza-se um abrandamento dos efeitos oriundos dessa bilateralidade, pois uma das características de tais ajustes encontra-se no fato de representarem autênticos *contratos de adesão*, com a imposição, pela Administração Pública, da quase totalidade das cláusulas que comporão o quadro regulatório da relação. Por isso André de Laubadère sustenta que “o contrato administrativo é um contrato desigualitário, mas um contrato desigualitário não é um ato unilateral”.²³

22. NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais: reflexões acerca da sua admissibilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994. p. 23.

23. LAUBADÈRE, André et al. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983. v. 1, p. 71. Em razão da posição da Administração e do co-contratante no equívoco contratual, Diogo Freitas do Amaral classifica os contratos administrativos em *contratos de subordinação e contratos de cooperação*. Nos primeiros, “a Administração manda, ordena, dirige, fiscaliza e pune (...) enquanto o particular obedece”, ao passo que nos últimos “o contrato administrativo faz nascer relações de igualdade entre as partes, que cooperam no mesmo plano – são os contratos de cooperação paritaria (que tanto podem ser contratos entre entidades públicas, como contratos entre entidades privadas, ou ainda contratos de apoio da Administração ao sector privado)” (AMARAL, Diogo

Entretanto, a análise do fenômeno do consensualismo que se pretende empreender neste estudo, a partir do cenário de transformações do Estado contemporâneo, ultrapassa o emprego do contrato para a obtenção de resultados meramente econômicos ou patrimoniais.

O ponto ora em destaque diz respeito à extensão e à intensidade com que técnicas consensuais vêm sendo empregadas hodiernamente, como soluções preferenciais – e não unicamente alternativas – à utilização de métodos estatais que veiculem unilateral e impositivamente comandos para os cidadãos, empresas e organizações da sociedade civil. Por isso, *uma das linhas de transformação do direito administrativo consiste em evidenciar que, no âmbito estatal, em campos habitualmente ocupados pela imperatividade há a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade.*

Com esteio na tendência ora revelada, Gaspar Ariño Ortiz chega a defender que o modelo estatal contemporâneo traduzir-se-ia em um Estado contratual: “Do ponto de vista organizativo e institucional isso significa a substituição do antigo modelo de Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração em que uma multiplicidade de organizações, governamentais, privadas e o que vem sendo denominado ‘terceiro setor’ (público-privado), assumiriam a gestão de serviços com financiamento e controle do Estado. Isso não é uma invenção, é simplesmente a volta do antigo sistema da ‘concessão’, do ‘concerto’ ou da ‘empresa mista’ como forma de realizar a gestão privada das atividades públicas. É também a volta do princípio da subsidiariedade, o qual recebe atualmente novas formulações. Assim, *fala-se de uma das características mais importantes do Estado atual: sua condição de ‘Estado contratual’, apontando a utilização pelo Estado de organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, para alcançar os seus fins públicos*”²⁴ (sem grifo no original).

Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2002. v. 2, p. 558-559).

24. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. tiempo. In: _____ (Org.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999. p. 26.

1.4 Administração Pública e negociação

Aplicada ao terreno da Administração Pública, essa orientação gerou locuções como Administrar por contrato, Administrar por acordos, Administração paritária e mais recentemente, Administração consensual.

Cumpre notar que tal diversidade terminológica acaba tendo efeitos positivos, principalmente porque evoca o fato de que administrar por meio de métodos ou instrumentos consensuais não significa necessariamente lançar mão da figura do contrato administrativo, definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como “um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”.²⁵

O sentido das expressões elencadas sinaliza um novo caminho, no qual a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação e a colaboração. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária.

O direito administrativo foi erguido nas bases do modelo liberal de Estado, vigente a partir do século XIX, período em que a *imperatividade* (noção que expressava a *autoridade do Estado* perante os indivíduos, decorrente da *soberania*) acabou por conformar os institutos e categorias desse ramo jurídico. Em virtude desse *poder de império*, forjou-se a ação administrativa típica, a qual era manifestada por meio de *atos administrativos* cujos atributos essenciais sujeitavam-se à noção de autoridade.²⁶

O *binômio autoridade-liberdade* – matizador do direito administrativo desde sua origem – tem fundamento no surgimento da

25. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...* cit., p. 570.

26. Em oportunidade anterior desenvolveu-se o tema do ato administrativo e seus atributos, embora com foco na executoriedade. Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A executoriedade dos atos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, a. 17, n. 3, p. 180-181, mar. 2001.

Administração Pública; é o momento da *Administração autoritária*, com seus traços característicos de (i) desigualdade entre a Administração e os indivíduos e (ii) atribuição aos órgãos e entes administrativos de poderes de autoridade sobre eles.²⁷

Ambas as características aludidas foram longamente cultuadas pela organização administrativa.

Nas palavras de Giorgio Berti, isso ocorreu, sobretudo, com o fito de conferir proteção a um poder político “que pretendia garantir-se por meio de uma apropriada e especial juridicidade”.²⁸ E, segundo o autor, a configuração do *ato imperativo* da Administração Pública não beneficiava ambas as partes segundo a lógica do consensualismo, mas tinha por referência tão-somente a entidade administrativa. Tal configuração autoritária e unilateral extrapolava o momento da gênese do ato, predominando por toda a relação por ele instaurada, inclusive tornando possível à Administração unilateralmente modificá-lo ou mesmo restringir os seus efeitos.²⁹

Entretanto, razão assiste a José Casalta Nabais para quem “a ideia de que o direito público, nas relações entre o indivíduo e o Estado, tem como campo de aplicação os actos de autoridade (actos em que o Estado

27. Massimo Severo Giannini afirma que “as normas de direito administrativo tinham (...) dois pólos; um dirigido a salvaguardar a autoridade e outro a salvaguardar a liberdade. Segundo as forças que operaram na História, oscilou-se de um para outro pólo. O pólo autoritário prevalece no período da Restauração, com a conservação do direito administrativo a concentração, a uniformidade de sua estrutura e a simplificação dos procedimentos. Com a reafirmação do Estado liberal produziu-se uma oscilação para o pólo oposto, uma vez que introduziu-se na normativa administrativa duas importantes inovações: o poder municipal e o contencioso sobre as controvérsias administrativas” (*Premisas sociológicas e históricas del derecho administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. p. 55).

28. BERTI, Giorgio. Il principio contrattuale nell'attività amministrativa. *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 2, p. 47-65, especialmente p. 49.

29. Idem, p. 50. O autor faz alusão a um *espírito do contrato*, o qual atualmente permearia a administração pública (idem, p. 59). No mesmo sentido: MASUCCI, Alfonso. *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*: il contratto di diritto pubblico. Napoli: Jovene, 1988. p. 29.

manifesta o seu *imperium* e impõe a sua autoridade ao administrado) está, desde há muito tempo, ultrapassada”.³⁰

Sobre o *ponto de mutação*, em que é possível observar a abertura da Administração Pública para o desenvolvimento de práticas consensuais, cabe enfatizar a opinião de Maria João Estorninho:

“A partir do momento em que o cidadão passa a exigir a intervenção da Administração e que se alarga de forma incommensurável o número de tarefas que esta deve desempenhar, o Direito Administrativo clássico torna-se num peso, num mero ‘registro de proibições inúteis’ (Debbasch), não permitindo assegurar uma gestão eficiente da actividade administrativa. Um Direito Administrativo concebido para administrados ‘défendeurs’ revela-se inadequado para proteger admi-

30. NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais* cit., p. 24. Instar registrar a distinção entre *ato de império* e *ato de gestão*. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os primeiros “seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular (...)”; os últimos, seriam “os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do património público e para a gestão de seus serviços...” (*Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 212-213). A autora explica que a distinção apontada foi engendrada como forma de suavizar a teoria da irresponsabilidade dos governantes por danos eventualmente causados a terceiros, passando-se a admitir a responsabilização civil quando o evento danoso fosse decorrente de atos de gestão, mantida a impossibilidade de impor-se reparação se os prejuízos causados tivessem origem em atos de império. Superada tal classificação – diante da impossibilidade de bipartir-se a natureza da personalidade jurídica estatal e da grande dificuldade em precisar-se quando os atos praticados pela Administração enquadrar-se-iam na moldura atos de gestão – hodiernamente faz-se alusão a *atos administrativos* (submetidos a regime de direito público) e *atos de direito privado* (praticados pela Administração) (disciplinados por normas de direito privado, e considerados *atos da Administração*). Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 157-158. É sobre tal enfoque que a doutrina debruça-se atualmente, verificando a existência e validade de um *direito privado da Administração Pública*. Sobre a adoção pela Administração de práticas reguladas pelo direito privado, cf. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 188 e ss.; ORTEGA, Ricardo. *Administraciones públicas y derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

nistrados 'démandeurs' (Debbasch). Por outro lado, se a via autoritária era adaptada a uma sociedade onde o nível cultural era baixo, nos dias de hoje, a Administração não pode, frequentemente, 'agir, se não conseguir convencer' (Debbasch). Torna-se, de facto, mais fácil administrar com a adesão do administrador, do que contra a sua vontade. A Administração aprendeu que é preferível ter o particular como participante (quase co-autor) do que como mero destinatário ou subordinado. Isto vai, aliás, de encontro às preferências do administrador que hoje pretende ser ouvido e participar nas decisões administrativas. Finalmente, devido à enorme expansão da intervenção do Estado, a via autoritária não é susceptível de ser utilizada, a não ser que se transforme a Administração numa 'gigantesca máquina repressiva' (Desbbasch).³¹

A autora esclarece que, "a partir do pós-guerra, e com a passagem ao Estado social, o enorme alargamento das funções do Estado vai determinar uma nova vitalidade à teoria dos contratos da Administração Pública".³² Entretanto, pontua Maria João Estorninho que a potencialização dos métodos contratuais pela Administração Pública não seria fruto unicamente do maior elenco de tarefas administrativas, mas igualmente do "aparecimento de uma nova mentalidade".³³

1.5 Concertação administrativa

Assim, alude-se à Administração concertada, "em que a Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base na imperatividade e unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados (...)".³⁴

Para João Baptista Machado, *ação concertada* ou *concertação* é "um método flexível de governar ou de administrar em que os representantes do Governo ou da Administração participam em debates conjuntos com representantes doutros corpos sociais autónomos (...) com vista

31. ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...* cit., 1990. p. 60.

32. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga...* cit., p. 44.

33. *Idem*, *ibidem*.

34. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso...* cit., v. I, p. 661.

à formação de um consenso sobre medidas de política económica e social a adotar".³⁵ E arremata:

"Nesta forma de participação trata-se de conciliar o princípio da liberdade das partes interessadas, isto é, dos parceiros sociais do Governo ou da Administração, com determinadas directivas de política económica global. Verifica-se uma troca de informações, de opiniões e de previsões entre as entidades administrativas e os referidos parceiros sociais (associações de interesses, como sindicatos, organizações de empresários, câmaras do comércio e da indústria etc.). Espera-se que, através desta troca de opiniões e em face dos dados orientadores fornecidos pela Administração, seja possível chegar a um consenso, p. ex., quanto às medidas anticíclicas e de correcção da conjuntura a adoptar, de modo a conseguir-se a estabilidade dos preços, um elevado grau de emprego, o equilíbrio da balança de pagamentos e um desenvolvimento económico equilibrado. Uma vez alcançado o consenso, espera-se lealdade dos parceiros que as medidas acordadas com vista a uma 'actuação concertada' nos vários sectores económicos e sociais sejam efectivamente adoptadas por eles - e que designadamente os parceiros sociais da Administração Pública actuem junto dos respectivos associados em defesa de tais medidas".³⁶

Consoante Vital Moreira, "concertação é o esquema que consiste em as decisões serem apuradas como resultado de negociações e do consenso estabelecido entre o Estado e as forças sociais interessadas, limitando-se o Governo e a Administração a dar força oficial às conclusões alcançadas".³⁷

Importa destacar que na concertação não há uma relação de subordinação entre a Administração e as entidades parceiras, pois subjacente a ela reside um processo de negociação para a composição de eventuais

35. MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização: democratização e neutralidade* na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982. p. 45-46. Parece claro que o fenómeno da concertação é derivado do incremento da atividade de intervenção do Estado no domínio económico, acarretando inclusive mutações na concepção tradicional de contrato.

36. *Idem*, p. 46.

37. MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 57.

dissensos entre as partes, aspecto que “pressupõe o reconhecimento de certa autonomia aos parceiros sociais”.³⁸ Daí empregar-se comumente a locução Administração paritária para caracterizar esta forma de administrar, fundada em módulos negociais.³⁹

1.6 Administração Pública e consensualismo administrativo

Odeto Medauar destaca a importância do *consensualismo* no âmbito da Administração contemporânea:

“A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. *Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação*”⁴⁰ (sem grifo no original).

No mesmo sentido, Almiro do Couto e Silva:

“Fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais. Administração concertada, administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de

38. MACHADO, João Baptista. *Participação...* cit., p. 47.

39. Na doutrina italiana há estudos acerca de um *direito administrativo paritário*. Cf. MASUCCI, Alfonso. *Trasformazione...* cit., p. 65-67.

40. MEDAUAR, Odeto. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 211.

questões de interesse comum, as quais deverão ser resolvidas mediante acordo. Por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele”.⁴¹

Em monografia dedicada ao tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera:

“Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento. É como acrescentar às potencialidades da máquina burocrática as infinitas potencialidades da sociedade e de suas miríades de organizações sociais, que deixa de ser mera súdita para ser sócia e parceira da atuação estatal, passando a ter no consenso e não na coerção a primeira das opções relacionais. Em conclusão, um Estado de juridicidade plena – de legalidade, de legitimidade e de licitude –, um Estado de Justiça, não pode prescindir dessa interação horizontal e sadia com a sociedade, o que deverá refletir-se em sua atuação, de modo que ações suasórias sempre precedam ações dissuasórias e estas, as sancionatórias: a face imperativa do Poder só deve aparecer quando absolutamente necessário e no que for absolutamente indispensável (...)”⁴²

41. COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul.-set. 1997, p. 64-65.

42. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos... cit., p. 156. No Brasil, o autor vem dedicando grande atenção ao tema do consensualismo no direito administrativo. Em trabalho diverso, sustenta que a consensualidade é uma alternativa preferível se comparada à imperatividade, “sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo (...)” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração Pública consensual. Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 37-48. p. 41). Observa ainda que “o avanço da consensualidade e dos conseqüentes mecanismos de coordenação – a cooperação e a colaboração – leva à valorização dos resultados da ação administrativa, ou seja, passa-se a considerar que tão importante quanto a administração submissa à legalidade (a busca da eficácia), deve ser a boa administração, fiel à legitimidade (a busca da eficiência), em que definem ambas, tanto a eficácia como a eficiência

Por isso, consoante Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a consensualidade é um enriquecimento do Direito Administrativo que a ele incorpora-se permanentemente”.⁴³

Odete Medauar apresenta uma síntese dos principais fatores que provocaram a abertura da Administração Pública para as variações consensuais como forma de exercício de suas atividades:

“Um conjunto de fatores propiciou esse modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto, entre Administração e sociedade. Aponta-se o desenvolvimento, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas, que abrangem, de um lado, a conduta do Poder Público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, e de outro, o interesse dos indivíduos, isolados ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalho no interior dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados. Associa-se o florescimento de módulos contratuais também à crise da lei formal como ordenadora de interesses, em virtude de que esta passa a enunciar os objetivos da ação administrativa e os interesses protegidos. E, ainda: ao processo de *deregulation*; à emergência de interesses metaindividuais; à exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como de maior eficiência e produtividade, alcançados de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões”.⁴⁴

1.7 Administração Pública consensual: administrando pela via dos acordos

Nesse enfoque, Jean Rivero alude a uma *forma de atividade administrativa* “na qual o acordo contratual ganha um lugar crescente”.⁴⁵

distintos e covalentes direitos subjetivos públicos do administrado” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 179-182, abr.-jun. 2000, p. 181).

43. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública consensual cit., p. 41.

44. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo...* cit., p. 210.

45. RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 131.

José Manuel Sérvulo Correia aduz que recentemente “tem-se podido presenciar o incremento do recurso pela Administração à via contratual de prossecução das suas atribuições”.⁴⁶ Para o autor, esta forma de atuação administrativa ganha projeção em virtude de várias razões, com especial destaque para “o alargamento do intervencionismo económico do Estado à procura de um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por uma maior procura de consenso, flexibilização e particularização das decisões”.⁴⁷

Enzo Roppo enfatiza que “o papel do contrato está destinado a ser, cada vez mais, comprimido e circunscrito, pelo multiplicar-se das funções e dos poderes de intervenção da Administração Pública”.⁴⁸ Aponta um outro enfoque para a expansão do contrato no campo da Administração Pública, aduzindo que “o contrato se apresenta como instrumento cada vez mais utilizado e necessário para as *finalidades da acção administrativa* – não já, portanto, simples objecto da intervenção pública, mas seu meio insubstituível”⁴⁹ (sem grifo no original). Ressalta que o contrato conquista no âmbito administrativo não somente uma relevância *quantitativa*, mas assume *posições e papéis qualitativamente novos*:

“Trata-se, em suma, do fenómeno pelo qual relações e situações que envolvem interesses dos cidadãos privados, que segundo os esquemas clássicos da acção administrativa (baseada tradicionalmente na contraposição entre autoridade e liberdade) eram disciplinados através de procedimentos unilaterais da administração, e, portanto, por via administrativa, tendem, cada vez mais, a ser regulamentados por via convencional, e, portanto, na base de um acordo entre privado e ente público. E o instrumento deste novo modelo de *acção administrativa, organizado sobre o consenso e não já sobre a imposição, é, fundamentalmente, o contrato, embora adaptado às peculiaridades das situações e das funções inéditas com as quais é chamado a confrontar-se*”⁵⁰ (sem grifo no original).

46. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade...* cit., p. 353.

47. Idem, p. 353.

48. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 342.

49. Idem, *ibidem*.

50. Idem, p. 345. Esclarece Enzo Roppo que a expressão *contrato de direito público* vem sendo consagrada para manifestar essa tendência em que o contrato firmado entre Administração Pública e privado relaciona-se estreitamente com um procedimento administrativo, “no qual se baseia, integrando, e por

Embora reconhecendo que o recurso a módulos convencionais por parte da Administração Pública pode levar à "colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da colectividade",⁵¹ Enzo Roppo vislumbra *potencialidades positivas* para o emprego do consensualismo administrativo:

"(...) isto porque a procura e a promoção do 'consenso' dos 'administrados' significam desenvolvimento da sua activa e consciente 'participação', na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo. Neste sentido, o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo modo, com símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade".⁵²

Por tudo isto, concorda-se com André de Laubadère, autor que diante de tais transformações vislumbrou o desenvolvimento de uma *política contratual*, "notadamente nas relações entre o Estado e as colectividades locais",⁵³ asseverando que na seara do direito administrativo "a irrupção do fenómeno contratual foi suficiente para afetar tanto a teoria do contrato como a teoria das competências"⁵⁴ (sem grifo no original).

Assim surge o *novo contratualismo administrativo*, cujos contornos passam a ser delineados, para na sequência realizar um estudo comparativo da experiência estrangeira com esse fenómeno, tendo por referência o âmbito de aplicação do instrumento consensual brasileiro denominado *contrato de gestão*, nos moldes previstos no § 8.º do art. 37 da Constituição de 1988.

vezes substituindo, as previsões unilaterais da autoridade pública: portanto, a disciplina da relação já não é determinada exclusivamente por estas, mas por estas e juntamente por aquilo que resultou do acordo com o privado" (sem grifo no original).

51. Idem, p. 346.

52. Idem, p. 346-347.

53. LAUBADÈRE, André et al. *Traité...* cit., v. 1, p. 439.

54. Idem, *ibidem*.

2

A NOVA CONTRATUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E O CONTRATO DE GESTÃO

SUMÁRIO: 2.1 Contratualização administrativa: significado e alcance: 2.1.1 Contratos e ação pública: novas funções para o contrato no setor público; 2.1.2 Contratualização administrativa e a emergência de uma nova legalidade – 2.2 Os contratos de ação pública: 2.2.1 Âmbito de aplicação dos contratos de ação pública – 2.3 Contratualização administrativa, Reforma do Estado e contrato de gestão.

2.1 Contratualização administrativa: significado e alcance

Como baliza para a compreensão do significado e alcance do fenómeno da *contratualização administrativa*, chama-se a atenção para a construção teórica de Manuel Castells, autor que procura conferir novos delineamentos à clássica concepção política e administrativa do Estado. Em sua visão, repensar a noção de Estado seria absolutamente necessário, uma vez que os tempos atuais constituem a *era da informação*, cujos traços essenciais são por ele enfatizados:

"Embora graus mais altos de conhecimentos geralmente possam resultar em melhores níveis de produção por unidade de insumos, é a busca por conhecimentos e informação que caracteriza a função da produção tecnológica no informacionalismo. Apesar de serem organizadas em paradigmas oriundos das esferas dominantes da sociedade (por exemplo, o processo produtivo, o complexo industrial militar), a tecnologia e as relações técnicas de produção difundem-se por todo o conjunto de relações e estruturas sociais, penetrando no poder e na experiência e modificando-os. Dessa forma, os modos de desenvolvimento modelam toda a esfera de comportamento social, inclusive a comunicação simbólica. Como o informacionalismo baseia-se na tecnologia de conhecimentos e informação, há uma íntima ligação entre cultura e forças produtivas e entre espírito e matéria, no modo