

O contrato de gestão: sua perspectiva de ação na administração pública

The management contract: its perspectives of use in public administration

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça*

Resumo

Trata sobre a utilização do contrato de gestão pela Administração Pública brasileira, verdadeiro instrumento de consensualidade que não chega a caracterizar-se como contrato, aproximando-se mais dos convênios. Estuda a evolução dos contratos e as características dos contratos administrativos, abordando os aspectos divergentes das consensualidades. Demonstra a utilização, cada vez mais freqüente, pela Administração, de instrumentos de Direito privado para fugir das amarras dos princípios do Direito Administrativo.

Palavras-chave: Contrato. Contrato de gestão. Consensualidade. Administração pública.

Abstract

The article analyses use of management contracts by Brazilian public administration, an actual consent instrument which cannot be characterized as a contract, since it more closely resembles an accord. The article also investigates the evolution of the contracts and the characteristics of administrative contracts, taking into account diverging aspects of consent. It further demonstrates the use, more frequent each day, by public administration, of Private Law instruments aiming to evade from the principles of Administrative Law.

Keywords: Contract. Management contract. Consent. Public administration.

INTRODUÇÃO

Novo tipo de consensualidade administrativa, o acordo de gestão surge como instrumento de ampliação de competências públicas e instrumento de democracia participativa, por meio de entes localizados no espaço público não governamental.

Objetivando ampliar o estudo sobre o instituto, o presente artigo foi assim desenvolvido:

o contrato administrativo, características dos contratos administrativos, convênios e consórcios administrativos, origens e desenvolvimento do contrato de gestão, características do contrato de gestão, o contrato administrativo como atuação de direito privado, o contrato de gestão no direito brasileiro, natureza jurídica do contrato de gestão e o contrato de gestão como contratualidade ou consensualidade.

* Mestre em Direito pela UFC, doutora em Direito pela UFPE. Preofessora aposentada da UECE e Professora Adjunta da UNIFOR. (liridacalou@unifor.br).

1 O CONTRATO ADMINISTRATIVO

O contrato encontra-se dentro das teorias dos negócios jurídicos bilaterais que se aperfeiçoam pela coincidência de dois ou mais consentimentos e representa uma espécie do gênero negócio jurídico. Todas as vezes que para a formação do negócio jurídico depender da conjunção de duas vontades, estaremos na presença de um contrato, que é o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos. (COLIN E CAPITANT. In: RODRIGUES, 2003, p. 10). O âmbito dos contratos não se circunscreve apenas ao chamado direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito privado e até mesmo do direito público. O código francês, baseado na teoria de Pothier², estabeleceu uma distinção entre os contratos e as convenções. A convenção, como acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto jurídico. O vocábulo contrato, em sentido estrito, ficaria reservado àquelas convenções destinadas exclusivamente a criar obrigações. A teoria de Pothier (1835) pouco prosperou em outros sistemas, mas, entre nós, as duas expressões são usadas como sinônimas.

A Administração, além dos atos administrativos, utiliza largamente o contrato, no qual uma forma jurídica nova é criada pelo acordo de vontades dois interessados. Esses contratos são firmados pela Administração e utilizados de duas formas distintas. Por um lado, celebra contratos idênticos tal como são disciplinados no Direito Privado e por outro celebra contratos administrativos, nos quais prevalece a preponderância da Administração Pública. O recurso usado pela Administração de utilizar-se do contrato privado é muito freqüente; é a regra no que diz respeito aos serviços industriais e comerciais e é característico do processo de gestão privada dos serviços públicos. Por outro lado, a Administração também pode praticar atos, que apesar de sua natureza contratual, são submetidos a regras diferentes das que regem os contratos privados e, sim, as regras particulares dos contratos administrativos.

A Administração Pública está vinculada ao regime jurídico de Direito Público, ainda que o contrato firmado seja submetido às normas do Direito Privado (GORDILLO, 1997, p. 144-167). Para Lúcia Vale de Figueiredo (2003, p.497-498), inexistem contratos privados da Administração Pública, existem contratos da Administração Pública ora sob maior influxo de regras do Direito Público, ora do Direito Privado. Roberto Dromi (1966, p. 304) explica:

[...]a maior parte das figuras jurídicas são comuns aos distintos ramos jurídicos. Não há figuras exclusivas do Direito Privado ou do Direito Público. A propriedade, os contratos, a responsabilidade, as servidões, o direito subjetivo etc., são instituições utilizadas comumente por ambos. São simplesmente `figuras jurídicas`, categorias gerais de direito, cuja essência permanece idêntica.

No início do século XX, quando da elaboração da teoria dos contratos administrativos, houve forte resistência a essa idéia, sob o argumento de que a Administração não poderia celebrar contratos em virtude de sua posição de supremacia em relação ao particular. Por outro lado, o atendimento do interesse público impediria todo tipo de vínculo contratual contínuo, e ainda que as relações entre Administração e particulares só nasciam mediante ato administrativo (MEDAUAR, 1996, p. 232-233).

A resistência verificada na existência de contratos administrativos explicava-se pelas concepções que predominavam no século XIX, e que versavam sobre contratos entre particulares. Tais resistências progressivamente foram sendo vencidas a partir das elaborações doutrinárias e jurisprudenciais, especialmente, o papel desempenhado pelo Conselho de Estado francês. Os contratos administrativos são, portanto, acordos que a Administração Pública, nessa qualidade, celebra com pessoas privadas, naturais ou jurídicas ou públicas, para a consecução de fins públicos, e dentro de um regime de direito público. Ou ainda, um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas, sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado (MELLO, 1998, p. 445).

2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Os poderes que são atribuídos à Administração permitem, desde que respeitado o objeto do contrato, que sejam estabelecidas cláusulas diferenciadas das de direito privado, constituídas nas modificações das prestações devidas pelo contratante em função das necessidades públicas, a acompanhar e fiscalizar a execução dos mesmos, a impor as sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem e a rescindir o contrato por ato unilateral se o interesse público assim o determinar.

² Pothier (1835) ensina que: "Un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est une convention. Une convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier: Duorum vel plurium in idem placitum consensus; l. 1§ 11, ff. De pacto. L'espèce de convention, qui a par objet de former quelque engagement, est celle qu'on appelle contrat". (Traité des obligations, n.3, Oeuvres complètes de Pothier, Paris, Ed. Depelafol, 1835, v.I).

Celso Antonio Bandeira de Mello (1998, p. 447) refuta a opinião de que, no contrato administrativo, garantem-se os privilégios da Administração, ao afirmar:

O chamado contrato administrativo de modo algum configura relação em que assistem vantagens e poderes apenas para uma das partes, como adiante melhor se dirá. Se assim fora, como é curial, jamais o Poder Público encontraria quem com ele travasse tais avenças. Foi, de resto, o que salientou Francis-Paul Benoit: "Não é por isso que se deva menosprezar o interesse do particular contratante. Aliás, se se procedesse desta maneira, é perfeitamente evidente que a Administração não encontraria contratantes.

O traço imprescindível, caracterizador do contrato administrativo, consiste no resguardo dos interesses dos contratantes, que se traduz no direito ao equilíbrio econômico-financeiro, que preserva sua natureza comutativa. A existência de prerrogativas especiais ou cláusulas exorbitantes, que assim se qualificam por serem cláusulas que fogem às regras do direito comum, não representam o aniquilamento ou diminuição do interesse do contratante, uma vez que lhe é garantida integral proteção ao equilíbrio econômico financeiro. O contrato administrativo se desenvolve dentro de uma dualidade: por um lado o Poder Público usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público que está substanciado no contrato; de outro lado, o contratante goza de integral garantia dos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo.

A desigualdade fundamental, no contrato administrativo, tem um limite do lado financeiro, pois o contratante, neste campo, beneficia-se de garantias que o Direito Privado ignora e que tendem a lhe assegurar de todo modo e qualquer que seja o uso feito pela Administração de suas prerrogativas, uma remuneração conforme as previsões iniciais (RIVERO, 1965, p.108). No Direito positivo brasileiro, compete à União expedir normas gerais sobre contratação em todas as modalidades para a Administração Pública. Essas normas estão consubstanciadas na lei 8.666 de 1993, com algumas alterações posteriores.

A Lei de Licitação e dos Contratos Administrativos (BRASIL 1993) traduz, em seu texto, um conjunto de prerrogativas em prol da Administração exercitáveis nos limites e termos da lei como: a) o de modificar o contrato unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, mas com variações de quantitativos e preços cifrados ao disposto na lei; b) extingui-lo, unilateralmente, nos casos especificados em lei; c) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.

Dentre as modalidades de contratos admitidos no Direito brasileiro, sujeitos ao Direito Administrativo,

vamos encontrar o contrato de gestão que tem sido utilizado como forma de juste entre a Administração Pública direta e entidades da Administração indireta ou entidades privadas que atuam paralelamente ao Estado.

3 CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS ADMINISTRATIVOS

Os convênios e consórcios administrativos são tradicionalmente utilizados como instrumentos jurídicos aptos a formalizar atividades cooperativas dos diversos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública. O Art. 241 da Constituição Federal prevê a possibilidade de os entes federativos firmarem convênios e consórcios de cooperação. A Carta constitucional de 1988 consagra um federalismo de cooperação conforme se pode depreender dos artigos 10, 23, 71, 199 e 241. Convênio pode ser entendido como ato administrativo bilateral mediante o qual uma entidade pública acorda com outras ou outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho coordenado de atividades convergentes para a satisfação de interesses públicos concretos (PESSOA, 2000, p.288). Através dos convênios criam-se obrigações ou encargos recíprocos por parte das entidades convenientes, tendo em vista certo objetivo. Os convênios, portanto, apresentam características como: acordados por entes que possuem interesses comuns; celebrados entre órgãos e entidades públicas de níveis federativos diferentes; entre órgãos e entidades públicas e entidades privadas, supõem-se competências diferentes. Odete Medauar (1992, p. 75) observa que se torna cada vez mais difícil estabelecer uma diferença radical entre convênios e contratos, com base nos interesses que norteiam os participantes, como se tem feito tradicionalmente, principalmente convênios firmados com entidades privadas.

Os consórcios são atos administrativos bilaterais em que uma entidade pública acorda com outra ou outras entidades públicas, da mesma natureza, o desempenho coordenado de atividades convergentes para a satisfação de um interesse público concreto. Ao contrário dos convênios que supõem competências diferentes, os consórcios pressupõem competências e responsabilidades comuns por parte dos consorciados. Os convênios e os consórcios podem apresentar os mais diversos objetos, de acordo com as diferentes necessidades coletivas a serem supridas e as peculiaridades de cada região. A natureza jurídica e dos convênios e dos consórcios é bastante discutida. A posição clássica foi a enfrentada por Hely Lopes Meirelles (1999, p.360-364), para quem o Convênio é acordo e não contrato. Nos contratos as partes têm

interesses comuns e coincidentes. A posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos. Os consórcios são acordos firmados entre entidades estatais autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

4 O CONTRATO DE GESTÃO: ORIGENS E DESENVOLVIMENTO

O Contrato de Gestão, segundo Siqueira Lima (1998, p. 214), é de inspiração estrangeira principalmente nas experiências francesa e inglesa. A experiência inglesa data da ascensão de Margaret Thatcher ao poder, em 1979. Buscou-se uma mudança durável nas formas de gestão da Administração Pública inglesa através da reforma das estruturas dos sistemas de informações, das formas de gestão financeira, dos recursos humanos e da cultura do civil service. Implantavam-se em cada Ministério sistemas e estruturas, que permitissem aos responsáveis, de todos os níveis, ter uma visão clara de seus objetivos e desempenho.

O governo inglês concluiu que as supostas vantagens de uma administração gerenciada de maneira uniforme eram mais que superadas pelas desvantagens. O modelo inglês demonstrou uma forte decisão de substituir o modelo estrutural da Administração Central. Sheyla Maria Lemos (1996, p.101-138), sobre a origem dos contratos os contratos de gestão, esclarece:

[...] conforme vem denominado no Brasil, tem sua origem na França no final da década de 60, onde é conhecido como contrato de plano, quando aplicado a empresas públicas, e como contrato de serviços, quando aplicados a órgãos de administração pública não-empresarial (equivalência à administração direta, autárquica e fundacional brasileira). Consiste no estabelecimento periódico e sistemático de compromissos negociados e acordados entre nível local e o central acerca dos objetivos e metas para dado período de gestão, com o intuito de induzir a uma maior participação e coresponsabilização na operacionalização dos referidos objetivos e metas em cada período. Em contrapartida, o nível central concede ao nível local maior autonomia gerencial, liberando-o do controle de meios, que passa a ser realizado somente sobre os resultados alcançados.

A experiência francesa que, segundo revela Sylvia Di Pietro (2002), foi o berço idealizador do contrato de gestão e foi criado como instrumento de controle, revelou uma evolução das relações contratadas entre governo e empresas estatais e procurou sintetizar a proposta de modernização para a administração pública levada a efeito no final da década de 1980.

O programa de modernização foi relatado pela Comissão Closets, desenvolvida por solicitação do primeiro-ministro Rocard, direcionada em quatro eixos principais: política de relações de trabalho renovada; política de desenvolvimento e responsabilidades; avaliação das políticas públicas e política de atendimento e prestação de serviços aos usuários. Para aplicar a política de Renovação do Serviço Público, o governo propôs que os órgãos desenvolvessem projetos de serviço e sugeriu a criação de centros de responsabilidade, em caráter experimental. Observa-se na experiência francesa a mudança da natureza do controle, tendendo a minimizar os controles administrativos e a valorizar sistemáticas de avaliação de resultados a partir dos compromissos anteriormente assumidos. Silvia Zanella (2002, p. 212), como já anteriormente citado, aponta como tendo sido a França o berço do contrato de gestão, com o chamado "Relatório Nora", no ano de 1967.

Buscava-se a redução dos controles do poder público sobre as suas estatais para obtenção de maior eficiência destas entidades. Na evolução da doutrina sobre os Contratos de Gestão, várias definições foram adotadas, tais como: contratos de programa, contratos de empresa, contratos de plano e contratos de objetivos (DI PIETRO, 2002). André de Laubaudère, Pierre Devolve e Frank Moderne (1983, p.423), quando tratam dos contratos de gestão, os intitulam de "contratos discutíveis", já que os mesmos revelam tratar-se de um acordo. Não afirmando sequer, se são ou não são realmente contratos.

5 O CONTRATO DE GESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil adotou-se o modelo francês, mas optou-se pela denominação Contrato de Gestão. Foi introduzido no texto constitucional brasileiro, pela Emenda Constitucional N.º 19, de 4.6.98, que permitiu a implantação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Delineado constitucionalmente, no § 8º do art. 37, pode ser considerado como o acordo de vontades, firmado entre o Poder Público e os administradores de órgãos e entidades públicas integrantes da Administração direta ou indireta. Inicialmente adotado, no Brasil, nas empresas estatais federais cuja regulamentação foi objeto do Decreto Federal 137, de 27 de maio de 1991, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais.

À semelhança dos Contratos de Gestão, antes do advento do mencionado decreto, o Ministério das Minas e Energia já tinha compromissos de gestão

denominados “Convênio de Desempenho” com oito Empresas Estatais como: Companhia Vale do Rio Doce, Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, Usiminas, Açominas, Companhia Siderúrgica de Tubarão, Companhia Siderúrgica Nacional, Aços Finos Piratini S/A e Cosipa (LIMA, 1996, p. 182).

Uma experiência anterior do Contrato de Gestão, no Brasil, foi a que resultou de acordo firmado entre o Ministério da Saúde e o Serviço Social Autônomo “Associação das Pioneiras Sociais”. Anteriormente funcionando sob a forma de Fundação mantida pelo Poder Público, foi transformada em Serviço Social autônomo para fugir das amarras jurídicas impostas às Fundações pela Constituição de 1988(LIMA, 1998, p. 192). O acordo firmado entre as Pioneiras Sociais e a União estabelecia regras para regular a aplicação dos recursos. Baseava-se na idéia de um contrato de gestão porque buscava a autonomia gerencial e estabelecia controle de resultados.

Apesar da constitucionalização do contrato, não há no direito brasileiro nenhuma lei regulando, especificamente, os contratos de gestão. As normas que cuidam do assunto fazem-no apenas regulando contratos específicos com entidades determinadas, como no caso da lei federal nº. 9.637/98, que regula o contrato de gestão celebrado entre o Poder Público e as Organizações Sociais. Os contratos de gestão foram admitidos para estabelecimento de metas de desempenho com as Organizações Sociais e as Agências Executivas, trazendo uma série de indagações e questionamentos à doutrina administrativista.

O Plano Diretor do Aparelho do Estado estabeleceu o Contrato de Gestão como compromisso institucional de resultados, com o propósito de contribuir ou reforçar o alcance de objetivos de políticas públicas, através de um programa de melhoria da gestão. Além de um programa de metas, com estabelecimento de obrigações, responsabilidades, recursos, condicionantes e mecanismos de avaliação e penalidades, representam uma espécie de instrumento-chave que regula relações entre órgãos públicos e entidades(BRASIL, 1998, p.36-44).

Figura jurídica que se confunde ora com os contratos administrativos, ora com os chamados convênios, firmados entre pessoas jurídicas de direito público, ou entre órgãos do Estado e particular, difere dos convênios porque estabelece um estatuto normativo, criando autonomamente uma disciplina jurídica vinculante (JUSTEN FILHO, 2002, p. 23). Este seria um requisito essencial para todo e qualquer contrato, administrativo ou não. A característica de contrato administrativo revele-se posteriormente, em face de existência de cláusulas exorbitantes.

Tradicionalmente a doutrina costumava diferenciar os contratos administrativos e convênios, a partir da natureza das partes envolvidas. Os convênios seriam firmados apenas entre pessoas jurídicas de direito público. A diferença estabelecida não subsiste em face de não caracterizar a realidade e apresentar um duplo engano.

Tanto os contratos como os convênios podem ser firmados por pessoas jurídicas de direito público e admitem como partes as pessoas jurídicas de direito privado. Outros fatores ainda são apresentados como distintivos dos dois institutos como, por exemplo, os interesses das partes. Os convênios visam à confluência de interesses e os contratos resultam de interesses contrapostos. O fator que justifica, realmente, a distinção entre contratos administrativos e convênios, que inclusive a doutrina e a jurisprudência parecem reconhecer, é que os convênios seriam passíveis de denúncia a qualquer tempo. Ainda que convênios stricto sensu, firmados entre órgãos públicos, a tendência parece ser extensiva aos convênios firmados com particulares.

Doutrinariamente, os convênios podem ser considerados contratos, ainda que com diferenças acentuadas em face da ausência da comutatividade e não existirem um traço realmente distintivo no regime jurídico. No que diz respeito à comutatividade, os convênios podem ser considerados contratos. Em uma simples divisão entre eles podiam ser classificados em comutativos e cooperativos (JUSTEN FILHO, 2002, p.23). Não se pode negar que os convênios possuem traços essenciais que os poderiam colocar entre as espécies de contrato, pois as partes que o celebram estabelecem uma disciplina jurídica que lhes é vinculante, consistente em direitos e deveres.(JUSTEN FILHO, 2002, p.23).

A possibilidade de os convênios serem denunciados a qualquer tempo não significa a inexistência de uma doutrina vinculante. Via de regra o efeito é “ex nunc” e para que se opere é necessária a existência de motivação. No caso dos convênios, a Administração dispõe de uma ampla margem de discricionariedade. Nesse ponto reside a diferença fundamental entre os convênios e os contratos administrativos. A margem de discricionariedade outorgada ao administrador para o rompimento de um contrato administrativo é sensivelmente menor.

6 NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTÃO

O Contrato de Gestão é uma categoria intermediária, e está situado entre os convênios firmados pelos órgãos públicos e os contratos

administrativos em geral. Possui uma menor margem de discricionariedade para rompimento lícito do ajuste e por isso se aproxima dos contratos. Aproxima-se dos convênios porque as partes visam a um escopo comum e não admitem responsabilidade por fato lícito.

Efetivamente, não parece que o contrato de gestão seja uma espécie de contrato, tendo em conta sua natureza jurídica, pois é da essência deste que os interesses em jogo sejam opostos ou contraditórios. Dúvidas têm sido suscitadas acerca da natureza jurídica do contrato de gestão, surgindo dentro desse contexto a denominação de uma nova figura jurídica, qual seja, termo de assunção de responsabilidades recíprocas, situada entre o contrato e o convênio.

O contrato de gestão não tem natureza de convênio nem de contrato administrativo. É, no entanto, mais do que um termo no qual a entidade matriz estabelece responsabilidades assumidas pela entidade que recebe o recurso público e que se presta a determinados comportamentos. É um instrumento jurídico muito parecido com o termo de assunção de responsabilidades recíprocas, porque, no contrato de gestão, em si, não há repasse de recursos. O repasse de recursos ocorrerá posteriormente, por meio de dotação orçamentária (ANASTÁCIO JÚNIOR, 2002, p.20-26).

As normas do Contrato de Gestão prevêm a estipulação detalhada dos diversos direitos e deveres das partes, e com isso parecem conferir uma certa longevidade ao contrato uma vez que o próprio objetivo da administração gerencial prevê a fixação e o alcance de determinados resultados. Nesses contratos não encontramos algumas das características próprias dos contratos administrativos tradicionais consistentes basicamente na intangibilidade da equação econômico-financeira, na determinação do objeto contratual inalterável estruturalmente e no recebimento do preço avençado. Como princípio alternativo da equação econômico-financeira existe uma espécie de reserva moral a ser respeitada pelo Estado (BORNHOLDT, 2003, on line).

Trata-se de uma espécie de acordo de gerenciamento e apresenta como objetivo fundamental a busca de metas previamente traçadas, visando a uma efetiva melhoria do produto ou serviço colocado à disposição do cidadão, destinando-se, principalmente, (BRASIL 1988, p. 37) a classificar o foco da instituição, interna e externamente; oferecer uma base para se proceder à comparação entre o atual desempenho da instituição e o desempenho desejado; definir níveis de responsabilidade e responsabilização e possibilitar o controle social, por resultados e por comparação com outras instituições.

Marcos Jurena Souto (2001, p. 529-532) entende que o contrato de gestão tem como finalidade incrementar a eficiência e a competitividade da Administração Pública, de modo que se aproxime do regime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público; tem como metas a redução dos controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilização das empresas estatais.

Para Mukai (1999, p. 425), os contratos de gestão são contratos de direito público numa dimensão maior do que os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, devendo ser interpretados à luz dos princípios publicistas. Objetivam estabelecer uma ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira do órgão ou entidade pública. Nos contratos de gerenciamento, o gerenciador não age em nome do órgão que o contratou; apenas atua por ele, prestando-lhe um serviço especializado. Não representa o órgão contratante e não dispõe de poderes para firmar contratos com terceiros, nem para desfazer ajustes celebrados entre esses terceiros e o órgão público.

Trata-se, na realidade, conforme foi idealizado, de um compromisso de resultados, e necessita de cláusulas dentro dos parâmetros legais que definam os critérios de avaliação de desempenho. A finalidade desta espécie de contrato é incrementar a eficiência e a competitividade da Administração Pública, de modo que se aproxime do regime das empresas privadas, para uma melhor consecução do interesse público, tendo como metas a redução dos controles e outros fatores que impossibilitem ou dificultem a flexibilização das empresas estatais (SOUTO, 2001, p. 529-532).

7 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE GESTÃO

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (BRASIL 1998, p. 37-38) traçou algumas características para o contrato de Gestão. Estabeleceu que deve ser um documento flexível e dinâmico. Flexível, porque seus elementos básicos devem comportar ajustes decorrentes de situações peculiares; dinâmico, porque deve espelhar a realidade, estando, portanto, sujeito a mudanças na medida em que se modificarem os objetivos ou o contexto das políticas públicas para as quais está orientado. São as seguintes as partes básicas de um contrato de gestão:

a) disposições estratégicas que são os objetivos da política pública à qual se refere, missão, objetivos estratégicos e metas institucionais com seus respectivos planos de ação;

b) indicadores de desempenho como forma de representação quantificável, e também de natureza qualitativa, para a mensuração da obtenção das metas propostas, baseada em um determinado padrão de excelência, convencionado para julgamento da adequação do nível de realização de cada meta programada;

c) definição dos meios e condições para desempenho das metas pactuadas como recursos, níveis de autonomia e flexibilidades;

d) sistemática de avaliação a ser exercida pelo Ministério Supervisor a cada trimestre ou semestre, através de reuniões de acompanhamento ou avaliação, para objetivamente ser analisado o grau de atingimento das metas, com base nos indicadores propostos, cujos resultados serão objeto de análise, com o objetivo de corrigir ou redirecionar as metas.

Aum só tempo, é instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada; e instrumento de gestão estratégica, na medida em que se direciona à ação organizacional. Deve conter cláusulas que indiquem objeto, objetivo, metas, obrigações da contratada, obrigações do Ministério ou Secretaria Supervisor ou Interviente, valor a ser alocado, acompanhamento e avaliação de resultados, suspensão, rescisão, vigência e renovação, publicidade e controle social, desqualificação e penalidades.

Vale salientar que a formulação e a negociação do contrato de gestão devem obedecer a três requisitos básicos: contexto institucional (políticas públicas e diretrizes governamentais para o setor de atuação); planejamento estratégico da instituição e metas respectivas, indicadores de desempenho e planos de ação. A negociação e aprovação do contrato são processos formais envolvendo a administração da instituição e o respectivo representante da Administração Pública, visando à explicitação dos interesses e à avaliação correta do conteúdo indispensável ao contrato, bem como da busca dos objetivos visados.

Torna-se imprescindível o acompanhamento contínuo do contrato para uma melhor avaliação do desempenho. Trata-se da fase mais relevante porque dela depende a obtenção da sua eficácia plena. A avaliação processa-se em três vertentes: geração de relatórios parciais e anuais; avaliação institucional e auditorias.

De acordo com os Cadernos do antigo MARE (v. 2, p. 36-44), Ministério da Administração e Reforma do Estado, são traçadas algumas características do Contrato de Gestão ao estabelecer que deve ser um documento flexível e dinâmico. Flexível, porque seus elementos básicos devem comportar ajustes decorrentes de situações peculiares. Dinâmico,

porque deve espelhar a realidade, estando, portanto sujeito a mudanças na medida em que se modificarem os objetivos ou o contexto das políticas públicas para as quais está orientado.

Jessé Torres 1999, tecendo críticas a respeito do contrato de gestão, narra um pronunciamento do Deputado Agnelo Queiroz, na época da discussão do tema, sobre o Contrato de Gestão, do seguinte teor:

E no campo da gestão do patrimônio público que o ilustre Relator esfrangalha, retorce e arrebenta com os princípios norteadores da atual Constituição, ultrapassando todos os limites de competência de um poder derivado. Assim é que cria a figura do contrato de gestão de órgãos públicos. Até bem pouco tempo atrás, o refrão dos neoliberais é que precisavam aparar o excesso de atribuições estatais, para que o governo pudesse se concentrar nas áreas básicas de saúde, educação, segurança. A figura do contrato de gestão desmascara esse mito: o que eles querem é entregar tudo, todo o patrimônio público, à iniciativa privada. É isso que significa esse contrato: entrega-se o patrimônio público, por exemplo, as universidades, os hospitais públicos, às ditas organizações sociais, com os prédios, as instalações, os aparelhos, os estoques de materiais, e ainda se repassa a esses empreendedores privados as verbas orçamentárias e deles só se exige em troca que cumpram determinadas metas. É o contrato de gestão de resultados.

O contrato de gestão previsto na lei das Organizações Sociais, anterior à Emenda Constitucional 19, é para ser estabelecido com uma pessoa privada. Pereira Júnior (1999) indaga se de fora à parte as inconstitucionalidades e as incoerências qual o regime jurídico desses contratos, admitindo não ver como entender estarem sob a regência do Direito Administrativo. Como a matéria está posta na esfera federal, Maria Sylvia Zanella (2002, p. 215-216) afirma serem inegáveis o conteúdo da imoralidade contida na lei federal e os riscos que correm o patrimônio público e para os direitos do cidadão e afirma:

Em primeiro lugar, fica nítida a intenção do legislador (como, aliás, nós mesmos já remarkamos) de fugir ao regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social atividade exercida por ente estatal e utilizar patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvida de que, sob a roupagem da entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao Direito Público. Trata-se de entidades constituídas, com o objetivo único de se habilitarem como Organizações Sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades-fantasmas, porque não possui patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o Poder Público.

Os contratos de gestão são firmados com dispensa da licitação. Foi previsto na lei 8.666/93, que sofreu alteração para esse fim específico, que a sua pactuação caracteriza uma forma de dispensabilidade de licitação. A literal disposição do art. 37, inciso XXI, que dispõe sobre a exigência de licitação para contratação³, objetiva dar concreção ao princípio da igualdade de todos perante a lei, postulado do Estado Democrático de Direito. Apresenta-se, assim, violada a disposição constitucional pela dispensabilidade licitatória, uma vez que é possível o estabelecimento do contrato, sem o procedimento licitatório. Qualquer entidade de direito privado deverá ter o direito de firmar contratos de gestão, desde que preencha os requisitos legais e seja voltada às atividades de pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e à preservação do meio ambiente, à defesa do consumidor, à cultura e à saúde.

8 O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO ATUAÇÃO DE DIREITO PRIVADO

A dogmática do direito administrativo rejeitava, inicialmente, o exercício de qualquer atividade de natureza consensual pela Administração Pública. Cabia a esta apenas a função de executar objetivamente a vontade geral da lei, vontade que não podia ser objeto de pactuação ou de ajuste, sob pena de desnaturação de sua objetividade e ruptura do papel da lei (PAREJO, 1990, p. 165). O Direito Administrativo sempre desconfiou dos interesses privados, e a doutrina foi construída sob a crença na pureza absoluta do interesse público legalizado que lhe competia proteger e tinha como objetivo impedir qualquer possível contaminação desse interesse superior pelos interesses privados colhidos na sociedade.

Foi reconhecido, quando da vigência do Estado Liberal, que certas situações exigiam porque lhe era necessário e útil a Administração Pública recorrer à forma contratual para realizar algumas de suas funções, como uma forma de alargamento de tarefas da Administração. Uma das conseqüências mais importantes deste processo de alargamento, no Estado Social, foi o fato de ela passar a utilizar o meio de atuação mais típico do Direito Privado, o contrato. Sérvulo Correia (1987, p. 165) observa que não só

o alargamento do intervencionismo econômico do Estado, assim como a busca de um novo estilo de administração, mais marcado pela participação dos particulares e por maior procura de consenso, flexibilização e particularização das decisões.

Essas formas têm sua origem no Direito Romano, mas, apenas em meados do século XIX, tornaram-se generalizados os recursos da Administração Pública à atividade contratual, em razão do enorme alargamento das tarefas que a Administração passou a desempenhar. À luz da concepção liberal do Direito Administrativo, este se constrói a partir de série de exceções ao Direito Civil, que são justificadas pela sua natureza diferente e específica. Em termos dogmáticos, isso explica porque se tenha julgado imprescindível demonstrar a originalidade dos contratos celebrados pela administração.

Após um inicial entusiasmo sobre o contrato administrativo, a doutrina francesa acaba por voltar sua atenção para o ato administrativo. Somente a partir do pós-guerra, com a passagem para o Estado Social, o enorme alargamento da Administração Pública vai determinar uma nova vitalidade à teoria dos contratos da Administração Pública (ESTORNINHO, 1998, p. 44). Trata-se de uma nova forma de administração, negociada ou contratual, em que o acordo vem substituir os tradicionais atos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública.

Giannini (1988, v. 2, p. 779) coloca que havia uma generalizada convicção de que os “instrumentos fundados sobre o consenso são preferíveis a instrumentos fundados sobre a autoridade”, e afirma que nessa administração por acordo estará o “administrar do futuro”. Giorgio Bert (1988, p. 47-49) analisa que em um mundo dominado pela troca, não faria nenhum sentido que a Administração Pública se retirasse, pelo contrário, numa espécie de exílio monacal, para guardar de forma ciumenta o ícone do poder imperativo, do ato unilateral. Maria João Estorninho (1998, p. 46) salienta que:

[...] neste período do Estado Social a Administração Pública sofre uma verdadeira recaída e todos os sintomas da síndrome Dr. Jekyll e Mr. Hyde⁴ se voltam de novo a manifestar. Na realidade, uma das

³Art. 37, inciso XXI da Constituição Federal: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁴Maria João Estorninho (1998), faz referência citando Franz-Josef Kunert, a personagem do romance de Robert Louis Stevenson, acerca da dualidade da personagem e da eterna luta entre o bem e o mal celebrizado através de um dos grandes clássicos do filme de terror, “Dr. Jekyll and Mr. Hyde, o monstro em que o primeiro se transfigurava.

características mais típicas da própria dogmática administrativa desta fase é precisamente a afirmação da dualidade de regimes jurídicos aplicados à Administração Pública, expressa nomeadamente na distinção entre 'gestão pública e' gestão privada 'e na defesa da dicotomia entre contrato administrativo e contrato privado da Administração Pública'. Tal como no período do Estado Liberal, toda a atividade de Direito Privado da Administração Pública continua a ficar na sombra, sendo completamente voltada ao esquecimento pela doutrina, mais preocupada em aperfeiçoar aquilo que considera núcleo essencial do Direito Administrativo, sobretudo em torno do seu caráter exorbitante e da noção de prerrogativa de autoridade.

Não existem quaisquer dúvidas de se afirmar que o Contrato de Gestão marca uma consensualidade voltada para o Direito Privado. O Direito Administrativo não tem sido insensível à necessidade de construção de uma disciplina jurídica voltada para a consensualidade.

Os esforços da doutrina e os objetivos traçados pelo Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, que objetivavam redesenhar a Administração Pública, vêm impulsionando a regulação de alguns instrumentos de consenso (BAPTISTA, 2003, p. 288).

A qualificação das Organizações Sociais, prevista na Lei Federal, n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, dá ensejo ao surgimento de parcerias, estabelecidas em um contrato de gestão, para o fomento e a execução de atividades voltadas para o ensino, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico, a proteção e a preservação do meio ambiente, a cultura e a saúde.

O Contrato de Gestão é na realidade uma verdadeira manifestação do consenso. A sua natureza afasta qualquer relação com o regime dos contratos administrativos regidos pela Lei 8.666/93, que trata das Licitações e dos Contratos Administrativos. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 195-196):

A denominação utilizada [...] foi, porém, inadequada, uma vez que a natureza das relações que se estabelecem entre o Estado e a Organização Social não são contratuais. Com efeito, não pactuadas prestações recíprocas, resultantes do sinalagma, voltadas à satisfação de interesses de cada uma delas em separado, senão que ambas as partes ajustam prestações conjugadas, dirigidas à satisfação de um mesmo interesse público que lhe é comum. Está-se, portanto, diante de um ato administrativo complexo

[...] A tais atos a doutrina denomina de convênios, embora fosse ainda mais apropriado denomina-los de acordos de programa [...].

Reconhecer um terceiro gênero, autônomo, o dos acordos administrativos, tem a vantagem de destacar as diferenças entre a contratualidade e a consensualidade. A consensualidade, estabelecida especificamente, em algumas leis, ainda não se encontra regulado no Direito Administrativo brasileiro.

9 CONTRATO DE GESTÃO: CONTRATUALIDADE OU CONSENSUALIDADE?

A nomenclatura legal utilizada para o termo de parceria entre Organização Social e Estado foi o de contrato de gestão. A distinção entre contratualidade e consensualidade não é muito nítida, do que decorre alguma confusão, porque ambas integram um processo mais amplo levado a efeito pela Administração, na busca de parcerias na sociedade. Entre os contratos e as formas de consenso existem diferenças sensíveis, como, por exemplo: o caráter patrimonial da prestação avançada, a ausência de preocupação negocial ou econômica. Representam mais uma técnica de administração, "no sentido jurídico dessa expressão", do que uma forma de intercâmbio de prestação patrimonial (BAPTISTA, 2003, p. 274). A consensualidade, via de regra, é utilizada mais comumente nas relações entre a Administração e os administrados, mas é possível essa relação ser estabelecida entre entes da Administração. Nesse contexto, podemos incluir entre os instrumentos consensuais os acordos, os programas, os convênios, os protocolos e mais recentemente o chamado contrato de gestão, previsto no art. 37 § 8º da Constituição Federal.

A consensualidade, embora possa representar um ponto de comunhão entre dois tipos de relação jurídica consensual, é ponto convergente, na totalidade, entre eles. O consenso entre a Administração e os cidadãos é decorrência da idéia de participação na função administrativa, portanto, parece ser, antes, uma decisão administrativa⁵. A consensualidade começa agora a ganhar força e ser objeto de estudo. No mundo todo, ainda é escassa a normatividade existente sobre o tema. Moreira Neto (2002, p. 41) formulou uma tipologia sobre a consensualidade na aponta suas possíveis manifestações:

⁵ Sobre a matéria ver Ernesto S. Damiani. *Attività Amministrativa Consensuale e Accordi di Programma*. Milano: Giuffrè, 1995.

Primo, a consensualidade na produção das normas, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extrajudiciais: a regulática.

Secundo, a consensualidade na administração dos interesses públicos, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. Tertio, a consensualidade na solução dos conflitos, com adoção de formas alternativas de composição.

O tema de administração consensual, sem dúvida, está intimamente relacionado à atividade administrativa de decisão e, por conseqüência, ao procedimento que antecede a decisão consensual. No Brasil, ou a administração firma contratos ou age unilateralmente, por atos administrativos, como a principal característica da Administração Pública. No Direito Administrativo brasileiro, o estudo sobre a consensualidade ainda é muito incipiente, embora não se possa dizer que o Direito Administrativo tenha ficado alheio a essa realidade e necessidade. O chamado contrato de gestão encontra-se dentro da consensualidade, de acordo com a lei federal 9.637/98, que dispõe sobre a concessão de títulos de Organizações Sociais e das parcerias entre essas entidades e o Poder Público, apresenta-se o referido acordo como um autêntico instrumento de consenso.

CONCLUSÃO

Não há no direito brasileiro nenhuma lei regulando, especificamente, os contratos de gestão e as normas que cuidam do assunto fazem-no apenas regulando contratos específicos com entidades determinadas.

A administração consensual, sem dúvida, está intimamente relacionada à atividade administrativa de decisão e, por conseqüência, ao procedimento que antecede a decisão consensual.

No Direito Administrativo brasileiro, o estudo sobre a consensualidade ainda é muito incipiente, embora não se possa dizer que o Direito Administrativo tenha ficado alheio a essa realidade e necessidade. O chamado contrato de gestão encontra-se dentro da consensualidade, de acordo com a lei federal 9.637/98, que dispõe sobre a concessão de títulos de Organizações Sociais e das parcerias entre essas entidades e o Poder Público, apresenta-se o referido acordo como um autêntico instrumento de consenso.

A consensualidade, embora possa representar um ponto de comunhão entre dois tipos de relação jurídica consensual, é ponto convergente, na totalidade, entre eles. O consenso entre a Administração e os

cidadãos é decorrência da idéia de participação na função administrativa, portanto, parece ser, antes, uma decisão administrativa.

A consensualidade começa agora a ganhar força e ser objeto de estudo. No mundo todo, ainda é escassa a normatividade existente sobre o tema. A nomenclatura legal utilizada para o termo de parceria entre Organização Social e o Estado foi a de contrato de gestão. A distinção entre contratualidade e consensualidade não é muito nítida, do que decorre alguma confusão, porque ambas integram um processo mais amplo levado a efeito pela Administração, na busca de parcerias na sociedade. A consensualidade, via de regra, é utilizada mais comumente nas relações entre a Administração e os administrados, mas é possível essa relação ser estabelecida entre entes da Administração. Nesse contexto, podemos incluir entre os instrumentos consensuais os acordos, os programas, convênios, protocolos e mais recentemente o chamado contrato de gestão.

REFERÊNCIAS

- ANASTÁCIO JUNIOR, Antônio Augusto. Governo quer cuidar apenas de ações e áreas estratégicas. *Revista do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 22, p. 38-45, abr./jun. 2001.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BERT, Giorgio. Il principio contrattuale nell'attività amministrativa. In: _____. *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 2.
- BRASIL. *Plano diretor de reforma do aparelho do Estado*. Brasília, DF, 1998. v. 2.
- COLIN, Ambroise; CAPITANT, Henri. *Cours élémentaire de droit civil français*. 4. ed. Paris, 1934. 3 v.
- CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- DAMIANI, Ernesto S. *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*. Milano: Giuffrè, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Contrato de gestão: contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e as organizações sociais*. Disponível em: < <http://pge.sp.gov.br/aberturaaprin.htm> >. Acesso em: 15 out. 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

- DROMI Robert. *Derecho administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1966.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1998. (Coleção Teses).
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2003.
- GIANNINI, Máximo Severo. *Diritto administrativo*. 2. ed. Milano: Giuffré, 1988. v. 2.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1979.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2002.
- LAUBADÉRE, André; DEVOLVE, Pierre; MODERNE, Franck. *Traité des contrats administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1983.
- LIMA, Ivan Siqueira. *Contribuição à eficácia na aplicação do contrato de gestão nas empresas estatais*. 1998. 375 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.
- LIMA, Sheyla Maria Lemos. O contrato de gestão e a conformidade de modelos gerenciais para as organizações hospitalares públicas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 18-29, jul./ago. 1996.
- MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. *Revista Jurídica da Procuradoria do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 2, p. 44-60, 1992.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PAREJO, Alfonso L. *La terminación convencional del procedimiento administrativo como forma alternativa de desarrollo de la actividad unilateral de la administración: eficacia y administracion*. Barcelona: Ariel, 1999.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PESSOA, Robertônio. *Curso de direito administrativo moderno*. Brasília, DF: Consulex, 2000.
- PHOTIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. Paris: Depelafol, 1835. n. 3. v. 1. (Oeuvres complètes de Pothier)
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade (de acordo com o novo código civil)*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.
- SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.