

**CONTRATO ADMINISTRATIVO, CONVÊNIO E
CONTRATO DE GESTÃO: UMA NOVA PERSPECTIVA
À LUZ DO PENSAMENTO DE FERNANDO DIAS
MENEZES DE ALMEIDA**

ADMINISTRATIVE CONTRACT, CONVENTION AND
MANAGEMENT CONTRACT: A NEW PERSPECTIVE UNDER
THE THINKING OF FERNANDO DIAS MENEZES DE
ALMEIDA

Leonardo Romano Soares

leonardosoares@mpsp.mp.br

Bacharel em Direito pela USP. Promotor de Justiça em Santa Bárbara
D'Oeste – SP

RESUMO

Está ultrapassada a concepção de contrato administrativo como aquele celebrado pela Administração Pública e que lhe outorga prerrogativas de ação unilateral. Além disso, esse modelo teórico é, hoje, insuficiente para explicar a amplitude do fenômeno contratual da Administração Pública. Fernando Dias Menezes de Almeida sustenta que a teoria do contrato administrativo trazida pela doutrina brasileira da França trouxe consigo um equívoco original que foi ampliado e sedimentado até mesmo na legislação: a ideia de que aquelas prerrogativas são inerentes ao regime contratual em si. Ele propõe um retorno à estrutura comum de todo contrato, público ou privado (o acordo de vontades) e o enfoque dos tipos de fontes normativas que, em cada caso, constroem o seu conteúdo, distinguindo entre fontes autônomas (a vontade das partes) e heterônomas (a vontade da lei). Nessa perspectiva, o contrato é, no seu nascimento, situação jurídica subjetiva. Todavia, no seu conteúdo há influência de normas objetivas e subjetivas. Assim, o regime jurídico de direito público que garante cláusulas de ação unilateral à Administração Pública não tem fundamento no contrato administrativo enquanto categoria jurídica, mas sim no objeto contratual, variando em função das peculiaridades deste. É essa mudança de enfoque que permite melhor compreender, hoje, não só os contratos administrativos, mas figuras tradicionais que adquiriram nova roupagem, como convênios e contratos de gestão.

PALAVRAS-CHAVE:

Contrato administrativo. Convênio. Contrato de gestão.

ABSTRACT

Is outdated the idea of administrative contract such as the one concluded by the public administration and that grants it prerogatives of unilateral action. In addition, this theoretical model is insufficient to explain the extent of the contractual phenomenon of public administration. Fernando Dias Menezes de Almeida contends that the theory of administrative contract brought by Brazilian doctrine from France carries a misconception that, here, was expanded and settled even in legislation: the idea that those prerogatives are inherent to the contractual regime itself. He proposes a return to all contract common structure, public or private (the agreement of wills) and the focus on the types of normative sources that, in each case, build the content of the contract, distinguishing between autonomous sources (the will of the parties) and external sources (the will of the law). In this perspective, the contract is, in his birth, subjective legal situation. However, in it lies the influence of objective and subjective norms. Thus, the legal regime of public law which ensures unilateral action clauses to public administration has no foundation in the administrative contract while juridical category, but rather in the contractual object, varying in function of its peculiarities. This change of focus allows us to better understand, today, not only the administrative contracts, but also traditional figures who have purchased new guise, as covenants and management contracts.

KEYWORDS

Administrative contract. Convention. Management contract.

SUMÁRIO

1. A tese do professor Fernando Dias Menezes de Almeida sobre contrato administrativo. 2. O regime jurídico-positivo do contrato no Brasil. 3. Tipos de módulos convencionais. 4. Convênio. 5. Contrato de gestão. Conclusão. Referências.

1. A TESE DO PROFESSOR FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA SOBRE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Firmou-se entre nós a concepção equivocada de contrato administrativo como aquele em que há cláusulas que garantem prerrogativas de atuação unilateral e autoexecutória à Administração Pública. O conjunto dessas cláusulas, ditas exorbitantes, dá corpo ao regime especial de direito público aplicável aos contratos. Todavia, esse regime especial que é associado à teoria do contrato administrativo refere-se ao objeto contratual e não ao contrato em si mesmo.¹ Em função disso, a razão de ser desse regime, a justificar, em maior ou menor medida, sua incidência, não é a presença da Administração Pública como parte, mas a natureza do objeto contratual.² Essa é a tese defendida por Fernando Dias Menezes de Almeida no seu trabalho de livre-docência, intitulado “Teoria do Contrato Administrativo: uma abordagem histórico-evolutiva com foco no Direito brasileiro”, publicada em livro sob o título mais conciso “Contrato Administrativo”, em 2012.

A hipótese suscitada para esse equívoco reside no seguinte: o regime especial incidente sobre o objeto do contrato passou a ser assimilado como um regime especial dos contratos administrativos³.

Essa assimilação reducionista foi incorporada pela doutrina pátria, consolidando-se enquanto dogma doutrinário, com ampla acolhida pela jurisprudência e posterior incorporação à legislação na qualidade de regime geral dos contratos, com aplicação direta ou subsidiária (vide artigo 58 da Lei nº 8.666/93).⁴

Atualmente, é perceptível certo esgotamento do vigor conceitual das noções de contrato administrativo e convênio para explicar os diversos matizes das relações entabuladas pela Administração Pública, nascidas com preeminência de acordos de vontade.

A monografia propõe-se a fazer crítica profunda do modelo teórico brasileiro de contrato administrativo, importado da França e que, segundo seu autor, foi entronizado no sistema brasileiro com distorções que perduram até hoje. À medida que

1 *Contrato administrativo*, p. 351.

2 *Ibid.*, p. 355.

3 *Ibid.*, p. 350.

4 *Ibid.*, p. 351.

demonstra isso, constrói nova compreensão do fenômeno convencional da Administração Pública diante, justamente, da insuficiência deste paradigma conceitual para explicar a complexidade atual deste fenômeno.

O ponto de partida é dado por duas hipóteses. Uma é de índole essencialmente teórica, inerente ao desenvolvimento da noção de contrato administrativo enquanto categoria jurídica basilar do Direito Administrativo. A outra diz respeito à multiplicação e à diversificação do relacionamento convencional que a Administração Pública mantém com terceiros.

O trabalho demonstra que as virtudes e vicissitudes das duas hipóteses estão umbilicalmente ligadas, especialmente no Brasil, onde a doutrina reconhece existir no direito positivo uma ampla normatização de caráter geral das relações contratuais envolvendo a Administração Pública.

A primeira hipótese levantada é a de que, na teoria do contrato administrativo, importada da França⁵ e difundida no Brasil, a nota caracterizadora do contrato administrativo são as prerrogativas atribuídas à Administração Pública, colocando-a em posição de supremacia. Assim, tais prerrogativas são inerentes ao contrato administrativo, inclusive distinguindo-o dos contratos de direito privado firmados pela Administração Pública. O equívoco dessa associação (contrato – prerrogativas), que se coloca como um ‘problema intrínseco’, é pôr o acento na “existência de certas prerrogativas inerentes ao *contrato* (situação jurídica subjetiva), não atentando de modo suficiente para o regime *materialmente legislativo* do objeto da relação contratual (situação jurídica objetiva)”.⁶

Há, segundo tal visão, um problema original de foco: as normas de direito público que conformam o regime jurídico da Administração Pública fundamentam e caracterizam a própria definição de contrato administrativo quando, na verdade, esse regime – quando presente – decorre da regência legal do objeto do contrato.

O mais grave, segundo Fernando Menezes, é que esse ‘posicionamento teórico distorcido’ passou a integrar peças legais, positivando esse regime como inerente à disciplina de qualquer contrato administrativo.⁷

A segunda hipótese é a de que, atualmente, experimenta-se um “aumento da complexidade do fenômeno contratual da Administração Pública”, aumento esse que não encontra respaldo na concepção tradicional de contrato administrativo, evidentemente insuficiente para explicar as novas realidades de modo global. Alerta-se que a teoria do contrato administrativo sequer foi formulada para abarcar essa nova realidade; entretanto, seu emprego impróprio para explicar novas realidades acaba por

5 O problema fundamental da importação das ideias francesas sobre contrato administrativo é o seu acolhimento e tratamento excessivamente dogmático. Conceitos foram incorporados e cristalizados na legislação e, mesmo quando esta não os albergou explicitamente, a doutrina utiliza-os como elementos rígidos, imutáveis. Nem mesmo na França as noções fundamentais eram encaradas deste modo, principalmente diante da maleabilidade criadora decorrente da jurisdição administrativa (*Ibid.*, p. 42).

6 *Ibid.*, p. 12.

7 *Ibid.*, p. 12.

acentuar as suas deficiências, “amplificando sua insuficiência”.⁸ Dito de outro modo: além da distorção original da introdução das prerrogativas da Administração Pública na natureza do contrato administrativo, o emprego dessa teoria na explicação e tratamento jurídico de fenômenos novos, não assimiláveis à modelagem tradicional do instituto, termina por catalisar os efeitos deletérios daquela visão distorcida do conceito.

Como visto, ao contrário da primeira hipótese, esta introduz problemática de ordem externa ou extrínseca, sem deixar de manter relação direta com a primeira.

A tese proposta decorre naturalmente da necessidade de enfrentar a problemática contida nas duas hipóteses: “impõe-se à teoria do contrato administrativo a evolução rumo a um novo ponto de convergência, especialmente em consequência do aumento de complexidade do fenômeno contratual envolvendo a Administração Pública”.⁹

Sugere-se que esse ponto de convergência seja a “essência contratual”, reintroduzindo a importância, de um lado, do acordo de vontades como elemento subjetivo criador de normas jurídicas autônomas e, de outro, a unidade conceitual do contrato enquanto categoria geral do Direito, assumindo que as peculiaridades de regime do contrato administrativo não negam essa unidade.¹⁰

A consensualidade (acordo de vontades) seria o elemento estrutural fundamental. Já sob o aspecto funcional (a serventia, a utilidade, a finalidade), o contrato pressupõe respeito à palavra, fundada na presunção de confiança mútua. A técnica contratual, então, se presta a trazer harmonia ao plexo das relações humanas.

Nas palavras do autor, “pode-se sugerir que sejam acolhidos, como elementos substanciais do contrato, do ponto de vista estrutural, a existência de um *acordo de vontades de partes diversas*, com o objetivo de se *criar uma situação jurídica individual*; e, em perspectiva funcional, o respeito à palavra *consensualmente dada*, garantindo-se a *confiança* dela decorrente e, em última análise, a *paz social*.”¹¹

A essência do contrato enquanto categoria jurídica preside a compreensão do contrato administrativo. A liberdade contratual subsiste na possibilidade de contratar ou não, ainda que a fixação do seu conteúdo e a forma do contrato sejam relativizados. Ainda assim, a fixação unilateral de substancial parcela do contrato pela Administração Pública não difere dos chamados contratos de adesão.¹²

A menção à criação de uma situação jurídica individual remete à aptidão do contrato em produzir normas jurídicas, ou seja, de ser fonte do Direito.¹³ Essa cons-

8 *Ibid.*, p. 13.

9 *Ibid.*, p. 13.

10 *Ibid.*, p. 13-14.

11 *Ibid.*, p. 67. O respeito à palavra e a garantia da confiança dela decorrente são de ordem subjetiva, portanto. Seria razoável acrescentar que a ordem jurídica empresta ao contrato seu vigor, através do instrumento da sanção. Objetivamente, o contrato é instrumento de estabilização das relações sociais. Dito desta forma, fica mais clara a noção de que o contrato é instrumento para o alcance da paz social.

12 *Ibid.*, p. 74.

13 Como será visto logo a seguir, nesse ponto, houve confessada opção pela dogmática jurídica desenvolvida por Hans Kelsen, identificada até hoje como positivismo extremado, ou, nas palavras do autor, “marcado por notório purismo normativista” (*Ibid.*, p. 17).

tatação é de suma importância na teoria desenvolvida porque alicerça as seguintes distinções fundamentais:

- a) entre o regime jurídico criado *mediante contrato* e o regime jurídico criado *legislativamente* quanto ao contrato e quanto a seu objeto;
- b) entre *situações jurídicas subjetivas* e *situações jurídicas objetivas*.¹⁴

Em “a” está contida a liberdade de contratar, cujas características mais relevantes ressaltadas pela doutrina civilista são a autonomia de celebrar ou não o negócio jurídico e a independência na elaboração do conteúdo imediato do negócio, ou seja, as cláusulas que traduzem as das obrigações assumidas. O fundamento dessa autonomia reside na autorização conferida pelo ordenamento jurídico à vontade das pessoas para criar normas jurídicas. Tal produção normativa (nos negócios jurídicos) geralmente cria situações jurídicas subjetivas, que valem apenas *inter partes*. É por isso que se faz menção a um regime que é ‘jurídico’ (reconhecido e protegido pelo ordenamento posto) e ‘criado’ pelo contrato, ou seja, novo, inaugural, que não se limita a ser continente que alberga normas preexistentes, oriundas de outra fonte.

Essa noção já adianta a outra distinção contida em “a”: a existência, ao lado do regime jurídico novo criado consensualmente, do regime jurídico criado pela lei material (lei em sentido estrito) para reger o contrato enquanto ato jurídico e procedimento (continente) e o contrato enquanto conjunto de direitos e obrigações (conteúdo).

Podem existir e conviver, portanto, três ordens de normas no mesmo contrato administrativo:

- a) normas criadas livremente pela autonomia de vontades, dotadas de originalidade e legitimadas em autoridade pelo ordenamento jurídico tanto quanto qualquer outra;
- b) normas preexistentes, criadas pela lei em sentido estrito, destinadas a disciplinar as condições e requisitos necessários para a celebração do contrato (procedimento prévio, licitação, agente competente, forma);
- c) normas preexistentes, criadas pela lei em sentido estrito, destinadas a disciplinar o próprio conteúdo contratual, ou seja, o feixe de direitos e obrigações que vinculam as partes. Referem-se, por exemplo, às espécies contratuais, às cláusulas essenciais relativas à duração, alteração e extinção do ajuste. É aqui, sem dúvida alguma, a sede da maioria das cláusulas que estabelecem as prerrogativas de direito administrativo (unilateralidade e auxoexecutoriedade).

A distinção elaborada em “b” tem respaldo na teoria de Léon Duguit sobre ato jurídico. O jurista francês separa os atos jurídicos em geral dos atos jurídicos

14 *Ibid.*, p.17. Nesse momento da obra, não se diz expressamente qual seria essa essência contratual. Entretanto, já é possível vislumbrar que se trata do ‘acordo de vontades’, que é o elemento estruturante fundamental do negócio jurídico contratual, responsável pela produção de efeitos jurídicos ou, nas palavras do autor, de ‘situações jurídicas subjetivas’, assim reconhecidas e tuteladas pelo direito posto.

plurilaterais. A primeira classe abrange o *ato-regra*, o *ato-condição* e o *ato subjetivo*. A segunda abrange o *contrato*, o *ato coletivo* e a *união*.

Cada espécie componente dessas duas classes produz ou contém normas gerais ou individuais. As normas gerais criam situações jurídicas objetivas, enquanto as normas individuais criam situações jurídicas subjetivas. As situações subjetivas são especiais e momentâneas, além de não serem oponíveis a várias pessoas, mas a pessoas determinadas, desaparecendo após certa prestação ter sido cumprida. As situações objetivas têm caráter de generalidade e permanência, afetando qualquer pessoa a qualquer tempo ao longo de sua vigência.¹⁵

Uma situação jurídica objetiva é criada através da produção de atos-regra e atos-condição. Já a situação jurídica subjetiva decorre de atos subjetivos e de atos-condição.

O ato-regra é de caráter objetivo porque modifica diretamente o próprio direito objetivo. São exemplos: a lei, o regulamento, cláusulas regulamentares num contrato de concessão de serviço público, cláusulas de convenção coletiva de trabalho.

O ato-condição faz incidir sobre determinada pessoa um conjunto de normas, certo estatuto jurídico preexistente, que possui dupla natureza objetiva e subjetiva. São exemplos: nomeação de servidor público, casamento, naturalização.

O ato subjetivo faz aparecer obrigação específica, concreta, individual e momentânea, que é criada pela vontade e não pelo direito objetivo. O exemplo por excelência é o contrato.

Dado importante a se salientar é que tais atos existem tanto no direito público quanto no direito privado.

O contrato (gerado por ato subjetivo) é caracterizado por Duguit pela contraposição de interesses. Onde ela inexistente, não há contrato. Essa contraposição de interesses pode ser identificada na doutrina pátria como o sinalagma contratual, em que, na sua formação (sinalagma genético¹⁶) uma manifestação de vontade é justificativa da outra, e vice-versa.

O ato coletivo é uma soma de declarações unilaterais de vontade concordes, mas independentes.¹⁷ É exemplo o estatuto das associações e sociedades.

A união dá origem a uma regra permanente, a uma situação objetiva. Surge tanto de ato-regra quanto de ato-condição, ou mesmo de ato com natureza mista. Pode gerar efeitos para terceiros. O aspecto exterior do ato é contratual; o fundo não

15 *Ibid.*, p. 84. Essa noção é fundamentada pelo autor no pensamento de Hans Kelsen, para quem a norma geral rege as condutas de modo permanente, aplicando-se de modo geral e indistinto; já a norma individual contempla a obrigação a uma conduta ou a uma prestação única, ou um direito correspondente a essa obrigação (ver p. 94).

16 Em contraposição ao sinalagma funcional, onde há equivalência econômica entre as prestações assumidas. São os contratos ditos comutativos.

17 *Ibid.*, p. 87.

é.¹⁸ São exemplos: casamento, convenção coletiva de trabalho, nomeação de servidor público, cláusulas regulamentares de concessão de serviço público.¹⁹

Apenas o contrato e a união são convenção, assim entendida como o acordo de vontades com o fim de produzir efeitos jurídicos. O ato coletivo não exige vontades concordantes, pois os partícipes votaram pela criação de um estatuto ou a ele aderiram posteriormente.²⁰

Feitas essas distinções conceituais, a diferença relevante entre união e contrato não está, segundo Fernando Menezes, na contraposição de interesses, mas no caráter subjetivo (norma individual) ou objetivo (norma geral) da situação jurídica criada.²¹

Justamente aqui é que a tese desenvolvida aparta-se do caminho tradicionalmente trilhado pela doutrina de Direito administrativo, adotando perspectiva realmente inovadora entre nós por encontrar um novo paradigma conceitual para a compreensão do fenômeno contratual.

Sob o ponto de vista terminológico, o trabalho reconhece que, no Brasil, não se utiliza o termo convenção para designar o gênero composto por contrato e união. Entre nós, contrato é gênero. Entretanto, explica-se que a excessiva amplitude do termo ‘contrato’ está na origem da impropriedade de se ver incidente, inexoravelmente, certo regime jurídico, ao invés de se extrair esse regime, seja da situação objetiva, seja da situação subjetiva criada. É por isso que o jurista preferiu, ‘por conforto de linguagem’, utilizar a expressão *módulo convencional* como sinônimo de convenção, abarcando, assim, as suas duas espécies (contrato e união).²²

Um primeiro balanço da exposição até aqui mostra ter havido a importação do arcabouço teórico francês do contrato administrativo, sob a formulação singular impressa a ele por Gaston Jèze.²³ Todavia, a sua recepção enquanto um ‘pacote fechado’ contribuiu para a sua assimilação sob o viés diferenciador (do resto da teoria geral do contrato) da existência de cláusulas exorbitantes que conferem prerrogativas de ação unilateral à Administração Pública. Essas cláusulas seriam inerentes ao contrato administrativo, qualquer que seja ele, conceituando-o e, com isso, apartando-o do contrato comum. Somado a isso, a doutrina brasileira não desenvolveu as mesmas distinções dos atos jurídicos, como a francesa, separando atos jurídicos gerais de atos jurídicos plurilaterais, com as nuances próprias.²⁴

18 *Ibid.*, p. 88.

19 *Ibid.*, *ibibid.*

20 *Ibid.*, *ibibid.*

21 *Ibid.*, p. 94.

22 *Ibid.*, p. 95.

23 Para quem os contratos administrativos são instrumentos jurídicos que os agentes públicos utilizam para assegurar o funcionamento regular e contínuo dos serviços públicos. Apenas nesses casos – atendimento a um fim de interesse coletivo é que se pode empregá-lo. É por isso que são submetidos a regime jurídico de direito público (*Ibid.*, p. 143).

24 Entre nós, a doutrina civilista assumiu a tarefa de teorizar sobre os atos jurídicos. São muito variadas as classificações produzidas. Entretanto, é possível enxergar uma certa constância em reconhecer ao menos três categorias essenciais: fatos jurídicos, atos jurídicos e negócios jurídicos. A distinção principal

Não se pode pretender transpor para nossa realidade as categorias empregadas por Duguit (ato jurídico em geral e atos plurilaterais). Seu valor, contudo, está em mostrar que o contrato administrativo representa uma realidade mais complexa, que não pode se reduzir à presença de um conjunto de normas referentes a um regime de prerrogativas especiais atribuídas à Administração Pública. É preciso retroceder à raiz da teoria geral dos contratos, enxergando sua origem primitiva (e, portanto, sua característica essencial): um meio de produção de normas jurídicas individuais (destaque para a autonomia), cuja energia criadora é o ato subjetivo. E, a partir dele, num segundo momento, vêm integrar o contrato, constituindo seu conteúdo, disposições de variadas origens normativas, evidenciadas por atos-regra (objetivos), atos-condição (objetivos, subjetivos ou mistos) e, novamente, por atos subjetivos.

Ao contrário da concepção consagrada entre nós, o contrato não é um bloco normativo monolítico; antes, é composto por normas de fontes diferentes, sujeitas, cada qual, a regimes distintos, e não a um único regime jurídico impositivo do poder de império da Administração Pública.

Como visto, coexistem na realidade contratual normas gerais e normas individuais, porque seu conteúdo foi traçado através de normas objetivas (derivadas de atos-regra e atos-condição) e normas subjetivas (derivadas de atos subjetivos).

Paralelamente a essa constatação, ao trabalhar a tradicional distinção entre direito público e direito privado, procura-se desconstruir o que seria um aspecto ideológico por trás do conceito atual de contrato administrativo, justamente a imposição da autoridade estatal subjacente à presença da Administração Pública nas relações convencionais, quaisquer que sejam.

Com amparo em Kelsen, conclui-se que existe, sim, uma diferença substancial entre direito público e direito privado, que reside no modo de produção do Direito. A ordem jurídica confere aos agentes públicos a faculdade de obrigar os administrados através de atos seus, produzidos unilateralmente; já nas relações privadas, os sujeitos que se vinculam participam da criação da norma vinculante. Não há diferença subjetiva entre as relações entre Estado e indivíduo, de um lado, e entre particulares, de outro. A diferença é entre criação autônoma (direito privado) e criação heterônoma (direito público) de normas secundárias.²⁵

Sob tal perspectiva, a autoridade está vinculada à norma e não à pessoa da Administração Pública. Nesse sentido, as prerrogativas que lhe assistem têm por

entre essas categorias é o papel desempenhado pela vontade como fonte de consequências jurídicas. Há fatos humanos (vontade presente) e fatos da natureza (vontade ausente). Depois, a vontade pode desencadear consequências previamente estabelecidas na lei (ato jurídico *estricto sensu*) ou ser fonte de novas normas, assim reconhecidas e tuteladas pelo ordenamento jurídico (negócio jurídico). Dois pilares indispensáveis para a compreensão do assunto são constituídos pelas obras de Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA (*Tratado de direito privado*, t. II) e Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*).

25 Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato administrativo*, p. 115-116.

objetivo, ao mesmo tempo, atingir um fim público e sujeitar-se à legalidade para garantia dos direitos individuais. Antes de imporem poder, elas colocam dever.²⁶

Na linha de pensamento desenvolvida, o contrato administrativo teria, então, caráter de produção normativa relativamente autônoma, com características próprias das convenções, mas “matizado pelo caráter heterônomo próprio do Direito público”.²⁷ Em vista disso, o contrato será de direito público ou dito ‘administrativo’ na medida em que decorra de uma “específica técnica de produção e execução do Direito”.²⁸

O contrato, enquanto fonte autônoma do Direito, não perde seu caráter democrático pelo “uso pontual do modo autocrático de produção de normas jurídicas individuais”.²⁹ Nesse sentido, o contrato possui índole democrática, mas com nuances autocráticas. Mas é imprescindível preservar a essência democrática do contrato, fazendo incidir, no mínimo possível, as prerrogativas da Administração.³⁰

2. O REGIME JURÍDICO-POSITIVO DO CONTRATO NO BRASIL

A hipótese desenvolvida por Fernando Dias Menezes de Almeida é a de que há uma carência ou insuficiência no tratamento teórico (e, por extensão, legal) do contrato administrativo, que é acentuada sobremaneira pelo aumento da complexidade do emprego de técnicas contratuais, que o autor enfeixa sob o gênero “módulos convencionais”.³¹ A ideia de módulo, empregada doutrinariamente por Odete Medauar e Sabino Cassese³², faz referência, a um só tempo, ao largo grupo da ‘convenção’ e à existência de ‘modulações’ entre as espécies componentes deste grupo.³³ Daí a escolha em empregá-la.

E os módulos convencionais são exclusivamente aqueles aptos a desencadear situações jurídicas novas.³⁴

No bojo desta introdução terminológica, fica ressaltada a insuficiência teórica do contrato administrativo ao se fazer uso corrente de expressões vagas, como forma de fuga de “maiores discussões técnicas”. É corriqueiro o emprego de expressões sem lastro conceitual sólido, justamente para se fugir da obscuridade que reina na doutrina sobre esse assunto. É o caso, por exemplo, das palavras acordo, ajuste, termo, instrumento, pacto, avença, etc.³⁵

A Lei n.º 8.666/93 positivou conceito muito amplo de contrato:

26 *Ibid.*, p. 111.

27 *Ibid.*, p. 118.

28 *Ibid.*, p. 119.

29 *Ibid.*, p. 152.

30 *Ibid.*, p. 153.

31 *Ibid.*, p. 198.

32 *Ibid.*, *ibidem.*, nota de rodapé n. 390.

33 *Ibid.*, p. 199.

34 *Ibid.*, p. 237.

35 *Ibid.*, 199.

“Artigo 2º, parágrafo único: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Fernando Menezes observa que a reciprocidade de obrigações abrange tanto obrigações convergentes quanto obrigações contrapostas.³⁶

Diante dessa observação, fica claro que o conceito legal pretende alcançar, virtualmente, todo e qualquer módulo convencional que contemple, total ou parcialmente, a criação de situações jurídicas subjetivas. Aí estão contidos, portanto, os contratos *funcionalmente sinalagmáticos* e os convênios.

A amplitude daquele conceito revela que o legislador identificou as dificuldades doutrinárias trazidas pela pluralidade de módulos convencionais que a Administração celebra, cada qual com a atribuição de um nome. Eis aí uma das razões pelas quais se preferiu dar tratamento jurídico uniforme para os contratos (palavra empregada aqui enquanto gênero).

Todavia, percebe-se que a substância desse tratamento jurídico uniforme levou em conta apenas os contratos sinalagmáticos de natureza econômica com prestações contrapostas, onde a Administração Pública delega ao particular um serviço, concede-lhe o uso de um bem ou contrata a realização de uma obra, em troca de dinheiro.

As próprias prerrogativas de ação unilateral (previstas, na essência, no artigo 58 da Lei nº 8.666/93) foram talhadas para se amoldar aos contratos comutativos.

Como nem todo contrato administrativo tem essa natureza (de contrato comutativo); como há, atualmente, ao lado dos convênios, diversos módulos convencionais novos com características peculiares; como a lei pretendeu disciplinar também os contratos ditos privados da Administração, a uniformidade de tratamento legal realmente leva a perplexidades, a dúvidas concretas na aplicação do direito positivo e ao reconhecimento do acerto da tese segundo a qual a teoria do contrato administrativo atual é insuficiente e não foi concebida para explicar o emprego da técnica contratual atual da Administração Pública.

O modelo legal atual peca por duas falhas: 1º) tende a considerar como ‘administrativo’ todo contrato em que a Administração Pública seja parte celebrante³⁷; 2º) tende a considerar incidente, em todo contrato administrativo, o bloco normativo de prerrogativas da Administração Pública.

3. TIPOS DE MÓDULOS CONVENCIONAIS

Sob a perspectiva da análise estrutural do contrato, são concebidos como módulos convencionais apenas os casos em que: (a) uma nova situação jurídica

36 *Ibid.*, p. 204.

37 Seria, segundo o autor da obra sob análise, a adoção do critério orgânico para definição do contrato administrativo (*Ibid.*, p. 229).

(subjetiva ou objetiva) é criada, necessariamente, a partir do acordo de vontades; (b) a Administração Pública resolve, por liberalidade, substituir o exercício do poder unilateral pela técnica contratual para criação de uma nova situação.³⁸

Fernando Menezes agrupa os módulos convencionais dos tipos 'a' e 'b' sob três categorias, ressaltando, em cada uma, o aspecto distintivo fundamental³⁹:

- a) módulos convencionais de cooperação – ideia de atuação conjunta para um mesmo fim;
- b) módulos convencionais de concessão – destaque para a transferência;
- c) módulos convencionais instrumentais – destaque ao aspecto instrumental em relação à finalidade da função pública.

Para o escopo mais reduzido deste trabalho, interessa apenas a análise dos módulos convencionais de cooperação, pois aí estão compreendidos os convênios e os contratos de gestão.

4. CONVÊNIOS

As figuras consideradas módulos convencionais de cooperação são aquelas em que celebrantes perseguem fins comuns, não havendo, portanto, “situação de prestações contrapostas”⁴⁰.

A perseguição de um fim comum é a nota distintiva dos convênios, cujo conceito tradicional é o de acordo de vontades tendente à consecução de finalidade comum. Eles não deixam, contudo, de serem acordos de vontade, tal como os contratos.

Tanto que as diversas figuras consideradas módulos de cooperação⁴¹ deveriam receber tratamento jurídico uniforme, sendo consideradas sob o gênero de convênios, autorizando-se tratamentos particulares pela Administração Pública, conforme a necessidade.⁴²

Embora o termo ‘contrato’ sirva para identificar gênero que abrange vários acordos de vontade, aí compreendido o próprio convênio, Fernando Menezes observa que, habitualmente, a própria doutrina que construiu a distinção entre convênio e contrato coloca-os como espécies daquele gênero. Diferenciam-se no seguinte: no contrato, há interesses contrapostos; no convênio, interesses comuns. Essa diferença é encontrada entre aqueles que distinguem contrato de união. Todavia, segundo aquele jurista, tal distinção “não leva a consequências jurídicas essenciais” e não leva em consideração o aspecto essencial no tratamento do fenômeno

38 *Ibid.*, p. 238.

39 *Ibid.*, p. 240.

40 *Ibid.*, p. 241.

41 Seriam elas: convênio, consórcio administrativo, contrato de repasse, convênio de cooperação, contrato de gestão, termo de parceria, consórcio público, contrato de programa, sociedade e associação, outras figuras, tipificadas ou não (*Ibid.*, p. 241).

42 *Ibid.*, *ibid.*

contratual (enquanto gênero), que é a distinção entre situação jurídica subjetiva e situação jurídica objetiva⁴³.

Conclui o autor:

Ou seja, o convênio é, no Brasil, no mais das vezes, instrumento para a criação de situação jurídica subjetiva – ainda que envolvendo interesses convergentes – e, nesse aspecto, merece receber o mesmo tratamento jurídico do contrato (no sentido estrito que lhe dá tradicionalmente a doutrina).⁴⁴

Disso se conclui que não há sentido teórico (conceitual) e tampouco prático (aplicação do Direito) em atribuir algum relevo substancial à distinção entre interesses contrapostos e interesses convergentes.

Isso não significa dizer que toda plêiade de normas gerais atinentes expressamente aos contratos, contidas, substancialmente, na Lei nº 8.666/93, são aplicáveis indistintamente aos convênios e a outros módulos de cooperação.

Pelo contrário, o plexo normativo incidente sobre um contrato ou um convênio é definido pelo conjunto de normas – subjetivas ou objetivas – que compõem o seu conteúdo essencial. É dizer, não é o nome do ajuste (contrato ou convênio) ou a posição dos interesses das partes (convergentes ou contrapostos) que definem seu regime jurídico, mas a natureza das normas criadoras desta realidade jurídica consensual.

Contrato e convênio criam situações jurídicas subjetivas porque contêm normas individuais aplicáveis às partes celebrantes. Esta relação jurídica tende a um fim, quando esgotado seu objeto ou terminado seu prazo de execução. A gênese do contrato e do convênio é um ato subjetivo (acordo de vontades). Por outro lado, no regramento de ambos convivem situações jurídicas subjetivas e situações jurídicas objetivas. Suas cláusulas foram aí inseridas por atos-regra, atos-condição e atos puramente subjetivos, conforme a fonte donde derivadas (por exemplo, a lei, o regulamento, a vontade das partes, etc.).

Reitere-se: partilhando da mesma característica de instrumento criador de situação jurídica subjetiva, a despeito da posição dos interesses dos celebrantes (convergentes/divergentes), contrato e convênio merecem o mesmo tratamento jurídico, com as particularidades decorrentes não do tipo de instrumento convencional utilizado, mas das peculiaridades do objeto da relação jurídica.

Mesmo a Lei nº 8.666/93, no seu artigo 116, avaliza essa compreensão ao fazer menção a “um objeto a ser executado”, a “metas a serem atingidas” pelo “partícipe”⁴⁵, determinando a aplicação das disposições da lei “no que couber”⁴⁶.

43 Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA, *Contrato administrativo*, p. 243.

44 *Ibid.*, *ibid.*

45 *Ibid.*, p. 243.

46 Marçal JUSTEN FILHO esclarece que “o convênio é uma manifestação contratual [contrato enquanto gênero]. Por isso, os princípios basilares contidos na legislação sobre contratações administrativas deverão ser obrigatoriamente observados mesmo quando o vínculo jurídico se estabelecer entre órgãos

Essa nova perspectiva permite um reposicionamento radical sobre a compreensão do contrato administrativo e de todas as figuras que envolvem acordo de vontades e que receberam nomes diferenciados por parte da doutrina administrativa. Retira-se o foco dos interesses das partes, colocando-o no objeto da relação, cujo tratamento jurídico decorre de normas cuja produção pode ter tanto fontes autônomas quanto heterônomas.

E ela relativiza, também, os critérios tradicionais de identificação dos contratos administrativos que, no Brasil, tal como elaborados e importados da França, são o *orgânico* e o *material*. O primeiro diz com a presença da Administração Pública enquanto contratante. O segundo refere-se à presença das cláusulas exorbitantes.⁴⁷

Significa dizer que a presença da Administração Pública não necessariamente qualifica o contrato como administrativo e que em alguns contratos reconhecidamente privados da Administração Pública podem (ou mesmo devem) ser inseridas cláusulas ditas exorbitantes⁴⁸, seja pela vontade das partes, seja por imposição legal.

5. CONTRATO DE GESTÃO

O contrato de gestão é figura que nasceu da Lei Federal n. 9.637/98, que “dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.”

A referida lei pretende revigorar os tradicionais mecanismos de fomento estatal à iniciativa privada de interesse público, dando um passo além ao permitir a transferência conjugada de serviços públicos, bens públicos, recursos financeiros e servidores públicos ao parceiro privado. Este é associação ou fundação a quem se atribui a qualificação de organização social após preenchimento de certos requisitos, sendo um dos principais o desempenho de alguma das atividades descritas no artigo 1º, reputadas de interesse coletivo. O instrumento de regência desta parceria foi denominado contrato de gestão.

No que tange à transferência de serviços públicos não exclusivos, a lei teve clara inspiração no modelo norte-americano e anglo-saxão, em que universidades e hospitais são entidades públicas não estatais, dotadas de relativa independência, mas com laços profundos com o Estado em função do interesse coletivo das atividades que desempenham.⁴⁹

estatais diversos, ainda quando não integrantes do Poder Executivo.” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 662).

47 Para uma análise sobre a evolução dos critérios distintivos do contrato administrativo na França, Cf. Maria João Estorninho, *Curso de direito dos contratos públicos*, p. 161 e ss.

48 Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA critica o emprego desta expressão ao dizer que não há propriamente exorbitância, mas aplicação de regime específico (*Contrato administrativo*, p. 218).

49 Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, *Estratégia e estrutura para um novo Estado*, *Revista de Direito Público*, p. 19.

Essa nova figura chama a atenção justamente por desafiar a teoria do contrato administrativo atual, escancarando suas insuficiências para explicar as dimensões atuais de relacionamento consensual mantido pela Administração Pública.

A doutrina, ao tratar da figura, adota três posições: (a) não se preocupa em aprofundar a reflexão sobre sua natureza jurídica⁵⁰; (b) reputa-a contrato administrativo de feição peculiar ou outra figura⁵¹; (c) considera-a convênio⁵².

E a dúvida no enquadramento da figura transborda dos limites meramente teóricos para trazer sérios questionamentos sobre a realidade concreta de aplicação da figura pela Administração Pública, sobretudo no que tange aos limites da atividade de fomento e quanto à necessidade de licitar para escolher as OS.

Em 1º de dezembro de 1998, o Partido dos Trabalhadores e o Partido Democrático Trabalhista propuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 1923-DF) para questionar amplamente o modelo das OS, atacando, dentre outros pontos da Lei Federal nº 9.637/98, a celebração de contratos de gestão sem licitação.

Na ação, o ministro Ayres Brito, relator, e o ministro Luiz Fux apresentaram seus votos dando parcial procedência ao pedido de modo a conferir ao texto interpretação conforme a Constituição. Os votos estão sedimentados no pressuposto de que a Constituição estabeleceu margem de ação política para que o gestor público possa implantar novos modelos de ação estatal, principalmente na seara dos serviços públicos sociais (saúde, educação, ciência e tecnologia, meio ambiente) em que

50 Maria Sílvia Zanella DI PIETRO não posiciona o contrato de gestão, seja na classe dos contratos administrativos, seja na classe dos convênios. Entretanto, considerando o contexto em que discorre sobre as organizações sociais e a menção à atividade de fomento, é possível supor que reputa a figura como convênio (*Direito administrativo*, p. 472). Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO contenta-se em reconhecer que se trata de contrato, defendendo, com isso, a necessidade de observância do princípio da licitação (*Curso de direito administrativo*, p. 222); nesse sentido, cf. também Diógenes GASPARINI, *Direito administrativo*, p. 733. O autor faz lamentável confusão entre contratos de gestão firmados com organizações sociais e contratos de gestão ditos *endógenos*, porque, firmados com espeque no artigo 37, § 8º, da CF, e vinculam a Administração Direta, de um lado, e, de outro, órgãos seus ou entidades da Administração Pública Indireta, conferindo-lhes maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira. Marçal JUSTEN FILHO, após flertar com a possibilidade de considerar o contrato de gestão como convênio, afirma que eles são ‘contratos organizacionais ou associativos’. Entretanto, afirma que ele “pode comportar inúmeras figuras jurídicas, de mais diversa natureza. Caberá examinar a situação concreta para atingir uma conclusão” (*Curso de direito administrativo*, p. 206-207).

51 Sílvio Luís Ferreira da ROCHA fala em *contrato administrativo degradado* porque são observados elementos do convênio e do contrato administrativo tradicional, com leve predomínio deste (*Terceiro setor*, p. 67 e 141). Na obra de Hely Lopes MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, seus atualizadores referiram a natureza contratual do contrato de gestão para esclarecer que se trata de um [obscurso] *acordo operacional* entre Administração e entidade privada (p. 433). Gustavo Justino de OLIVEIRA considera o contrato de gestão inserido no gênero dos *acordos administrativos colaborativos*, onde também se encontram os convênios. Todavia, diferencia-os dos convênios ressaltando aspectos pontuais existentes nos contratos de gestão: maior amplitude do objeto (com transferência de bens, recursos financeiros e servidores), inviabilidade de celebração com entes de finalidade lucrativa e maior estabilidade do relacionamento (*Contrato de gestão*, p. 269-272).

52 Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA deixa claro que os contratos de gestão poderiam simplesmente ser tratados como convênios (*Contrato administrativo*, p. 248).

a titularidade é compartilhada. Segundo sustentam, respeitados certos limites, a via consensual da parceria com fomento público encontra campo legítimo para vicejar, já que o modelo tradicional de atuação estatal não é o único preconizado pela Constituição, não podendo se pretender seu engessamento pela Corte Constitucional.

Ambos firmaram entendimento pela desnecessidade de licitar para celebração do contrato de gestão, porque possui natureza de convênio e não de contrato administrativo, e concluíram serem constitucionais as dispensas de licitação insertas nos artigos 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 e no artigo 12, § 3º, da Lei nº 9.637/98.

Todavia, ressalva Ayres Britto:

Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

O problema da necessidade de um processo de escolha não escapou da análise do Ministro Luiz Fux, que, em seu voto na Adin nº 1923, assim se manifesta:

Ora, no conteúdo do contrato de gestão, segundo os arts. 12 e 14 da Lei, pode figurar a previsão de repasse de bens, recursos e servidores públicos. Esses repasses pelo Poder Público, como é evidente, constituem bens escassos, que, ao contrário da mera qualificação como organização social, não estariam disponíveis para todo e qualquer interessado que se apresentasse à Administração Pública manifestando o interesse em executar os serviços sociais. Diante de um cenário de escassez, que, por consequência, leva à exclusão de particulares com a mesma pretensão, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado no contrato de gestão, impõe-se que o *Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos*, ainda que, repita-se, sem os rigores formais da licitação tal como concebida pela Lei nº 8.666/93 em concretização do art. 37, XXI, da CF, cuja aplicabilidade ao caso, reitera-se, é de se ter por rejeitada diante da natureza do vínculo instrumentalizado pelo contrato de gestão. (grifo no original).

Gustavo Justino de Oliveira, ao comentar o julgamento da medida cautelar que antecedeu a propositura da Adin, preconizou a necessidade dessa seleção, esclarecendo que “a Lei Federal nº 9.637/98 não submeteu essa escolha a um processo de licitação formal (arts. 5º a 7º), embora fosse indicada a exigência de um processo de seleção pública para a escolha da melhor organização social.”⁵³

53 As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal, *Boletim de Direito Administrativo*, p.159.

A necessidade de licitação também é defendida por Fernando Dias Menezes de Almeida, com fundamento na interpretação extraída do artigo 116 da Lei nº 8.666/93.⁵⁴

Por outro viés, sustenta-se ser incompatível com o convênio a delegação de serviço em virtude dele envolver apenas atividade de fomento.⁵⁵

Como visto, os votos dos Ministros Ayres Britto e Luiz Fux reproduzem a equivocada compreensão do contrato administrativo e do convênio como integrantes de espécies distintas. Outro equívoco é querer atribuir aos convênios a missão de veicularem simples atividade de fomento. Ainda que isso ocorra em larga escala na prática, trata-se tão somente de costume acolhido pelos operadores do Direito. Não há imposição legal alguma a vincular o emprego dos convênios (e dos contratos de gestão) somente à veiculação do fomento estatal, ficando de alguma forma impedida a transferência de serviços públicos.

CONCLUSÃO

As prerrogativas da Administração estão presentes no direito objetivo e são inerentes às relações de Direito público. Caracterizam o próprio agir administrativo, a função administrativa.⁵⁶ As prerrogativas de ação unilateral referem-se, então, ao objeto da ação administrativa, que é a função pública. E o contrato é um instrumento de veiculação da função pública. Disso decorre que o contrato celebrado pela Administração Pública para desempenho da função pública pode não conter expressamente cláusulas que garantam as sobreditas prerrogativas e, mesmo assim, ser contrato administrativo. Isso porque ele é, estruturalmente, contrato (acordo de vontades) e sofre *potencialmente* a incidência do “regime especial de Direito público autoexecutório inerente à ação Administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral (e não porque tal regime necessariamente esteja incorporado ao modo de ser da relação contratual).”⁵⁷

A teoria proposta corrige a grave distorção repetida e consolidada na doutrina administrativa de conceituar o contrato administrativo através das prerrogativas conferidas pelo regime jurídico de direito público à Administração Pública, consistentes, na essência, nos poderes de ação unilateral e autoexecutoriedade das

54 *Contrato administrativo*, p. 251.

55 Nesse sentido, cf. Maria Sylvania Zanella DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, p. 232-233; Sílvio Luís FERREIRA DA ROCHA, *Terceiro setor*, p. 106. Fernando Dias MENEZES DE ALMEIDA afirma que a utilização de um módulo convencional como atividade de *fomento* não altera sua natureza convencional, tendo utilidade para se conhecer seu regime jurídico. Entretanto, reconhece que não se coaduna com a noção tradicional de convênio o desempenho de atividades próprias da Administração através de contratos de gestão (*Contrato administrativo*, p. 259).

56 *Contrato administrativo*, p. 352.

57 *Ibid.*, p. 353.

suas decisões. Essas prerrogativas, quando presentes, radicam na disciplina legal (lei material e atos infralegais) do objeto contratual, não no contrato em si.

Com isso, importará menos o nome dado às espécies contratuais e mais a amplitude do regime de prerrogativas (e, no limite, sua inexistência no regime contratual, o que não retira seu vigor extraído do regime legal) em cada espécie, de acordo com o objeto do ajuste celebrado.

Não se ignora que, no Brasil, haja uma lei dos contratos públicos (a Lei nº 8.666/93) que contém normas gerais de contratação por força do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República. Todavia, ainda que haja posituação do regime de prerrogativas da Administração Pública às suas relações contratuais, ela não é aplicável a todos os contratos ditos administrativos. Afora os casos em que o próprio objeto da relação jurídica não deixa escapatória à incidência do regime de prerrogativas, deve-se interpretar o texto legal de modo a ver conferida maior discricionariedade ao administrador, permitindo-lhe, em certos contratos, considerado o seu objeto, (a) inserir cláusulas contemplando aquele regime na sua quase integralidade; (b) inserir algumas prerrogativas legais; ou (c) simplesmente afastá-las por completo (é o caso dos artigos 62, § 3º e 116, caput, da Lei nº 8.666/93, na parte em que estipula a aplicação do 'regime geral' a certas figuras convencionais, "no que couber").

O transplante do modelo francês de contrato administrativo desconsiderou – com graves consequências – as peculiaridades da dualidade de jurisdição que caracteriza o regime político na França. Neste país, o contrato administrativo, distinto dos contratos ditos privados da Administração, é fruto, num primeiro momento, das decisões finais do Conselho de Estado e, num segundo momento, da elaboração doutrinária sobre essas decisões, através da qual identificaram-se os elementos essenciais do contrato administrativo.

O modelo francês, consolidado ao longo do século XX, foi construído "em torno da ideia de um contrato dotado de especificidades de Direito público, a caracterizar um regime próprio, dito "derrogatório" do Direito privado, por prever para a Administração, enquanto parte contratante, prerrogativas de ação unilateral não extensíveis à parte privada".⁵⁸

A noção de contrato administrativo foi intimamente ligada, de início, à prestação de serviços públicos. A prestação de serviço público como objeto principal do contrato caracteriza-o como 'administrativo'. E havia necessidade premente em identificar o contrato administrativo pelo seu objeto porque isso era critério definidor da própria competência da jurisdição especial administrativa.⁵⁹ Ao lado do serviço público, a própria presença da Administração Pública era critério

58 *Ibid.*, p. 178. Segundo o autor, o regime especial dos contratos administrativos na França se mantém até hoje, e "comporta as ideias de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público, mutabilidade do contrato (por certo, com limites) e desigualdade das partes no tocante a medidas inerentes à execução contratual (basicamente um "direito de direção e controle" e um "direito de sanção)"." (*Ibid.*, p. 184).

59 *Ibid.*, p. 179.

distintivo do contrato administrativo (e, também, critério de atração da competência da jurisdição administrativa).⁶⁰

A importância fundamental dos serviços públicos, a demandar especial proteção jurídica em razão do evidente interesse geral na sua fruição, era garantida contratualmente pela imposição, ao concessionário, das prerrogativas de ação unilateral da Administração Pública.

Não é difícil perceber, nessa trilha, que diante da necessidade de fixação da competência da jurisdição administrativa, as prerrogativas do regime jurídico de direito administrativo, presentes inexoravelmente nos contratos de concessão de serviço público – contrato administrativo por excelência – acabaram por ser ampliadas, ultrapassando os limites de regência do objeto do contrato (o serviço público) para alcançar e caracterizar o próprio contrato administrativo enquanto categoria jurídica. Pode-se dizer que houve uma ‘contaminação’ do contrato enquanto modelo consensual de criação de normas jurídicas, nele inserindo-se – indevidamente – como elemento essencial seu, em qualquer circunstância, um regime jurídico mais ou menos homogêneo que garante posição de supremacia à Administração Pública.

A recepção, difusão e consagração dessa noção de contrato assim ‘contaminada’ é evidente na doutrina pátria, tendo ultrapassado dois séculos (XIX e XX) e ingressando num terceiro (XXI) praticamente incólume.⁶¹

E o equívoco parece se acentuar pelo argumento que tenta justificar a presença das chamadas cláusulas exorbitantes (que estatuem aquele regime especial) em razão da necessidade de garantir a supremacia do interesse público.

Primeiro, o interesse público não é um só, imutável no tempo, no espaço e nas circunstâncias; pelo contrário, é modulado e cambiante em função da situação fática concreta que demanda intervenção estatal.

Segundo, o regime das prerrogativas da Administração Pública não é aplicável em bloco, indivisivelmente; antes, tem seus limites desenhados de acordo com os limites do objeto que compõe o conteúdo do contrato, não em função – pura e simplesmente – da escolha do módulo consensual enquanto forma de satisfação do interesse público. Aliás, pode ser que sequer aplique-se tal regime especial ao contrato em função da evidente inadequação dele em face do objeto do ajuste.

Terceiro, a via contratual, não sendo imposta, representa legítima escolha discricionária outorgada ao administrador público, sendo corolário desta autorização legal a opção pela melhor forma de tutelar o interesse envolvido, aí compreendida a autonomia de vontade na elaboração das cláusulas essenciais do contrato.

60 *Ibid.*, p. 180-181.

61 É famoso e muito esclarecedor dessa visão o conceito de contrato administrativo da professora Maria Sílvia Zanella DI PIETRO: são “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público” (*Direito administrativo*, p. 259). A menção ao regime jurídico de direito público é uma clara menção àquelas prerrogativas de ação unilateral e autoexecutoriedade. Isso fica mais evidente logo a seguir, quando se refere às cláusulas exorbitantes do direito comum (*Ibid.*, p. 261).

A técnica contratual de viabilização da ação administrativa está fincada na opção democrática do regime político brasileiro (CR, artigo 1º), a qual confere legitimidade àquele instrumento da administração consensual.

Segundo Maria João Estorninho, mesmo na França, “a tradicional dicotomia *contrato administrativo/contrato de direito privado*, entendida de forma rígida, na qual assentava a teoria clássica do *contrat administratif*, está ultrapassada, quer do ponto de vista substantivo, quer do ponto de vista do contencioso”.⁶²

Essa afirmação é parcialmente correta. Houve, em verdade, um abrandamento daquela dicotomia. Todavia, ela ainda é imprescindível em função da dualidade de jurisdição ali reinante. É o que leciona Christophe Guettier na introdução do seu livro sobre contratos administrativos:

Os contratos que são objeto da presente obra são qualificados de administrativos. Trata-se de contratos dotados de uma natureza de direito público. Nisso, eles se opõem aos contratos de direito privado. Esta oposição é explicada no âmbito francês pela existência de um princípio de dualidade de jurisdições que conduz à formulação da pergunta sobre a natureza de um ato para determinar o juiz competente em caso de litígio e, por consequência, o direito que lhe é aplicável. Os contratos administrativos ressaltam, assim, a competência do juiz administrativo, ao passo que os contratos de direito privado ressaltam a competência do juiz comum. Mas, assim como constataremos, ocorre que certas pessoas privadas celebram contratos administrativos; quanto à própria administração, ela pode muito bem celebrar contratos que não possuem essa natureza⁶³

Mas o que importa é que, atualmente, nem mesmo a doutrina francesa concede status de regra absoluta àquela dualidade, admitindo, por força da construção jurisprudencial e da influência do direito comum europeu, inúmeras exceções em ambos os casos de contratos da Administração Pública, até mesmo nos tradicionais *contrats des marchés publics* (contratos de obras públicas, fornecimentos e prestação de serviços), que eram identificados como contratos administrativos.⁶⁴

Sob a perspectiva desenvolvida por Fernando Menezes, os módulos convencionais de concessão, notadamente o contrato de concessão, vão conjugar atos de diferentes origens (fontes normativas), a saber: as cláusulas regulamentares (pro-

62 *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável, p. 221.

63 “Les contrats qui sont l’objet du présent ouvrage sont qualifiés d’administratifs. Il s’agit de contrats dotés d’une nature de droit public. En cela, ils s’opposent aux contrats de droit privé. Cette opposition s’explique dans le cadre français para l’existence d’un principe de dualité des juridictions qui conduit à se poser la question de la nature d’un acte pour déterminer le juge compétente en cas de litige et par conséquent le droit qui lui est applicable. Les contrats administratifs relèvent ainsi de la compétence du juge administratif, alors que les contrats de droit privé relèvent de la compétence du juge judiciaire. Mais, ainsi que nous le constaterons, il arrive que certaines personnes privées passent des contrats administratifs; quant à l’administration elle-même, elle peut fort bien conclure des contrats qui n’ont pas cette nature.” (*Droits des contrats administratifs*, p. 1).

64 Exceções essas hoje não mais aceitáveis nesses tipos de contratos, diante da edição da Lei MURCEF, de 11 de dezembro de 2001 (Maria João ESTORNINHO, *Curso de direito dos contratos públicos*: por uma contratação pública sustentável, p. 222-223).

venientes de atos-condição com caráter de união) e as cláusulas econômicas (atos subjetivos, com caráter de contrato propriamente dito).⁶⁵

Já os módulos convencionais de cooperação – que encontram no convênio seu exemplo mais claro –, regem-se por lógica distinta, imperando maior autonomia às vontades pela convergência de propósitos e unidade de fins, justamente porque o objeto contratual é acessível aos particulares. Sobressaem, então, os mecanismos autônomos de produção normativa, as normas jurídicas individuais, decorrentes de atos subjetivos.⁶⁶

Os convênios que envolvam fomento puro podem seguir essa lógica. Já nos contratos de gestão em que há transferência de serviços públicos (saúde, educação, assistência social, etc), é razoável (e esperado) que o instrumento contratual contemple tanto atos-condição com características de união, decorrentes da própria regulamentação do objeto do serviço concedido (situação em tudo parecida com a concessão de serviços públicos), e atos subjetivos a disciplinar os demais aspectos do contrato, onde há verdadeiro fomento, e onde se concede maior autonomia às partes para traçar os rumos da parceria.

Nesse ponto, o contrato de gestão que contempla transferência de serviços públicos, por se aproximar mais do contrato de concessão e menos do convênio de puro fomento, pode ser, com segurança, classificado como contrato administrativo, na visão tradicional dada pela doutrina. Não obstante, designá-lo por contrato de gestão⁶⁷ não vai sonegar-lhe a natureza de contrato administrativo e, ao mesmo tempo, faz ressaltar a peculiar conjugação das ações estatais de delegação de serviço público e fomento, com as modulações de regime jurídico necessárias para açambarcar essa realidade convencional específica.

Enfim, a grande contribuição que se recolhe é que numa mesma relação convencional, há normas aí incidentes que tiveram por gênese o poder criador das partes (fonte de situações jurídicas subjetivas) e outras previamente criadas pelo Direito e consentidas pelas partes (fonte de situações jurídicas objetivas).⁶⁸ A conjugação de situações objetivas e subjetivas, cada qual oriunda de fontes diferentes, compõe o objeto do contrato. E é este (não o contrato em si mesmo) que vai receber o influxo do regime especial de prerrogativas da Administração Pública, na gradação mesma que o exigirem as especificidades daquele objeto.

65 *Contrato administrativo*, p. 360.

66 *Ibid.*, p. 365.

67 Importa lembrar que a doutrina, no plano teórico, propende à unificação, para fins de aplicação de regime jurídico geral, das diversas figuras criadas por leis esparsas de índole substancialmente cooperativa. Nessa trilha, o Anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, fruto do trabalho de vários juristas de escol, encomendado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, dá um passo para a positivação dessa propensão, criando o chamado “contrato de colaboração”. Pretende-se conferir tratamento geral às figuras de cooperação sem, no entanto, embarçar o tratamento já em vigor dado às figuras específicas.

68 *Contrato administrativo*, p. 382.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. "Estratégia e estrutura para um novo Estado". *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 48, n. 1, p. 5-41, jan./abr. 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos: por uma contratação sustentável*. Coimbra: Almedina, 2013.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUETTIER, Christophe. *Droits des Contrats Administratifs*. 3. ed. Paris: PUF, 2011.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo: RT, 2008.
- _____. As organizações sociais e o Supremo Tribunal Federal. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 25, n. 2, p. 150-160, fev. 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. II. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro Setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Submissão: 03/07/2014

Aprovado: 04/11/2015