

REVISITANDO O TEMA DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CONTRATOS PRIVADOS E OUTROS NEGÓCIOS JURÍDICOS

*Sérgio de Andréa Ferreira**

*“O contrato é hoje um meio de exercício da soberania.”
(Cabral de Moncada)*

Tradicionalmente, o principal meio de atuação da Administração Pública tem sido a prática de atos administrativos unilaterais, imperativos e, em geral, executórios, por meio dos quais ela atinge o patrimônio jurídico dos administrados, sem que para tanto haja a manifestação de vontade ou a concordância desses.

Mas nunca a atividade administrativa se limitou à unilateralidade. Sempre houve inúmeras hipóteses em que a Pública Administração precisou, para a existência de determinados atos jurídicos, da expressão de vontade, ou dos particulares, ou de entes de outras Administrações Públicas. São atos jurídicos bilaterais e multilaterais, em que, além da manifestação de um órgão administrativo ou de uma pessoa da Administração Pública, há a necessidade da exteriorização volitiva de terceiros, seja para a existência, seja para a validade ou eficácia do ato.

Modernamente, vive-se o processo de consensualização ou de contratualização da atuação administrativa.

Conjuntamente com a desregulamentação, com a privatização, desenvolvem-se a terceirização, com novas espécies contratuais; a conjugação de esforços e recursos, nos convênios, nos consórcios, nas parcerias, ao lado de outras formas de acordos, ajustes e avenças em geral, que levam a que os negócios jurídicos plurilaterais, em lugar dos tradi-

*Professor Titular de Direito Administrativo. Advogado. Desembargador Federal, aposentado. Ex-membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, do Instituto dos Advogados Brasileiros.

cionais atos administrativos unilaterais imperativos, dos provimentos administrativos, passem a povoar o mundo jurídico-administrativo.

Neste quadro, CABRAL DE MONCADA ('Características do Direito Público da Economia', em 'Direito Econômico', Coimbra Editora Limitada, 2ª ed., p. 45) resumiu, conforme citado, que o exercício da soberania se faz, atualmente, também pela contratação.

Com efeito, os Direitos Público e Social Comparados oferecem, como marca de sua modernidade, a negociação, o que se apresenta como uma forma de desestatização, e, sob certo ângulo, de participação democrática (cf. 'Foundations of Administrative Law', PETER H. SCHUCK, Oxford University Press, 1994, p. 290 e 312 e s.).

Daí, falar-se de uma administração e de uma economia 'concertadas', 'contratadas', 'consensadas'.

A diminuição de intensidade e do campo de abrangência do *ius imperii*, faz renascer a distinção entre esse e o *ius gestionis*, a renovar a mensuração de atributos e, inclusive, prerrogativas do Poder Administrativo, como as da imperatividade, da auto-executoriedade, que cedem lugar a uma visão gerencial da Pública Administração.

Sob o aspecto de existência do ato jurídico, os conceitos de unilateralidade, bilateralidade e plurilateralidade levam em conta o número de partes ou lados, que expressam sua vontade, na formação do ato.

Se há apenas uma parte, temos o ato unilateral, que é, no campo do Direito Administrativo, conforme salientado, da maior importância, porque, em princípio, a Administração Pública age através da prática de atos jurídicos para cuja existência, para cujo nascimento no mundo do direito, se exige apenas a sua declaração de vontade.

Atos administrativos bilaterais são aqueles em que encontramos duas partes declarantes, diante uma da outra, expressando vontades que se entrecruzam. Uma das partes será um órgão ou uma entidade da Administração Pública, ou, em certos casos, um colaborador seu.

Anote-se, ademais, que o ato bilateral é a fusão de dois atos unilaterais, a oferta e a aceitação, que se soldam, porque a isso se destinam. São dois negócios jurídicos que se destinam a formar uma só, e necessários à existência do último, donde não ser a aceitação tão-somente pressuposto de eficácia da oferta, mas, diversamente, junto com ela, elemento constitutivo do ato jurídico bilateral.

Atos administrativos plurilaterais, como os convênios entre entidades públicas, têm duas ou mais partes cujas vontades convergem para um ponto comum.

Nem todo ato bilateral é contrato. No chamado ato-união, por exemplo, como em certas terceirizações de serviço público, há duas partes, mas trata-se de um ato-condição, a investir seu destinatário em situações estatutárias, objetivas; e não criador de situações subjetivas.

Muitas espécies de atos administrativos unilaterais exigem, para a sua validade ou eficácia, a expressão volitiva de terceiro: a autorização pressupõe um pedido prévio do interessado, ou sua aceitação ulterior. É possível a prática do ato de autorização e do de aceitação num mesmo instrumento, do que decorre uma bilateralidade instrumental, cristalizada em um termo – que constitui o instrumento de autorização – com duas partes formais. Não há contrato, nem acordo ou ajuste, porque não se trata de proposta ou oferta, a ser, ou não, aceita, mas de autorização já aperfeiçoada no plano da existência jurídica; dependente, contudo, no plano da eficácia, da expressão volitiva de seu destinatário.

É o que alguns chamam de ato unilateral eficazmente relativo (cf. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, ‘Princípios Gerais de Direito Administrativo’, Rio, Forense, 2ª ed., 1975, I: 434), que se complementa (e não, se completa) com o concurso de outro ato unilateral, autônomo, e que constitui um pressuposto da emanção ou da concretização do efeito do primeiro. Por sua autonomia, participam de um procedimento administrativo, e não da formação de um ato jurídico bilateral. LAFAYETE PONDÉ, em festejado trabalho sobre ‘A Vontade Privada na Formação ou na Eficácia do Ato Administrativo’ (RDA 63: 19) assinala, com propriedade, que, em muitas hipóteses, “a interferência do particular não integra o ato da Administração”, eis que “este se apresenta como um ato unilateral”: a “prévia manifestação de vontade privada pode constituir um pressuposto jurídico de sua validade”; ou, se a manifestação for *a posteriori*, poderá ter influência na vigência, na irradiação da eficácia ou no efeito já produzido do ato da autoridade pública.

Proceda-se, outrossim, à diferenciação entre, de um lado, os atos jurídicos em sentido estrito, como a citada autorização, que correspondem a atos voluntários, em que a vontade está dirigida a efeitos *ex lege*; e, de outro, os negócios jurídicos, nos quais as partes escolhem as formas jurídicas mediante as quais administrarão os seus interesses, e que, mercê do auto-regramento da vontade, fornecem os exemplos mais expressivos de utilização dos poderes jurídicos de que dispõem.

O negócio jurídico é, pois, a forma conspícua da auto-regulamentação de interesses, que, no tocante à Administração Pública, são os interesses públicos e sociais.

O campo do auto-regramento é o espaço jurídico, interior ao Direito, deixado às vontades, isto é, o que fica às pessoas, para o seu querer – ou não-querer – jurígeno.

Genericamente, fala-se de contratação pública, ou, como se expressa a Constituição Federal Brasileira (art. 22, XXVII), ‘contratação, em todas as modalidades’.

Mas, em verdade, a noção de contratação pública, de ‘contratação em todas as modalidades’, abrange variadas espécies de negócios jurídicos bi e plurilaterais.

Principiemos pelo contrato propriamente dito.

O contrato é espécie eminente de negócio jurídico, em que a autonomia da vontade dos sujeitos de direito se apresenta em sua extensão máxima, dentro dos limites legais.

Os contratantes, tal como o legislador, criam novas situações jurídicas: o segundo, aquelas de natureza geral, objetiva ou estatutária, em tese; os primeiros, as de caráter subjetivo, individualizado, personalizado. Daí, dizer-se que o contrato é ‘lei entre as partes’, porquanto criador de situações jurídicas, vincula aquelas. Embora haja contratos multilaterais, como os de sociedade, também existentes no âmbito administrativo, na constituição, por exemplo, de uma sociedade de economia mista, o mais comum é o contrato bilateral no plano da existência, e que posiciona as partes uma em face da outra, colocando-se as respectivas declarações de vontade no mesmo segmento linear que liga essas partes, e traduz a relação jurídica que se forma: as declarações expressam-se em sentido inverso uma da outra, o que caracteriza o quiasma ou entrecruzamento de vontades.

Temos, portanto, declarações recíprocas de vontade, com sentido oposto, mas que coincidem, e, daí, falar-se de acordo, de consenso, para a produção de efeitos jurídicos específicos, com a criação de direitos e deveres, pretensões e obrigações.

Este, aliás, o conceito de contrato, para os fins da Lei Brasileira nº 8.666/93, consoante os termos de seu art. 2º, parágrafo único, que assim considera “todo e qualquer ajuste entre órgãos e 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”.

A ressalva justifica-se, porque, até mesmo para escapar de certas exigências mais rígidas do regime jurídico dos contratos, em sede administrativa, nomenclaturas as mais diversas passaram a ser utilizadas, como ajustes e acordos, vocábulos utilizados como se se tratasse de negócios jurídicos diversos, mas que, ontologicamente, muitas vezes, são contratos.

Na ampla gama contratual, destaca-se o contrato administrativo.

Dentre as variadas espécies de contratações que os órgãos e entes da Administração Pública podem celebrar, ou seja, de contratos da Administração Pública, conceito que tem sentido subjetivo, pois que leva em conta, tão-somente, o fato de uma das partes, pelo menos, ser órgão administrativo (órgãos despersonalizados podem ter legitimidade para contratar) ou entidade da Administração Pública, é identificado o que, materialmente, seria uma categoria com identidade própria, os contratos administrativos, com denotação e peculiaridades, decorrentes de sua sujeição a um regime jurídico que chega a ser considerado exorbitante do Direito Comum. Analisemos esse posicionamento.

Ontologicamente, o chamado contrato administrativo enquadra-se na categoria jurídica fundamental, da Ciência do Direito, de sua Teoria Geral, do contrato, na moldura antes tracejada, pois que, do contrário, não teria essa natureza, não seria, enfim, contrato.

Em verdade, mesmo o contrato administrativo, sobre o qual incidem regras de direito público, está, substancialmente, submetido ao chamado Direito Comum.

No Brasil, o art. 766 do antigo Código de Contabilidade Pública Federal (Decreto Legislativo nº 4.536, de 28.011.1922) prescreveu: “Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo.”

Em sua essência, o contrato administrativo é, portanto, de Direito Comum – o que abrange segmentos básicos do ato contratual, quais sejam o acordo de vontades e o objeto –, sendo que as peculiaridades legais não são substanciais, mas: a) procedimentais ou formais, dizendo respeito aos aspectos de escolha do contratado, da aprovação do contrato e de sua execução; b) a estipulação, isto é, as condições que devem estar contidas nas cláusulas contratuais; c) direitos específicos da Administração-contratante, que não subvertem, porém, a índole, de Direito Comum, do contrato administrativo, sendo produto de opções legislativas, que, ordinariamente, ficam no “branco” *intra legem*, e que também estão disponíveis aos contratantes particulares, especialmente nos chamados contratos de colaboração, como o são, em grande parte, os contratos administrativos.

Com efeito, uma parte substancial dos contratos administrativos típicos é constituída de contratos de colaboração; categoria que se opõe à dos contratos de atribuição, pelos quais, estes últimos, uma das partes outorga vantagens ou benefícios à outra. Nos primeiros, como o de empreitada, o de fornecimento, o de prestação de serviços, uma das partes, embora recebendo a contraprestação remuneratória devida, tem a prestação, que lhe cabe, direcionada, finalisticamente, para a consecução dos interesses da contraparte, interesses que são prevaletentes. Daí, falar-se em dono da obra, em dono do serviço.

A contratação de terceiros para a execução de atividades administrativas corresponde a uma forma de descentralização administrativa denominada descentralização por colaboração, sendo, o contratado, um colaborador da Administração Pública.

Os encargos administrativos realizados pela própria Administração correspondem à execução direta, mesmo que desenvolvida pela chamada Administração Indireta, constituída por autarquias (pessoas jurídicas de direito público) empresas governamentais (pessoas de direito privado), como as sociedades de economia mista; e outras espécies de entidades, como as fundações estatais.

Quando se trata de terceirização é que se tem a execução indireta, sob a forma de contratos de colaboração.

Existentes esses em vários ramos jurídicos, como no Direito Privado, no qual, além dos já citados, ainda pode ser lembrado o mandato; e, ainda, no Direito do Trabalho, com seu contrato laboral, é próprio de tais contratos: a) o poder de imposição pela parte que detém a posição de supremacia, de preceitos, especificações, ordens, instruções, projetos, plantas, exigências; b) o poder de modificação unilateral, pela parte dominante, desses elementos, o denominado '*ius variandi*', a '*potestas variandi*'.

Assim, embora seja comum aludir-se, em tema de contratos administrativos, à presença de cláusulas exorbitantes do Direito Comum, não há, como visto, nenhuma exorbitância em relação ao mesmo.

Perfeitamente enquadrado, como contrato que é, na Teoria Geral do Direito, e respectivos princípios, insere-se no Direito Comum, com as especificações que a legislação própria, de Direito Administrativo, estabelece.

O importante é que aquilo que constitui o núcleo do ato contratual, que são o objeto e o conteúdo econômico-financeiro, não podem ser atingidos, lesivamente, em desfavor do contratado, do colaborador, e nem pode ser alterado sem prévia concordância deste.

O contrato administrativo classifica-se, como qualquer negócio jurídico da espécie, sob os vários critérios de categorização.

Assim, ele é bilateral, sinalagmático (bilateralidade eficaz: cria direitos e deveres para ambas as partes, contendo prestação e contraprestação); comutativo (não é aleatório: há equivalência econômica entre o conjunto de direitos e os deveres de uma parte e de outra); oneroso (traz vantagens e ônus para ambos os lados).

É ele, outrossim, um contrato motivado, finalístico e causal, pois que sua celebração, sua estipulação, sua execução; seu conteúdo, e respectivas mutações; todos esses aspectos são gravados pelo interesse público: é ele praticado, pois, '*publicae utilitatis causa*'.

Esse conceito está ligado à sua função, dentro do processo de desenvolvimento da atividade governamental; do comprometimento finalístico que marca essa atividade, e em que se insere a celebração do contrato administrativo.

É esse conjunto de motivos (antecedentes), causa (a que título se dá a prática do ato contratual), objeto (conteúdo) e fim (sempre a consecução de um interesse público) que preside e condiciona todo o procedimento contratual, desde a fase licitatória prévia, passando pelo conteúdo do contrato e por sua concretização executória, e justifica as modificações que lhe podem ser imprimidas.

Ademais, é o contrato administrativo: a) formal: a lei estabelece os meios pelos quais é possível a celebração do ato contratual, em geral escrito, e, muito excepcionalmente, verbal, sendo seu instrumento formalizador sempre público; b) '*intuitu personae*': isto

é, a cessão e a subcontratação encontram óbices, exatamente porque a Administração Pública não é livre, em geral, no que tange à escolha daquele com que vai contratar, segundo o princípio da licitação, que seria frustrado, se houvesse a possibilidade de, livremente, ter lugar a circulação contratual, a transferência do contrato, ou mesmo a celebração de contratos derivados, objetivando o repasse da execução de encargos do contratado.

A contratação administrativa, grife-se, é '*intuitu personae*', o que decorre, diretamente, do princípio da licitação, que seria, reitera-se, fraudado – em seu aspecto de tradução do princípio da isonomia, pela acessibilidade igualitária à '*res publica*' –, se, celebrado o pacto com um contratado, outra pessoa pudesse, livremente, substituí-lo, tendo participado, ou não, da competição. É interessante observar que o caráter personalíssimo da contratação deriva da garantia da impessoalidade, que deve presidir a escolha do contratado.

O subcontrato é um contrato dependente ou derivado, em relação ao contrato principal ou básico: ambos coexistem, pois a celebração daquele não acarreta a extinção desse, devendo os respectivos conteúdos serem, total ou parcialmente, o mesmo. Inexiste sucessão, e o novo relacionamento jurídico que se cria é distinto do anterior, que subsiste.

Na cessão ou transferência, há novação subjetiva, liberando-se a parte-cedente.

A Lei federal brasileira nº 8.666/93 admite (art. 72) a subcontratação de partes da obra, serviço, ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso pela Administração. Constitui motivo para rescisão do contrato a subcontratação total, e a parcial fora desses limites, assim como sua cessão ou transferência (art. 78, VI).

Observação que deve ser feita é que, no estudo dos atos administrativos bi e multilaterais, em especial dos contratos administrativos – que estão a merecer destaque especial neste ponto –, não nos circunscrevemos ao contrato em si, ao instrumento, à sua formalização, aos seus elementos, mas temos de abranger fases anteriores e posteriores à celebração da avença.

Com efeito, para a prática do ato contratual existe, em princípio, todo um procedimento administrativo anterior: a licitação; a englobar várias espécies. É que, como consabido, a Administração Pública, com seus órgãos e entes, não é, em geral, livre na escolha do contratado. Em princípio, essa escolha é feita através de um concurso, de um certame, de uma competição, de um processo administrativo, formalizado por meio do procedimento adequado, para que se possa apontar aquele concorrente que oferece as melhores condições para a celebração do contrato, e ao qual será conferido o título jurídico, a habilitação para vir a ser o contratado.

De igual modo, após a celebração do contrato, há toda uma série de atos e fatos administrativos vinculados à eficácia do próprio contrato (como, v.g., sua publicação), e à sua execução.

Quando se fala em celebração de contrato administrativo, na realidade está-se apenas fazendo referência ao epílogo de todo um procedimento administrativo. Antes de contratar, a pessoa administrativa tem que decidir se vai prestar o serviço ou realizar a obra diretamente, através de seus próprios meios, ou se por intermédio de terceiros. Por força dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da economicidade; para que possa obter a Administração Pública o máximo com o menor ônus, dando igualdade de oportunidades a todos os interessados, é, em princípio, exigido que a escolha do terceiro se faça através da licitação, que é processo administrativo, eis que, com sua deflagração, se forma uma relação jurídica dinâmica, que objetiva a escolha do contratado; e processo que tem seu aspecto formal, que é o respectivo procedimento.

O objetivo da licitação é a escolha do concorrente que, tendo idoneidade jurídica, financeira, técnica e econômica, ofereça a melhor proposta. É tradicional o critério do menor preço, mas a eles outros se somam, como o que conjuga técnica e preço.

A legislação prevê, porém, hipóteses de inexigibilidade licitatória, pela ausência de viabilidade de competição; e de dispensa do certame, em face do interesse público, como diante de urgência insuperável. Fala-se, em tais casos, em adjudicação ou, para muitos, em contratação direta.

A licitação envolve várias etapas: a fase de determinação, que corresponde à decisão, da autoridade administrativa competente, no sentido de realização do certame; a da abertura, com a publicação, de edital, ou o envio de carta-convite, através do que se dá conhecimento aos interessados de que a Administração Pública vai realizar a licitação; a da habilitação e proposição, quando os licitantes apresentam suas qualificações e propostas, de acordo com as exigências do ato convocatório; a da verificação da idoneidade (jurídica, técnica, econômica, financeira) dos concorrentes, com sua qualificação ou desqualificação; a da apreciação, julgamento e classificação das propostas; a de homologação do resultado, e adjudicação, com a atribuição do título jurídico que habilita o adjudicatário a celebrar o contrato, inclusive conferindo-se-lhe o direito de não ser preterido pelos demais concorrentes ou por terceiros, na contratação com a Administração Pública, em razão daquela licitação; a fase recursal, com a eventual impugnação das decisões, pelos licitantes.

Noção fundamental é a de que, nesse contexto processual, a vinculação contratual não nasce, de inopino, no momento da celebração do contrato, mas, diversamente, seu substrato jurígeno tem início, desenvolve-se e adensa-se, muito antes da formalização do instrumento contratual. A celebração do contrato é o coroamento, formalizador e concretizador, em definitivo, desse vínculo contratual, mas o suporte fático, com o surgimento de progressivas obrigações, já começa a se formar, e a se aprofundar, a partir da abertura da licitação, com a divulgação, com a comunicação do ato convocatório.

O primeiro ato vinculativo é, com efeito, o ato convocatório, eis que um dos princípios básicos da licitação é autovinculação, da Administração Pública, ao mesmo.

Qualquer modificação no edital, na carta-convite, exige divulgação pela mesma forma em que se deu à do instrumento original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, para a apresentação de documentos e proposta, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação dessas. Se a Administração, unilateralmente, altera o edital, a carta-convite, ela quebrou a sua autovinculação inicial e está recomeçando o processo. A Administração não pode descumprir as cláusulas e condições do ato convocatório, que constitui uma declaração unilateral de vontade, fonte de obrigações.

O edital, ou outra espécie de ato convocatório: não é, contudo, uma proposta de contrato, tendo dúplici função: (a) autovincula a Administração Pública, quanto às condições nele insertas (a legislação tem exigido que a minuta do instrumento contratual o acompanhe, razão por que a doutrina costuma realçar a parcela, de contrato de adesão, que existe na contratação administrativa); e (b) constitui uma '*invitatio ad offerendum*', pois que quem vai propor é o licitante.

O segundo elemento de vinculação é a proposta daquele que aceitara o convite, a *invitatio*, e se tornou licitante, ofertante, porque, neste passo, já estamos no campo da proposta de contrato, a policitação, que se vincula, por seu turno, também, ao ato convocatório. A Lei nº 8.666/93, § 6º do art. 43) estabelece que, após a fase de habilitação, em que se afere a idoneidade jurídica, econômico-financeira, técnica, fiscal, dos licitantes, não cabe desistência da proposta, salvo por motivo justo, decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão que preside a licitação. A legislação costuma estabelecer que, somente após o transcurso de um certo prazo (60 dias), é que o licitante fica liberado da proposta.

Chega-se, então, aos momentos culminantes dessa progressiva vinculação: (a) o julgamento das propostas dos licitantes habilitados, e que têm os envelopes, que as contêm, abertos; o que envolve um segmento preliminar de desclassificação daquelas que não preencham os requisitos pertinentes; e outra, a subsequente classificação das aceitas, gerando nova vinculação para a AP, na medida em que essa não pode contratar com preterição da ordem classificatória; (b) a homologação, a chancela, pela autoridade competente, do resultado do certame; e (c) a adjudicação, que corresponde, afinal, à aceitação, pela AP, da proposta do licitante vencedor.

Termina, neste ponto, a licitação e inicia-se um segmento intermediário entre essa e o momento de celebração do contrato, quando a AP convoca o adjudicatário para a prática do ato contratual.

Discute-se sobre se a adjudicação confere, ou não, ao adjudicatário, direito à contratação. Somos de opinião que sim, porque a AP não se pode omitir na convocação do licitante vencedor. A legislação brasileira (arts. 64 e 81 da Lei federal nº 8.666/93) tem esse sentido, na medida em que: (a) alude, expressamente, ao 'direito à contratação' do adjudicatário (direito do qual decairá, se não atender, oportunamente, a convocação); e (b) em que equipara a recusa em celebrar o contrato ao descumprimento total do mesmo.

É certo que a Administração Pública pode revogar a licitação, por interesse público. Mas isso não significa que não haja essa progressiva vinculação a que nos referimos. A doação é um contrato, e pode ser revogada, por ingratidão do donatário, por exemplo. Da mesma forma, a revogação da licitação há-de ser expressa e adequadamente motivada.

Uma das partes de um contrato administrativo há-de ser um órgão da Administração Direta (mesmo despersonalizado, mas que tenha legitimidade contratual), ou ente – de direito público ou privado – da Administração Indireta.

Os contratos administrativos admitem, por sua vez, vários subconjuntos, conforme o respectivo regime jurídico.

Um primeiro núcleo é constituído pelas modalidades contratuais seguintes, todas subsumidas na categoria dos contratos de colaboração: a) Contrato de obra pública – tem por objeto obra, construção, reforma, recuperação, ampliação de bem público; b) Contrato de prestação de serviços – a Administração, ao invés de utilizar seu próprio pessoal, adjudica a terceiros, pessoas físicas ou jurídicas, a execução de serviços administrativos (como demolição, reparação, conserto, conservação, manutenção, instalação, montagem, adaptação, operação; transporte, limpeza, segurança; locação de bens, publicidade, seguros; serviços técnico-especializados como os de assessoria, feitura de projetos); c) Contratos de compra e fornecimento – compra de materiais, de gêneros, de bens, para entrega de uma só vez, parceladamente ou por entregas sucessivas.

Obras e serviços podem ser: 1) por empreitada por preço global – quando a execução é contratada por preço certo e total; 2) por empreitada por preço unitário – se o preço é certo, por unidades determinadas; 3) por administração contratada – quando se contrata a execução da obra ou do serviço, mediante reembolso das despesas e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração (obra ou serviço por administração); 4) por tarefa – quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

É criticada, pela doutrina, a distinção, adotada pela legislação brasileira (art. 6º, I e II, da Lei nº 8.666/93), entre obras e serviços, quanto a algumas atividades: recuperação, por exemplo, está tipificada como obra; por seu turno, reparação é identificada como serviço.

Fala-se de adjudicação de serviços, ou de prestação de serviços, devendo observar-se que, no vigente Código Civil Brasileiro, de 2002, o contrato, com a designação de ‘prestação de serviço’ (arts. 593 a 609), tem, como prestador, necessariamente, uma pessoa física, sendo o sucessor da locação de serviços.

Cuida de fornecimento de serviço o Código de Defesa do Consumidor, definindo-o, em seu art. 3º, § 2º: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista,”

Como conceitua o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (Rio, Forense Universitária, 7ª ed., 2001, p. 671) trata-se, a prestação de serviços, do “contrato pelo qual uma parte (fornecedor) se obriga perante a outra (usuário), mediante preço, a executar determinada atividade, sem o fornecimento de coisa, ou com o emprego dessa apenas em caráter acessório.” Sintetiza PONTES DE MIRANDA (‘Tratado de Direito Privado’, São Paulo, RT, 3ª ed., 1984, XLVII: 3 e s.): “Servir é prestar atividade a outrem.” E aduz “O que promete obra deve o resultado. O que promete serviço, ou trabalho, deve a atividade mesma.”

Importante subespécie, no atual contexto do contrato de prestação de serviços, é o de serviços contínuos. A continuidade é um dos princípios inerentes à função administrativa em si mesma. Com efeito, distingue-a das demais funções, que são descontínuas, admitindo essas, até mesmo, o recesso coletivo dos órgãos que as exercem. A atuação administrativa estatal é diuturna, permanente, não havendo momento nenhum da vida estatal em que o Poder Público não esteja exercendo alguma parcela da atividade administrativa. O princípio da continuidade oferece reflexos jurídicos importantes, como na reversão dos bens do concessionário.

Quando ocorre a contratação de terceiro, para a realização de tarefa administrativa, este princípio não pode ser atingido lesivamente. Assim acontece com a concessão de serviço público. Mas o regime é o mesmo com referência à terceirização de serviço administrativo, e, portanto, de atividade-meio, e não apenas de atividade-fim, como é o caso do serviço público. Como exemplos clássicos de serviços contínuos são por todos citados os serviços de limpeza, vigilância e conservação.

Certamente, não são essas, porém, as únicas hipóteses, mesmo que fiquemos no campo, que aqui nos interessa, dos serviços administrativos. Nesta área, serviços terceirizados contínuos, ou, como também se diz, serviços a serem executados de forma contínua são aqueles não tópicos, não instantâneos, não eventuais, nem mesmo parcelados, mas os que se enquadram na categoria dos serviços administrativos que não podem sofrer interrupção; com relação aos quais, portanto, inexistente - sob pena de lesão para a Administração Pública, encarnando o interesse comum - a possibilidade, exatamente, de legítima solução de continuidade. Não são, apenas, nem especialmente, os que são desenvolvidos, faticamente, de modo ininterrupto - como o de vigilância -, mas aqueles em que a necessidade é, essa sim, permanente, e, destarte, também permanente a prestação jurídica. Daí, os meios de satisfação dessa necessidade terem de estar permanentemente disponibilizados, para, a qualquer momento - mesmo que seja apenas em dias e horários de expediente -, poderem ser usados pela AP. É este, aliás, o conceito de serviço efetivo para os fins da legislação do trabalho - e o empregado é um prestador de serviço, um colaborador, tal como o contratado da AP -, eis que o art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, considera, como tal, o período em que o prestador do serviço ‘esteja à disposição’ do beneficiário, aguardando ou executando ordens. Caracterizados, a locação de bens e o transporte, como serviços, o de locação de veículos para transporte, por exemplo, é serviço prestado de forma continuada; nessa hipótese, o contratado está obri-

gada a manter, à disposição da AP, em todos os dias e durante todo o horário de expediente, determinados veículos; e, dia e noite, um outro tanto, para, mediante simples convocação, atender às requisições da última. A cobertura, portanto, é integral e permanente, e contínuo, portanto, o dever de manter a disponibilidade.

No serviço contínuo, o prazo contratual não é aquele dentro do qual, ou seja, até cujo término, o serviço tem de estar completado. Diversamente, a duração do contrato é o período durante o qual o serviço tem de ser continuamente mantido.

Dentre as compras, o fornecimento de bens, tem a sua especificidade, porque o quanto ou o quando fica a critério do contratante.

Efetivamente, na compra e venda, mediante fornecimento, o vendedor obriga-se a entregar (fornecer), regular e periodicamente, a título de propriedade, coisas da espécie e qualidade estabelecidas, em quantidade determinada ou determinável, por preço de antemão fixado para as entregas sucessivas. A quantidade das coisas a fornecer pode ficar ao arbítrio do comprador, exigindo-as quando entender. É a tradicional conceituação de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA ('Tratado de Direito Comercial Brasileiro', Rio, Freitas Bastos, 5ª ed., 1956, vol. VI, Livro IV, Parte II, p. 150), que sublinha ser o Poder Público um dos "grandes contratantes" sob essa modalidade. O contratante garante, assim, antecipadamente, para si, o fornecimento de determinados bens, durante certo período, à medida de suas necessidades. Cuidando do fornecimento, como tipo de compra e venda, PONTES DE MIRANDA ('Tratado de Direito Privado', São Paulo, RT, 3ª ed., 1984, XLVII:12 e s.) mostra a utilidade da distinção entre aquele e o contrato de compra e venda a entregas repartidas, ou parceladas, distinção esta que 'consiste em precisão de objeto', em termos quantitativos e outros, que há no último, e não existe no primeiro.

Analisado o primeiro subconjunto de contratos administrativos, fixemos o grupo constituído pelos contratos relativos à gestão do domínio público, como a cessão e a locação ou arrendamento (que se distingue da locação de direito civil) de bens públicos, contratos de atribuição, por vezes com sua natureza combinada com a de colaboração (quando há algum encargo para o cessionário ou locatário) e geradores de direitos pessoais.

Já a concessão de uso, o aforamento ou enfiteuse, e a constituição de servidão são criadores de direitos reais, e, portanto, de gravames que oneram os bens públicos.

Não confundir esses negócios jurídicos contratuais com atos administrativos unilaterais que também dizem respeito à gestão do domínio público, como a permissão ou autorização de uso, inclusive de bens comuns de todos, mas com a marca da precariedade, da revogabilidade, sem indução em posse.

Além da compra (de bens imóveis, ou móveis, como ações, outros títulos, materiais e equipamentos) já referida, há outros negócios jurídicos de aquisição de bens para o domínio público; e, por outro lado, de alienação, de disposição.

Neste campo, encontramos atos onerosos, como a permuta; e gratuitos, como a doação, essa sempre de abrangência muito restrita em termos de bens públicos, e, em geral, modal ou com encargos, e que são contratos; assim como outros atos negociais, de que são exemplos a dação em pagamento (a dação em solução de dívida, a *'datio in solutum'*), a investidura (alienação, aos proprietários de imóveis lindeiros, de área remanescente ou resultante de obra pública, e que se tornara inaproveitável isoladamente), sendo seu oposto o recuo, ambos objeto de termos específicos.

Instituto a ser citado, neste passo, é o da chamada desapropriação amigável.

A expropriação é sempre compulsória e unilateral. Ocorre que, não sendo auto-executável a extinção do direito do expropriado, pressuposto para o nascimento do direito do expropriante, e como aquela extinção só se consuma, com o pagamento ou consignação da indenização, só há duas hipóteses: ou o expropriado concorda com o preço, ou, em caso negativo, a Justiça é que o fixa, ensejando o depósito correspondente pelo expropriante.

Na primeira hipótese, fala-se, ordinariamente, em desapropriação amigável, mas o que é amigável é o acordo quanto ao preço da indenização. PONTES DE MIRANDA (*'Tratado de Direito Privado'*, t. III, p. 198 e s.) mostra que os acordos são negócios jurídicos bilaterais não-contratuais. Tratando, especificamente, da desapropriação, diz que o “acordo é negócio jurídico bilateral relativo ao quanto da indenização e à extensão da desapropriação. Não é negócio jurídico de transferência, nem sequer, de disposição de propriedade. Tem, sim, o efeito de integrar a declaração de desapropriação, que, sem ele teria de ser judicialmente (=sentencialmente) integrada” (op. cit., t. XIV, p. 224). Não se trata, em absoluto, de uma compra-e-venda, tanto que se faz por termo de transferência por desapropriação, ou de desapropriação amigável, designações notoriamente impróprias, mas que mostram não se tratar daquela espécie de contrato. Nada impede que, não obstante a declaração, venha a haver negócio jurídico, esse sim de disposição, do bem de utilidade pública, tal como a troca, a doação, a cessão de direitos.

O terceiro subconjunto de contratos administrativos é aquele formado pelas concessões de serviços públicos, e, no vigente Direito Brasileiro, também por permissões de serviços públicos, contratualizadas pela própria Constituição Federal (art. 175, e respectivo parágrafo único, I).

A concessão configura-se, juridicamente, como sendo a delegação, pela Administração Pública, a outrem, da execução de determinado serviço público, por conta e risco do concessionário, que, para isso, recebe uma remuneração, submetendo-se à fiscalização do poder concedente. Encontramos, dessa forma, na concessão, as figuras do poder concedente, do concessionário e do usuário. O serviço público passa a serviço concedido e a remuneração recebe a designação de tarifa.

O ato de delegação pode ser unilateral e, neste caso, a formação do vínculo, que é sempre bilateral, pressupõe a aceitação do concessionário.

A delegação pode, todavia, constar de instrumento de contrato, caracterizando-se, em tal hipótese, como ato-união (ato-condição bilateral).

O ato de delegação de execução do serviço, caracteriza-se como ato-condição, a colocaria o concessionário em uma situação jurídica regulamentar ou estatutária, cujo conteúdo está nas normas legais e regulatórias que disciplinam o serviço concedido; sendo, o contrato de concessão, ato subjetivo, criador de direitos adquiridos para o concessionário, inclusive quanto à sua própria condição e ao objeto da delegação e às garantias econômico-financeiras.

Embora, conforme antes analisado, se identifiquem, no conteúdo dos contratos administrativos em geral, cláusulas mutáveis por natureza, e consistentes nas chamadas cláusulas de serviço, ditas ‘regulamentares’, ao lado das assim consideradas cláusulas contratuais propriamente ditas, pertinentes ao objeto contratual e a seu núcleo econômico-financeiro; é, na concessão de serviço público – embora com forte mitigação em época de prevalência da vertente privatística –, que se oferece a conexão entre o estatutário (ditado pelo ato-condição delegante) e o subjetivado (a partir do contrato), de tal sorte que ODILON DE ANDRADE caracterizou a concessão como um ‘estatuto protegido por um contrato’.

Por isso, a concessão, em seu todo, na doutrina tradicional, é tida por mista, parte estatutária, parte subjetiva. Justifica-se a duplicidade de natureza da concessão, porquanto, embora haja direitos subjetivos e apesar de o serviço concedido ter tido sua execução delegada, continua ele público, e ao poder concedente é sempre reservada a competência de, unilateralmente, modificar a regulação desse serviço, mediante alterações que têm de ser respeitadas pelo concessionário. Somente desse modo, e considerando os largos prazos de duração das concessões, o Poder Público, visando a assegurar a destinação comunitária do serviço, pode preservar o atendimento aos princípios de sua eficiência e continuidade. O concessionário se vê, destarte, obrigado a melhorar e a expandir o serviço nos aspectos qualitativo e quantitativo, empregando as novas técnicas de satisfação das necessidades a que o serviço concedido busca atender. Assim ocorreu, no exemplo histórico, quando se passou da iluminação a gás para a iluminação elétrica, e assim pode acontecer com a determinação, pelo Poder Público, da substituição do petróleo por outra fonte de energia na prestação de serviços públicos pelos concessionários.

A Lei nº 8.987, de 13.02.95, diploma geral sobre a matéria, inclui entre as cláusulas do contrato de concessão, ‘os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e dos concessionários, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações’ (art. 23, V). Contratualizou-se, formalmente, a porção regulamentar.

Contrato administrativo tradicional é o de concessão de obra pública, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute

por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou da utilidade que a obra proporciona.

No contexto geral de privatização da atuação estatal, tornou-se comum – e com resultados positivos, ressalvadas as reclamações em sede tarifária – a chamada concessão de rodovias públicas, pela qual o concessionário assume a administração, manutenção, conservação desses bens públicos de uso comum, mediante a contrapartida da percepção do pedágio.

Um outro conglomerado contratual administrativo é integrado pelos contratos relativos à função pública, em que o contratado, sempre pessoa física, passa a compor o pessoal da Administração Pública, e a exercer uma função da espécie em tela. Não se trata, porém, de contrato de Direito do Trabalho, também passível de ser celebrado pela AP; mas contrato administrativo de trabalho.

Modernamente, a Administração Pública passou a adotar outras modalidades negociais.

Dentre elas, destaca-se a parceria.

Inexistente, como instituto jurídico geral típico, ou seja, legalmente institucionalizado, a moderna figura do contrato de parceria, caracteriza-se como negócio jurídico atípico, havendo, típicas, algumas espécies nos Direitos Civil, Comercial e Agrário.

A gama de contratos atípicos tende a expandir-se, pois que tópico de suma relevância, na Administração Pública da mudança de século, conforme acentuado, é o da crescente bi ou multilateralização da atuação administrativa, especialmente através da contratualização.

Há, porém, alguns elementos comuns básicos nas parcerias que vieram inovar o mundo jurídico.

Avulta de importância essa plurilateralidade do ato jurídico-núcleo, sob a forma básica da convergência das expressões de vontade das partes, e de sua atuação.

Ao contrário do quiasma ou entrecruzamento dos elementos volitivos, em uma figuração unissegmentar bilateral (A -> <- B), ou da prestação e contraprestação, prevalece – mesmo em tipos mistos, nos quais aquele entrecruzamento também está cognatamente presente – a multiplicidade de segmentos (ainda que sejam apenas dois), partindo de vários pontos, para um ponto central: A->.<-B; configuração na qual, ao invés de prestação e contraprestação, existe co-prestação.

A configuração jurídica pode dar-se sob a forma convencional ou de contrato plurilateral (reiteramos, ainda que apenas com duas partes). Desenvolve PONTES (op.

cit., XXXVIII: 07/08): “Na expressão ‘negócios jurídicos plurilaterais’, a plurilateralidade é das manifestações de vontade, que em verdade convergem, em vez de se contraporem e compõem o negócio. As cordas são duas ou mais e prendem-se a um ponto... No negócio jurídico plurilateral, o que importa é não se tratar de figurantes frente a frente: os figurantes como que se convergem para um ponto, ou acertam em caminhar juntos. Por isso mesmo, o negócio jurídico plurilateral pode ser de dois flagrantos, o que mostra o sentido de plurilateralidade que se insinuou na doutrina. É o caso do contrato de sociedade feito só entre duas pessoas... Nos negócios jurídicos plurilaterais, a comunhão de fim permite a composição com muitos figurantes, à diferença do que ocorre nos negócios jurídicos bilaterais que supõem a contraposição. O feixe de negócios jurídicos bilaterais paralelos pode compor negócio jurídico plurilateral.” Realça PONTES (p. 12) que a finalidade comum está na base dos negócios jurídicos plurilaterais, em que não há prestação e contraprestação, contraposição dos interesses dos figurantes, intercâmbio; o que ocorre é que as prestações convergem, concentram-se, fundem-se, para que se atinja o fim comum: o que cada figurante vai receber, para si, provém da situação de consorte, da atuação comum. Sugestivo, como habitual, o trecho seguinte (p. 17): “Os negócios jurídicos bilaterais distribuem bens da vida; os negócios jurídicos plurilaterais aproximam pessoas que contribuem com bens da vida. Nos negócios jurídicos plurilaterais não se procede como no tênis, nem se procede como em futebol, que também é jogo bilateral, a despeito da pluralidade de jogadores de cada lado. Nos negócios jurídicos plurilaterais, os figurantes empurram a mesma pedra, cavam o mesmo valado, remam no mesmo barco. Cada um tem direitos e deveres e todos os têm.”

É inerente à parceria o caráter associativo. Não se trata de ato jurídico que constitua a pessoa jurídica ‘associação’, mas cuida-se, inquestionavelmente, de negócio jurídico associativo, união voluntária, com fim comum. PONTES (op. cit., XLIX:28) mostra o sentido vasto em que é empregado o termo associação, a contar das próprias Constituições Federais Brasileiras, nas respectivas declarações de direito: “É plena a liberdade de associação” (CF de 1988, art. 5º, XVII). Os parceiros são movidos, igualmente, pelo elemento subjetivo da ‘*affectio*’; e, podemos dizer, da ‘*affectio societatis*’, embora não haja personificação institucional. A expressão foi cunhada por ULPIANO (L.31, Dig. ‘*pro socio*’), “exprimindo a intenção de reunir esforços para a realização do fim comum”.

Finalmente, é de acentuar-se, como característica da parceria, enquanto contrato associativo, “a partilha de resultados” (MARÇAL JUSTEN FILHO, ‘Concessões de Serviços Públicos’, São Paulo, Dialética, 1997, p. 100).

Situa-se o contrato de parceria na categoria dos contratos de cooperação (diferentes, pois, daqueles de colaboração e de atribuição), nos quais uma parte desenvolve sua própria atividade, conjugadamente com a atividade alheia. Dentre eles estão, exatamente, os contratos associativos, em que existe, de modo mais ou menos extenso, um organizar objetivo, como, exatamente, nas parcerias, nas coligações econômicas, nos consórcios (WALDIRIO BULGARELLI, ‘Contratos Mercantis’, p. 81).

A parceria, atípica, pode ser um contrato misto. Citando ÁLVARO VILAÇA ('Contratos Inominados ou Atípicos', 1975, p. 86), WALDÍRIO BULGARELLI acentua o caráter unitário dos contratos mistos, inclusive sob o aspecto causal (cf. PONTES, op. cit., XXXVIII: 367). Fundamental, a noção de causa negocial, isto é, a que título é celebrado o negócio jurídico; a razão imediata da vontade (PONTES, op. e vol. cit., III: 98 e 99): "Ela já é algo de estado, de grau, entre o querer e a categorização de ordem jurídica. Daí falarem alguns em equivalente econômico, e outros, no que corresponde às necessidades da vida de negócios." A causa associativa, de cooperação, avulta no contrato de parceria (cf. MARÇAL JUSTEN FILHO, op. cit., p. 99).

Grande alarde vem sendo feito, no Brasil, em relação à Lei nº 11.079, de 30.12.04, que dispõe sobre a contratação de parceria público-privada, conhecida como PPP, e que tem provocado enorme celeuma, em face de questões que envolvem o princípio licitatório e os riscos financeiros dos empreendimentos. O art. 2º define-a como o 'contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa'. Os §§ 1º e 3º conceituam: "§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado."

Novas espécies de contratos sob regime de direito público têm surgido.

No Brasil, desenvolveu-se o contrato de gestão, como sucedâneo do tradicional controle hierárquico, dentro da Administração Direta, e da supervisão dos órgãos da Administração Direta sobre as entidades da Administração Indireta. Objetiva ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Pública, sendo celebrado por seus administradores e pelos controladores e supervisores. Compõem o seu conteúdo a fixação de metas e de controles e critérios de avaliação de desempenho, tendo base constitucional, eis que contemplado no § 8º do art. 37 da Constituição Federal Brasileira.

Também são celebrados contratos de gestão entre a Administração Pública e as chamadas Organizações Sociais, nos termos do disposto nos arts. 5º a 10 da Lei federal nº 9.637, de 15.05.98. As Organizações Sociais são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, e que recebem tal qualificação, desde que, tendo suas atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, preencham determinados requisitos finalísticos, estruturais e operacionais, impostos pelo referido diploma legal. Neste caso, o contrato de gestão visa à formação de parceria entre as partes contratantes, para fomen-

to e execução das atividades institucionais. O cumprimento do contrato pelas OS é fiscalizado por comissão de avaliação indicada pela autoridade supervisora.

Diversas das OS são, no Direito Brasileiro, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP's –, instituições do Terceiro Setor, e que recebem, igualmente, uma qualificação jurídica específica, em função dos objetivos sociais que perseguem e do atendimento de exigências legais, consoante o estatuído pela Lei federal nº 9.790, de 23.03.99. Já agora, celebram OSCIP e Poder Público termo de parceria (art. 9º a 15), que é o instrumento destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades sociais elencadas no art. 3º da Lei.

Citem-se, outrossim, o contrato de gerência, pelo qual a administração de um ente estatal passa a uma empresa privada, por conta e risco do Poder Público, recebendo desse, a administradora, uma remuneração; o contrato de '*affermage*', mediante o qual o Poder Público transfere a gestão operacional de um serviço público ao arrendatário, para que este o explore por sua conta e risco (ODETTE MEDAUAR, '*Direito Administrativo Moderno*', São Paulo, RT, 8ª ed., 2004, p. 274/275).

No campo econômico, a partir, especialmente do Direito Francês, há todo um conjunto contratual de avenças celebradas pelo Poder Público e por empresas privadas, com a finalidade de execução de planos econômicos, tendo o contrato como instrumento dessa execução (ODETTE MEDAUAR, '*O Direito Administrativo em Evolução*', São Paulo, RT, 2ª ed., 2003, p. 210/211). É o caso dos contratos de programa, pelos quais empresas ficam liberadas de limitação de preços, desde que se afeiçoem aos objetivos do plano; dos contratos de estabilidade, que permitem, à empresa co-contratante, o aumento de preços de certos produtos, sob a condição de redução dos de outros; dos contratos fiscais, pelos quais um benefício fiscal é outorgado com fim econômico; dos contratos de plano, celebrados entre a Administração Central e coletividades locais ou empresas públicas, objetivando a compatibilização da respectiva atuação com os planos nacionais.

O Direito Urbanístico é prenhe de institutos com acentuada bilateralidade, como é o caso da outorga onerosa do direito de construir, ligado ao famoso instituto do solo criado; outorga essa objeto de licença, e que envolve uma contrapartida, como remuneração (não se fala em preço), a ser prestada pelo beneficiário ('Estatuto da Cidade', Lei federal nº 10.257/2001, arts. 28 a 31). No mesmo campo, vamos encontrar as operações urbanas consorciadas (arts. 32 a 34), identificada como 'o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores e investidores privados, com o objetivo de alcançar, em uma área, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental'. Existem, ainda, as concessões urbanísticas, pelas quais o empreendimento de urbanização é delegado a terceiro, que o realiza, mediante vantagens financeiras. Indique-se, também, a transferência do direito de construir, consistente em autorização, pelo Município, mediante lei permissiva, baseada no plano diretor, autorização essa dada a proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou a alienar, por meio de escritura pública, o direito de construir (art. 35). Têm lugar,

igualmente, ajustes, acordos, compromissos (não no sentido ligado à arbitragem, que será focalizado a seguir), de diferentes naturezas, e com grande variedade formal, tais como protocolos de intenção, pactos administrativos, acordos de colaboração.

Negócio jurídico administrativo plurilateral típico é o convênio (*cum + venire*), em que há convergência de prestações que se fundem, em um ponto central, o qual, graficamente, representa o fim coletivo. Os convênios são comuns na realização de projetos, quer de infra-estrutura, quer no campo social.

Entre entes estatais formalizam-se os consórcios administrativos, com a finalidade de consecução de objetivos comuns. Dispõe sobre a matéria a Lei nº 11.107, de 06.07.05, segundo a qual esses consórcios, constituídos mediante contrato – o contrato de consórcio público (arts. 2º, § 1º, II; 3º e 4º e §§), celebrado após prévia subscrição de protocolo de intenções, o qual é ratificado mediante lei (arts. 3º e 15), adquirirão personalidade de direito público (associação pública, forma de autarquia: art. 16) ou privado (associações civis), e poderão celebrar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza; ser contratados pela Administração do consorciado; outorgar concessão, permissão e outorga de obras e serviços públicos; obter recursos dos entes consorciados, mediante contrato de rateio (art. 2º, § 1º, I, III, e § 3º; e 8º); sendo objeto de contrato de programa as obrigações de um ente federativo com outro ou com o consórcio, no âmbito da gestão associada de serviços públicos (art. 13).

No setor específico da Previdência Privada, lembrem-se os convênios de adesão de entes administrativos aos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar, que patrocinam.

O art. 241 da Constituição federal Brasileira estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A atividade consensual do Estado penetrou em outros setores da vida governamental, que não a atividade administrativa.

Assim, em matéria de solução de conflitos envolvendo interesses coletivos, o Ministério Público e outros legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta, também chamado de termo de ajustamento de consulta (TAC), como garantia de que a outra parte se conduzirá de acordo com o interesse da coletividade. No Brasil, o instituto é previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal nº 8.069/90, art. 211) e na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85, art. 5º, § 6º), como instrumento de defesa de interesses individuais, difusos e coletivos, de menores e em face de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico, artístico, turístico e paisagístico e à ordem econômica.

Na área estritamente jurisdicional, é de lembrar-se a figura da transação penal, proposta por iniciativa do *Parquet* e que compreende a aplicação de pena restritiva de direitos ou multas, a ser submetida à aceitação pelo autor da infração e por seu defensor, e à apreciação judicial. Como salientam os estudiosos da matéria, no Brasil, o art. 77, e seus §§, da Lei nº 9.099, de 26.09.55 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) inauguraram o espaço do consenso, no tocante às infrações de menor potencial ofensivo.

Desenvolveram-se, ainda dentro desse universo, os expedientes da mediação e da conciliação, e a arbitragem, essa última objeto, em nosso País, da Lei nº 9.307, de 23.09.96, que prevê: (a) a convenção de arbitragem, que engloba a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, e que como convenção, encerra a convergência das vontades para um ponto central; e (b) o juízo arbitral. O art. 1º da Lei citada estatui que ‘as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’. Acentue-se que, em sede de arbitragem, no Direito Público, os parâmetros da indisponibilidade e da disponibilidade mantêm relação biunívoca com a ordem pública e com a negociabilidade, sempre com exclusão dos permissivos que autorizem o julgamento que não seja de direito, mas de equidade; que deixem, à livre escolha das partes, as regras de direito que serão aplicáveis; ou, ainda, de julgamentos que se baseiem, também *ex voluntate*, não na regra jurídica incidente, mas em princípios gerais de direito, usos e costumes, não embasados na legislação de regência.

Mais ainda: é pacífico, no Direito Brasileiro, o entendimento – o qual nada mais faz do que traduzir o sistema do ordenamento jurídico nacional e a realidade dos fatos – de que, mesmo os órgãos dos Poderes Políticos, a Administração Direta destes, que estão insculpidas na personalidade jurídica do Estado, bem como as autarquias – também, como esse, pessoas jurídicas de direito público –, não praticam, apenas, atos jurídicos de direito público, mas igualmente de direito privado, e de outras ramificações jurídicas. Nesta linha, celebram contratos de compra e venda de imóveis; obtêm financiamentos nacionais e internacionais, em regime privado; admitem servidores segundo o direito do trabalho; tornam-se locatários de bens particulares, nos termos da legislação civil. Aliás, a própria Lei nº 8.666/93, reconhece e proclama, em seu art. 62, § 3º, que os entes administrativos, públicos ou privados, celebram contratos regido pelo direito privado. Por tudo isso, o citado art. 22, XXVII, da Constituição Federal, ao atribuir competência legislativa à União Federal, para dispor sobre licitações e contratos da Pública Administração, alude à “contratação, em todas as modalidades.” Destarte, contratação em regime de direito público, e de direito privado; de pessoas administrativas públicas e privadas, para o que se tem de levar em conta, na respectiva normatização, as diferenças apontadas.

Nesta moldura, é clássica, renove-se, no Direito Brasileiro, a caracterização, como gênero, da categoria contratos da Administração Pública, isto é, contratos celebrados pelos órgãos e entidades da mesma, independentemente do ramo a que estejam vinculados; e, neste gênero, já agora como espécies, a figura do contrato administrativo, além daqueles outros submetidos aos diversos ramos jurídicos, inclusive o civil e o comercial.

No Direito Financeiro encontramos os contratos pertinentes, como os empréstimos públicos, inclusive, os compulsórios. É de realçar-se a importância e o ônus excepcionais que, em matéria de finanças públicas, assumem a dívida pública interna e externa, tanto que objeto, no Direito Brasileiro, de lei complementar (Constituição Federal, art. 103, II), assim como o são a emissão e resgate de títulos da dívida pública (nº IV); as operações de crédito realizadas por órgãos e entidades públicas (nº VI) e a concessão de garantias por essas (nº III). Figuram, nesta área, os protocolos de intenção e os acordos com organismos financeiros internacionais.

A Lei Complementar federal nº 101, de 04.05.00, estabelece 'normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal', conhecida como 'Lei de Responsabilidade Fiscal', e que engloba 'a obediência a limites e condições no que tange às dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita e concessão de garantia' (art. 1º, § 1º).

Na interseção entre o Direito Tributário e o Direito Econômico, em sua função de fomento, cite-se, no campo da bilateralidade negocial, o incentivo fiscal condicionado.

Distinção relevante, em questão de regime jurídico contratual, é a que se estabelece entre contratos internos e contratos internacionais. A Lei federal brasileira nº 8.666/93 prevê em seu art. 42, § 5º, que, 'para realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração'.

É de registrar-se a existência do que se identifica como contratos administrativos de segundo grau; contratos, por exemplo, de fornecimento de energia elétrica celebrados entre os concessionários (a concessão é objeto do contrato de primeiro grau) e os usuários do serviço.

