

O CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO FENÔMENO ATUAL DO DIREITO ECONÔMICO

CLÁUDIO CAIRO GONÇALVES ¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O Estado Democrático de Direito; 3. Limitações do Estado na manutenção das necessidades públicas e coletivas; 4. As Agências Executivas e Reguladoras; 5. Tendência à Contratualização; 6. O Contrato Administrativo como fenômeno atual do Direito Econômico; 7. Conclusão; 8. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

Existe um movimento crescente da Administração Pública voltado para a estipulação de contratos com os particulares. Este movimento se orienta no intuito de prover suas necessidades materiais, assim como também no sentido de delegar a prestação de alguns serviços públicos à iniciativa privada *i.e.*, no que toca à prestação de serviços públicos, realização de obras públicas ou fornecimento de materiais ou utilidades, em face do aprimoramento do Estado Democrático de Direito e da expansão das limitações dos recursos públicos para prover as cada vez mais extensas necessidades públicas e coletivas.

2. O Estado Democrático de Direito

A passagem do Estado Totalitário da Idade Média para o Estado Democrático de Direito do século XX, fez com que se implementasse um modelo que acolhe uma maior participação dos indivíduos, das comunidades e das organizações civis, havendo maior espaço para a intervenção popular nas decisões políticas. É que, em determinado momento histórico, além de formalizar o exercício do poder, tornou-se necessário erigir condições para que o acesso ao seu exercício fosse considerado socialmente legítimo. Buscou-se instituir, portanto, um procedimento que intentasse refletir uma vontade coletiva dentro da sociedade. Desta feita, o exercício do poder estaria respaldado na vontade coletiva, *i.e.*, respaldado na legitimidade do sistema político-jurídico.

Tal procedimento orientava-se pela busca de algo que representasse a vontade coletiva. Esse "algo" significou justamente um elemento semântico denominado "consenso", do latim *consensus*, que na pragmática da comunicação humana significa *consentimento; acordo; opinião geral; anuência*². Na acepção da pragmática jurídica³, a palavra possui a mesma significação de *consentimento*, que por sua vez, equivale à expressão "*ter o mesmo sentir*". No âmbito jurídico, é certo que consenso e consentimento equivalem à idéia de *manifestação de vontade*,

¹ O Autor é Professor da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB, Procurador da Fazenda Estadual e Mestrando em Direito na UFBa.

² Segundo **Francisco da Silveira Bueno** (1963).

³ Cf. **De Plácido e Silva** (1991).

aprovação, outorga. Nesse sentido, era deveras impossível que um sistema político-jurídico conseguisse refletir, a uma só vez, a vontade de todos individualmente. A empresa constitui a busca da *vontade* geral, ainda que não seja de todos. O modelo procedimental que buscou o consenso, efetivou-se pela realização da *vontade de uma maioria*.

Por outro lado, em nível da especialização de funções, tornou-se indispensável que existisse uma determinada classe de pessoas cuja atividade se restringisse especialmente à seara política, ou seja, *"quando o governo das comunidades antigas deixa de ser direto - nas quais os cidadãos governavam-se eles próprios - e passa a intermediário"*, surgem os regimes representativos, em que a idéia de *consenso básico dos cidadãos* passa a ser o *"principal instrumento de legitimação da atividade política"* ⁴.

Instituem-se, portanto, os regimes representativos, cuja noção básica se estreitou à de *democracia*. Para **José Eduardo Faria**, *"democracia é o regime dos sistemas abertos, ou seja, aqueles que procuram garantir a manutenção das regras do jogo, a sobrevivência dos textos constitucionais, a impessoalidade e o rodízio do poder, e a ação dos diferentes grupos sociais, sem a eliminação das partes descontentes e da maneira menos coercitiva possível"* (ob. cit., p. 62).

Convém destacar, que a democracia conseguiu, com a extensão da cidadania às classes mais despossuídas de recursos materiais, implantar o que se pode chamar de plena igualdade entre as pessoas do povo, posto que o voto de todos, e de cada um, tem o mesmo peso, a mesma força perante o sistema político-eleitoral. Isto representa uma conquista histórica, que passou a ser adotada a partir do fim do século XIX, com o *sufrágio universal*.

O modelo de democracia adotado pelos governos oriundos das revoluções liberais do último quartel do século XVIII, para **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** (1990: 72), fez instituir a democracia representativa que significa *"um tipo de democracia em que o povo se governa indiretamente, por intermédio de representantes que elege"*.

Porém, deformações existem, e são encontradas em um sistema que se respalda *in absoluto* na representatividade. É certo que, no contexto político moderno, a noção de democracia representativa não oferece mais o consenso, pois a integração do povo na vida política tem sido cada vez menos constante, em face de que não mais participa, nem delibera, exceto no dia da eleição.

José Eduardo Faria, em lúcida observação, afirma que uma faceta importante do processo de recomposição de poder do Estado-nação:

"são as recorrentes discussões sobre o sentido, o alcance, e o locus da democracia representativa no âmbito da economia globalizada; sobre a substituição da política de mercado como fator determinante de "âmbito público"; sobre a erosão dos distintos mecanismos de formação de identidade coletiva forjados pela modernidade; sobre os novos tipos de sociabilidade gerados pela mercantilização das mais diversas relações sociais; sobre o impacto fragmentador ocasionado pela diversidade de ritmos, dinâmicas e horizontes temporais com relação às percepções da história e de um futuro nacional; sobre a efetividade da representação parlamentar; e, por fim, sobre o caráter cada vez mais difuso e menos transparente da elaboração das regras jurídicas em matéria econômica, monetária, financeira, cambial, industrial e comercial" (1999: 28).

⁴ Cf. **José Eduardo Faria**, 1978, p. 62.

Nesse sentido, **Edvaldo Brito**⁵ lembra a tese defendida por **Raymond Aron**, segundo a qual a democracia deve ser considerada como governo de minoria, "por que não pode ser caracterizado como o governo em que o povo decide, dada a complexidade da vida moderna". Desta forma, o Autor referido elenca os aspectos jurídicos que tendem ao aprimoramento da democracia, instituindo-se a "chamada democracia semi-direta", principalmente através dos institutos da iniciativa popular, referendo (*referendum*), plebiscito (*plebiscitum*)⁶. Lembra ainda, o *recall* ou revoca, que a Constituição brasileira não contempla, embora pudesse ser útil ao nosso sistema de governo presidencialista.

O que se estabeleceu através de consenso é que *todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*, consagrando em nível constitucional (Parágrafo único artigo 1º da C.F. de 1988), como fundamento do Estado, a participação e o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal e que todo o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular⁷.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca o fato de que na democracia clássica, a participação popular está voltada "à escolha dos governantes", enquanto que a democracia emergente do final do século XX, volta-se "à escolha de como se quer ser governado", através de maior participação política (2.000: 41).

O dado elementar dessa conformação é a histórica busca da legitimidade através da participação popular, por meio do aprimoramento doutrinário e legislativo das instituições existentes na sociedade⁸.

⁵ Em seu artigo "Aspectos Jurídicos da Democracia Participativa como uma Revisão do Processo Decisório", 1996: p. 115-131.

⁶ **Dalmo de Abreu Dallari**, analisando os institutos da democracia semidireta, conceitua *referendum*, plebiscito, a iniciativa, o veto e o *recall*. Assim, em linhas gerais, o Autor conceitua os institutos da seguinte forma: O *referendum* consiste na consulta à opinião pública para a introdução de uma emenda constitucional ou mesmo de uma lei ordinária, quando esta afeta um interesse público relevante; O plebiscito consiste numa consulta prévia à opinião popular; A iniciativa confere a um certo número de eleitores o direito de propor uma emenda constitucional ou um projeto de lei; O veto popular é um instituto que dá aos eleitores, após a aprovação de um projeto pelo Legislativo, um prazo para que requeiram a aprovação popular; o *recall* judicial é a possibilidade de que decisões dos juízes e tribunais, exceto a Suprema Corte, negando a aplicação de uma lei, por julgá-la inconstitucional, deveriam poder ser anuladas pelo voto da maioria dos eleitores (1995: 130 e segs.).

Há de se ressaltar que o Congresso Nacional decretou a Lei nº9.709, de 18 de novembro de 1998, que regulamentou os incisos I, II e III do artigo 14 da Constituição Federal, no que concerne ao plebiscito, ao referendo e à iniciativa popular. No seu artigo 2º estabelece que plebiscito e referendo são consultas populares formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. Consoante seu parágrafo primeiro, plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido, enquanto que, na forma do parágrafo segundo, referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. Com relação à iniciativa popular, prevê o artigo 13 da lei, que esta consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito, por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

⁷ Cf. **José Afonso da Silva**. 1996, p.106.

⁸ A própria Constituição Federal de 1988, estatui em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos, entre outros o pluralismo político, sendo que infirma a participação popular ao preceituar que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição*.

Todavia, fica sacramentado que quanto maior a busca e a obtenção do consenso, da participação, e do envolvimento dos indivíduos, dos grupos e das comunidades em torno das ações estatais, maior será o retorno e as vantagens a serem desfrutadas por todos. É consequência direta do aprimoramento, instituição e efetivação dos instrumentos democráticos, maior respaldo nas ações do Estado.

3. Limitações do Estado na manutenção das necessidades públicas e coletivas

Com relação às limitações dos recursos públicos para prover as cada vez mais extensas necessidades públicas e coletivas, após a implantação dos modelos de Estado intervencionista, com o passar do tempo e em grande parte dos países, verificou-se uma verdadeira degradação dos aparelhos públicos e a completa impossibilidade de que o Poder público pudesse recompor este aparelhamento a partir de seus próprios recursos materiais⁹.

O *Plano Diretor de Reforma do Estado*, de novembro de 1995, define a crise do Estado: (1) como uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado do bem-estar social nos países desenvolvidos, a estratégia de substituição de importações no terceiro mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) a superação da forma de administrar o Estado, isto é, a superação da administração pública burocrática.

No Brasil, conforme a observação de **Belmiro Valverde Jobim Castor** verificam-se diversas conseqüências decorrentes do modelo intervencionista, notadamente, o esgotamento do modelo de Estado condutor do processo econômico e social; a erosão da capacidade de prestação de serviços públicos, gerando seqüelas indesejáveis como *clientelismo, corporativismo, populismo, e corrupção* (1995, p. 147 e seg.).

Segue-se, demais disto, a extrema dependência econômico-financeira estatal em relação aos capitais privados, no tocante ao crescente endividamento interno e externo e à necessidade de promover a rolagem de tais dívidas. Paralelamente, verificou-se a impossibilidade de manter níveis também crescentes de investimentos nos órgãos da Administração direta, e principalmente, nas entidades que compõem a Administração indireta, as autarquias, as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, as empresas públicas e as de economia mista, que se tornaram, na sua maioria, intensamente defasadas, sob o ponto de vista tecnológico e do modelo de gestão administrativa.

Este foi um dos principais motivos que desencadearam os processos de privatização das entidades integrantes da Administração Pública descentralizada. Este movimento privatizante, também ocorrido no Brasil¹⁰, é o reconhecimento explícito de

⁹ **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, analisando a chamada crise do Estado, já descrita com nitidez desde a década de setenta nos debates sobre ingovernabilidade, acentua as seguintes características: 1º- o Estado *perdia poder no processo produtivo*; 2º- o Estado *acumulava déficits crescentes*; 3º- o Estado *não tinha recursos para atender com um mínimo de eficiência aceitável às demandas da sociedade*; e, 4º- o Estado *não tinha mais condições políticas de aumentar indefinidamente a carga tributária sobre a sociedade, o que no caso do Brasil, elevou-se de 4% a cerca de 33% do PIB* (2.000: 39).

¹⁰ No Brasil, a edição da Lei nº8.031, de 12 de abril de 1990, foi marcante para determinar o passo inicial na reformulação do papel do Estado, instituindo, em nível federal, o Programa Nacional de Desestatização, para: reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do

que não há disponibilidade de recursos materiais e humanos para prover a realização de todas as funções do Estado, havendo a necessidade de recorrer-se aos recursos materiais e humanos privados^{11 12}.

Neste aspecto é que **Alice Gonzalez Borges**, pontualizando a redução da intervenção estatal na economia, no sentido de ceder espaço às formas de parceria com a iniciativa privada, posiciona a *onda privatizante* em três etapas: *na primeira, procura o Estado retirar-se das atividades econômicas, desestatizando suas empresas exploradoras de atividade econômica em regime de competição de mercado; na segunda, direciona-se o Estado para a privatização das empresas estatais criadas exclusivamente para a prestação de serviços públicos, sob regime híbrido, predominantemente sujeito ao direito privado; na terceira, volta-se o Estado para a impropriamente chamada "privatização" de serviços públicos* (1997: 8).

setor público; permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; contribuir para a modernização do parque industrial do País; permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo de oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrarem o Programa (art. 1º). De acordo com esta lei, considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. Já o seu artigo 7º previu que a privatização de empresas que prestam serviços públicos pressupunha a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração. A Lei nº9.491, de 9 de setembro de 1997, alterou a Lei nº8.031/90, prevendo que poderão ser objeto de desestatização empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo; empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União; serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº2.321, de 25 de fevereiro de 1987 (art. 2º). Considerou, a Lei nº9.491/97, desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

¹¹ **José Eduardo Faria**, quando observa os processos que desencadearam o fenômeno da globalização, destaca as crises mundiais do petróleo e a explosão da dívida federal norte-americana, que ocasionou a crise do padrão monetário internacional, chamando atenção que a necessidade da economia mundial conceder novo fôlego ao capitalismo, evitando o prolongamento da estagnação econômica, foi atendida através *"da progressiva desregulamentação dos mercados financeiros, a crescente revogação dos monopólios estatais e a veloz abertura no comércio mundial de serviços e informação"* (1999: 65), inferindo-se daí também o surgimento do movimento das privatizações.

¹² Existem diversos questionamentos sobre o fenômeno das privatizações, sua forma e procedimento, efetivado no Brasil, taxado como "vergonhoso" por **Aloysio Biondi** (2.000 b: 19), podendo ser citados: o financiamento estatal das privatizações; o crescimento das remessas de lucros para o exterior por parte das empresas privatizadas e adquiridas por empresas estrangeiras; a baixa pulverização do controle das estatais, acrescida ainda, pelo fenômeno da recompra de ações das empresas estatais pelos controladores, reduzindo a participação de pequenos e médios acionistas; a simples transferência de monopólios públicos estatais para a iniciativa privada. Sobre alguns dos questionamentos concordamos plenamente com suas proposições, porém não temos dúvida de que em alguns casos, a venda de empresas estatais era fundamental para o atual processo econômico e para o redimensionamento do Estado brasileiro.

O *Plano Diretor de Reforma do Estado* relaciona três formas de administração ocorridas no Brasil, e que se sucederam no tempo, como sendo: a Administração Pública Patrimonialista; a Administração Pública Burocrática; e, Administração Pública Gerencial¹³.

4. As Agências Executivas e Reguladoras

Seguindo a tendência à implementação de instrumentos regulatórios, há referência no *Plano Diretor de Reforma do Estado* às agências autônomas, aqui reconhecidas como agências executivas (*executive agencies*). Assim, tendo como pressupostos a responsabilização por resultados e a consequente autonomia de gestão, que tem como objetivo a transformação de autarquias e de fundações que exerçam atividades exclusivas do Estado, em agências autônomas, com foco na modernização da gestão, ligadas à regulação operacional.

¹³ Segundo o Plano Diretor de Reforma e Aparentamento do Estado, a primeira, a *Administração Pública Patrimonialista*, baseia-se no patrimonialismo, em que o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. A segunda, *Administração Pública Burocrática*, surge na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como forma de combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista. Constituem princípios orientadores do seu desenvolvimento a profissionalização, a idéia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal. Os controles administrativos visando evitar a corrupção e o nepotismo são sempre a priori. Parte-se de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso são sempre necessários controles rígidos dos processos, como por exemplo, na admissão de pessoal, nas compras e no atendimento a demandas. Por outro lado, o controle - a garantia do poder do Estado - transforma-se na própria razão de ser do funcionário. Em consequência, o Estado volta-se para si mesmo, perdendo a noção de sua missão básica, que é servir à sociedade. A qualidade fundamental da administração pública burocrática é a efetividade no controle dos abusos; seu defeito, a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para o serviço aos cidadãos vistos como clientes. Este defeito, entretanto, não se revelou determinante na época do surgimento da administração pública burocrática porque os serviços do Estado eram muito reduzidos. O Estado limitava-se a manter a ordem e administrar a justiça, a garantir os contratos e a propriedade. A terceira, a *Administração Pública Gerencial*, emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública - a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário - torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. Na administração pública gerencial a estratégia volta-se (1) para a definição precisa dos objetivos que o administrador público deverá atingir em sua unidade, (2) para a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados, e (3) para o controle ou cobrança a posteriori dos resultados. Adicionalmente, pratica-se a competição administrada no interior do próprio Estado, quando há a possibilidade de estabelecer concorrência entre unidades internas. No plano da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais. Em suma, afirma-se que a administração pública deve ser permeável à maior participação dos agentes privados e/ou das organizações da sociedade civil e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios) para os resultados (fins).

Neste contexto, surgem também as agências reguladoras (*regulators agencies*), que são órgãos administrativos ligados ao Poder Executivo, dotados de autonomia e independência administrativa, funções normativas e de fiscalização, chegando, em alguns casos, a ter atribuições para dirimir conflitos na seara administrativa. As agências reguladoras assumem o papel que antes era desenvolvido pela própria Administração Pública direta na qualidade de poder concedente, como órgão regulador da concessão de serviços públicos, bem assim na permissão e autorização de serviços públicos, ligadas à regulação basicamente normativa.

Marcos Juruena Villela Souto assevera que o "*Plano Diretor usou a expressão "agências autônomas", sem fazer distinção entre **agências reguladoras**, voltadas para a intervenção em mercados específicos regulando a relação entre oferta, com qualidade e preço acessível, e demanda, e **agências executivas**, ligas à implementação de política (sem formular políticas, regular ou influir em mercados)"* (2.000: 155). Sobre esta distinção preferimos a que atribui à agência executiva a tarefa de regulação operacional, no exercício da fiscalização da implementação de políticas públicas, enquanto à agência reguladora cabe formular políticas públicas, através de instrumentos normativos dirigidos ao mercado, como distinção que aliás foi implementada na legislação brasileira, conforme se verá adiante. Esta opinião também é a de **Fernando Herren Aguillar**, quando observa que as "*Agências Executivas, como designa o próprio nome, têm atribuições de caráter operacional e não normativo. Essa a principal diferença funcional em relação às agências reguladoras. Enquanto estas se ocupam da regulação normativa, ou seja a formulação de políticas públicas, as Agências Executivas se dedicam a implementá-las em matéria de serviços públicos"* (1999, p. 242)(sic)¹⁴.

Da análise que se faz, conclui-se que com o abandono dos modelos de *Estado empresário*, e devolvendo-se as atividades econômicas aos entes da sociedade, passou a ser necessário encarecer noções de controle sobre o exercício de tais atividades, ora designadas à iniciativa privada, com o fito de garantir o margearamento das regras de interesse público.

João Bosco Leopoldino da Fonseca entende como justificável a criação das agências reguladoras, "*na medida em que os serviços públicos passam a ser executados pelas empresas, através do processo de privatização, ao Estado é atribuída outra função, justamente aquela prevista no artigo 174, que prevê que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Assim, no dizer do Autor, "como as atividades econômicas privatizadas são de grande diversidade e de especialidades bem demarcadas, o Estado cria as **agências** diversificadas e especializadas para o exercício das incumbências constitucionais"*(2.000, 259).

No direito brasileiro exsurgem, notadamente a nível federal, as agências executivas, seja através da criação específica da lei, como no caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVS¹⁵ e da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS¹⁶, seja através da conversão de autarquias e fundações públicas preexistentes em

¹⁴ **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** afirma que as "Agências governamentais autônomas, entendidas como entes fracionários do aparelho administrativo do Estado, não são tema novo no Direito Administrativo". Segundo este Autor, a "novidade está no ressurgimento da importância dessas entidades, rebatizadas, resumidamente, de **agências reguladoras**"(2.000: 145).

¹⁵ Instituída pela Lei nº9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária tem funções eminentemente executivas, *i.e.*, de fiscalização, na forma do seu artigo 6º.

¹⁶ Instituída pela Lei nº9.961, de 28 de janeiro de 2000.

Agências Executivas, autorizadas pela Lei nº9.648/98 e pelo advento do Decreto 2.487/98¹⁷.

Vêm à baila também as agências reguladoras através de leis esparsas, tais como a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANNEL¹⁸, a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL¹⁹, a Agência Nacional do Petróleo - ANP²⁰. Os diplomas legais, que criaram tais órgãos, dispuseram que sua natureza jurídica é de direito público, constituindo-se em **autarquias de regime especial**²¹. Na qualidade de entes autárquicos, sujeitam-se às normas constitucionais que disciplinam esse tipo de entidade, enquanto que o regime especial vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas,

¹⁷ A Lei nº9.649, de 27 de maio de 1998, em seu artigo 51 faculta ao Poder Executivo qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos: I - ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor. Sendo que o Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão. E ainda segundo o artigo 52 da referida lei os planos estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional definirão diretrizes, políticas e medidas voltadas para a racionalização de estruturas e do quadro de servidores, a revisão dos processos de trabalho, o desenvolvimento dos recursos humanos e o fortalecimento da identidade institucional da Agência Executiva, sendo que os Contratos de Gestão das Agências Executivas serão celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento, ficando o Poder Executivo obrigado a definir os critérios e procedimentos para a elaboração e o acompanhamento dos Contratos de Gestão e dos programas estratégicos de reestruturação e de desenvolvimento institucional das Agências Executivas.

O Decreto 2.487/98 estatuiu por sua vez, em seu artigo 1º, que as autarquias e as fundações integrantes da Administração Pública Federal poderão, observadas as diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, ser qualificadas como Agências Executivas. Neste sentido, foram firmados contratos de gestão, como unidades piloto, com as seguintes entidades da Administração Pública Federal: Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO; Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE; Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; Instituto Brasileiro do Meio-Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; Secretaria de Defesa Agropecuária - DAS; Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI.

¹⁸ Instituída pela Lei nº9.427, de 26 de dezembro de 1996.

¹⁹ Instituída pela Lei nº9.472, de 16 de julho de 1997.

²⁰ Instituída pela Lei nº9.478, de 6 de agosto de 1997.

²¹ As agências brasileiras recentemente criadas, na sua maioria, conformam a feição de agências executivas e reguladoras, na forma dos instrumentos legais que veiculam paralelamente entre suas finalidades e atribuições a fiscalização e a regulamentação dos setores a que estão ligadas. Nesta conformidade, com relação ao setor de energia elétrica, a teor do que dispõe o artigo 2º da Lei nº9.427/96, a ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal. No que pertine ao setor de telecomunicações, a criação e organização da ANATEL visou atribuir-lhe a função reguladora das telecomunicações, competindo-lhe celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções, na forma dos artigos 8º e 19, VI da Lei nº9.472/97. Assim ocorre também com relação ao setor de combustíveis fósseis e gás natural, quando foi criada a ANP, como órgão regulador da indústria do petróleo, tendo como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, consoante artigos 7º e 8º da Lei nº9.478/97.

afastada a possibilidade de demissão *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública ²².

Assim, o Estado, no que concerne à necessidade de contar com os recursos dos particulares reduz sua atuação no âmbito de *atuação por compulsoriedade*, fazendo que se ampliem os modos de *atuação por participação*.

5. Tendência à Contratualização

E, justamente neste sentido, é que se orienta o movimento tendente à utilização dos mecanismos contratuais, porque nada mais salutar que instituições da sociedade civil, tais como empresas, consórcios de empresas, organizações não governamentais, associações e cooperativas, dotadas de personalidade jurídica própria, entidades constituídas ou voltadas para empreender uma atividade delegada de Poder Público, em prol de uma coletividade, mesmo não se perdendo de vista o fito de lucro do empresário, situações em tese plenamente conciliáveis²³, manifestem seu consenso, co-participando e cooperando com as ações estatais, através de expressa manifestação de vontade contida num instrumento de índole contratual.

Conforme a oportuna observação de **Marçal Justen Filho**, no sentido de que à medida que o Estado caminha para o aperfeiçoamento de sua feição democrática, observa-se que:

*A "doutrina aponta uma tendência à **contratualização** da atividade administrativa como reflexo da ampliação dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito. Como todo poder é de titularidade do povo, o exercício das competências públicas torna-se cada vez mais sujeito à **negociação** com a comunidade. Assiste-se um fenômeno muito peculiar, consistente na organização da sociedade civil. Surgem entidades privadas, sem fins lucrativos, que se interpõem entre o Estado e a comunidade. Os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente e a democracia se manifesta com concordância das decisões públicas com os interesses concretos da comunidade(...). Daí a crescente importância do instrumento contratual, que tende a substituir amplamente as figuras unilaterais"(1996: 39).*

Pois bem, este é um movimento que se acentua, à medida que se implanta a nova concepção de Estado supra revelada, uma vez que é claramente perceptível que no ordenamento jurídico brasileiro ganhou novo assento o *contrato de concessão de serviço público e de obra pública*, assim também, surge a figura do *contrato de gestão*, no domínio público e no domínio econômico, além do que a utilização das formas contratuais tornou-se visível e amplamente verificável.

A rearrumação do Estado brasileiro tem implicado no encarecimento do estudo das noções sobre o contrato administrativo, verificando-se que esta foi uma das opções para viabilizar a implantação da atual versão estatal.

Roberto Bazilli, logo na *nota introdutória* de sua obra, sobre a legislação federal implementada após a Constituição Federal de 1988, no exercício da

²² Cf. **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, 1999, 131.

²³ **Fernando Herren Aguillar** afirma que a lógica do capitalismo e de seus agentes não foi invalidada pelas transformações sociais que propiciaram maior interferência estatal na economia, para que se pudesse atribuir ao agente econômico capitalista a função de considerar preponderantemente os interesses gerais, sendo que o "*agente econômico não é obrigado a levar em conta outro interesse que não o seu*". Afirma, porém que a presença do Estado fez introduzir-se novas variantes a serem consideradas pelo agente econômico na perseguição de seus interesses individuais, fazendo-se com que possa ser satisfeito *interesse distinto do interesse individual imediato do agente econômico* (1999: 90/91).

competência dirigida à União Federal, no que concerne à instituição de normas gerais de licitação e contratos (art. 22, XXVII), assevera que se objetou buscar mais coibir a corrupção "do que adequar o sistema normativo às atuais concepções do novo Estado emergente". Todavia, a partir de instrumentos normativos tais como a Lei nº8.987/95 e nº9.074/95, entre outros, depreende-se o movimento no sentido de adequação da legislação brasileira aos novos reclames da realidade estatal²⁴.

A contratualização é um fenômeno que advém da idéia de *parceria* entre o setor público e o setor privado. Segundo **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** a idéia de parceria compreende: *forma de delegação da execução de serviços públicos a particulares pelos instrumentos da concessão e permissão de serviço público; meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio ou contrato de gestão; forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de obras e serviços, por meio de empreitada); instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio de contratos de gestão* (1999: 32).

Arnoldo Wald assevera que a "formulação atual do direito de desenvolvimento está vinculada a uma idéia que é, ao mesmo tempo antiga e nova. Antiga na sua concepção, nova na sua densidade e nas dimensões que está alcançando. É a idéia de parceria. Parceria entre as nações, parceria entre o Estado e a iniciativa privada, parceria entre empresas concorrentes, parceria entre moradores do mesmo bairro, parceria entre produtor e o consumidor, parceria entre acionistas e dirigentes de empresa, e finalmente, parceria entre empregados e empregadores, com a participação nos lucros e com a função social atribuída à empresa (1996: 27).

Infere-se, pois, que a implantação da idéia de parceria entre o público e o privado essencialmente se realiza e se viabiliza mediante a *contratualização* das relações do Estado com os particulares, embora hajam outras formas de parceria, como *gestão associada* dos entes federados através de *convênios* e *consórcios*, além de *franquia*, *terceirização*, *cooperativas prestadoras de serviços públicos*, entre outras.

Esta tendência à contratualização das relações entre a Administração e os particulares e entidades autônomas no âmbito da prestação de serviços públicos e intervenção administrativa na economia, desde a década de 1980, é verificada por eminentes juristas. Todavia, este fenômeno só voltou a permear efetivamente a vida do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da implementação da nova e atual concepção jurídica do Estado brasileiro, após a Constituição de 1988 e de alterações posteriores advindas de Emendas Constitucionais aprovadas no Congresso Nacional²⁵.

Luís Cabral de Moncada, v.g., na análise da contratualização nos países europeus, aponta para duas ordens de causa deste fenômeno:

²⁴ **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, em seu *Mutações do Direito Administrativo*, aponta para o surgimento da chamada *Administração pública consensual*, que abrange a seguinte tipologia: *a Administração Pública regida pelo Direito Privado; a Administração Pública dispositiva de Fomento Público; a Administração Pública sob contrato de Direito Público; a Administração Pública sob acordos de Direito Público; a Administração Pública a cargo de entidades independentes ou semi-públicas* (2.000: 43).

Em relação à Administração pública sob contrato de Direito Público, o Autor assevera que "a reintrodução da contratualidade veio com o conceito de duplicidade de natureza do contrato de direito público: público, com relação aos interesses do Estado e privado, como relação aos interesses particulares" (ob. cit., p. 45).

²⁵ Notadamente, com as seguintes emendas constitucionais: Emenda Constitucional nº5, de 15 de agosto de 1995; Emenda Constitucional nº6, de 15 de agosto de 1995; Emenda Constitucional nº8, de 15 de agosto de 1995; Emenda Constitucional nº9, de 9 de novembro de 1995; Emenda Constitucional nº19, de 4 de junho de 1998; Emenda Constitucional nº20, de 15 de dezembro de 1998.

uma, é a conhecida extensão quantitativa e a profundidade dos objectos que se propõe realizar o Estado intervencionista dos nossos dias, de modo a acertar o passo com as exigências "desenvolvimentistas" e "salutistas" de que se faz arauto o texto constitucional, só compatíveis com uma reordenação da produção e repartição sociais dos bens (produção e de consumo) indispensáveis, a par claro está, de uma evolução no sentido contratualista das relações jurídicas do Estado com os particulares, sob pena de se cair no mais feroz autoritarismo; a outra, é que a proliferação e a diversidade das novas espécies contratuais ficam também a dever-se à estrutura liberal e antidirigista da ordem jurídica da economia da maioria dos países europeus, assente no reconhecimento e protecção da livre iniciativa de que a liberdade contratual é expressão autorizada no domínio da disposição dos bens (1988, p. 380).

E arremata o jurista lusitano, o "Estado dos nossos dias não pode demitir-se da prossecução do programa constitucional por um lado, mas pelo outro não pode levá-lo a cabo senão contando com livre adesão contratual dos destinatários do programa geral de transformação estrutural de que se faz defensor" (ob. cit., p. 380).

Da mesma forma averba **André de Laubadère** quando, ao se referir ao estilo de ação estatal relacionado ao novo desenvolvimento do contratualismo, assevera que:

Este "desenvolvimento encontra terreno de eleição particularmente favorável em matéria económica porque a complexidade das situações económicas e a importância dos interesses tornam muitas vezes difícil a aplicação coerciva das regulamentações e prescrições unilaterais, o que incita o Estado a preferir a aceitação dos interessados ao uso dos meios de autoridade. Donde a procura de uma "economia contratual", complemento da "economia concertada" (1985: 423).

Segundo esse Autor, a novidade é que a utilização do contrato como forma de administrar se tornou mais frequente, e, "em certa medida o contrato tornou-se, deste ponto de vista, uma espécie de substituto do acto unilateral" (ob. cit., p. 423). Com relação ao fenômeno da contratualização, importa notar que as observações dos Autores supra voltam-se para identificar o contrato administrativo principalmente no âmbito econômico.

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez chamam atenção para o fato de que os "convênios" entre a Administração e administrados se dão por intermédio de três tipos perfeitamente diferenciados: os *contratos administrativos **stricto sensu***; os *contratos de Direito Privado*; e os *chamados genericamente de acordos ou "convênios de colaboração"* (1991, p. 589). Segundo os Autores, os dois primeiros tipos supõem "a utilização por parte da Administração de instrumentos contratuais dentro do âmbito específico das relações patrimoniais que são comuns a todos os sujeitos de Direito", que se situa em um terreno de colaboração ou intercâmbio patrimonial, por dinheiro, ou transfere possibilidades de atuação, frente ao público, a ela reservadas em troca de coisas ou de serviços que busca e que recebe (loc. cit.). Com relação aos acordos entre a Administração e os administrados, os Autores afirmam, com propriedade, que não se supõe existirem colaboração ou intercâmbio patrimonial entre as partes, "mas, pelo contrário, um simples acordo sobre a medida de uma obrigação, ou de uma vantagem, típicas de uma relação de submissão jurídico-pública previamente estabelecida entre a Administração e a pessoa com quem ela ajusta", sendo casos que tais, v.g., um "convênio expropriatório"²⁶;

²⁶ Previsão da lei espanhola, segundo os Autores (art. 24 da LEF).

*acordo fiscal de avaliação objetiva de bases tributárias ou de liquidação de cotas*²⁷; *convênio de preços*²⁸; *ação acordada*; *contratos programa*²⁹. Todos estes acordos da Administração, segundo os Autores, tratam-se de uma técnica de administração, no sentido jurídico, e não do intercâmbio de prestações patrimoniais.

Em verdade, nesse instante, cabe distinguir e decompor o termo *contratualização* em dois sentidos. No primeiro, haveria uma acepção ampla do termo, implicando em um tipo de vinculação entre a Administração e os particulares ao nível de compromissos, tipicamente advindos de uma obrigação de natureza pública preexistente, enquanto que, no segundo, encontrar-se-ia a acepção restrita do termo, onde adviria o fenômeno de intercâmbio e colaboração econômica entre o público e o privado.

Todos, porém, parecem estar situados no âmbito da chamada *consensualidade*, idéia que **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** traz no seu *Mutações*, em que vigora o refluxo da imperatividade dos atos administrativos, dando espaço para instrumentos de coordenação operativa entre sociedade e Estado (2.000: 41).

A *consensualidade*, de acordo com o Autor, pode ser percebida a partir das funções fundamentais do Estado. "*Primo, a consensualidade na produção das normas, como o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extra-estatais: a regulática. Secundo, a consensualidade na administração dos interesses públicos, como o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. Tertio, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição*" (loc. cit.).

Para **Diogo de Figueiredo Moreira Neto**, "*a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção de todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem)*" (2.000, p. 41).

Odete Medauar, em seu *Direito Administrativo em evolução* (1992: pp. 198 usque 201), analisando a aplicação da clássica doutrina do contrato administrativo, desvinculada da tradicional feição privatística, com a presença das cláusulas exorbitantes e da desigualdade entre as partes contratantes, aponta para as recentes preocupações surgidas já na década de setenta, no sentido de minorar a desigualdade contratual e a unilateralidade dos atos administrativos, podendo-se se falar em *Administração concertada*. Tais preocupações vêm a reforçar a tese da consensualidade, motivada pela: "*afirmação pluralista, a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade, portanto entre Administração e sociedade*". Baseada nestas idéias traz o pensamento de **Paul Amselek**, que aponta para o *desenvolvimento, na atualidade, ao lado dos mecanismos democráticos clássicos, de "formas mais autênticas de direção jurídica autônoma das condutas"*, que abrangem, de um lado, a conduta do poder público no sentido de debater e negociar periodicamente com interessados as medidas ou reformas que pretende adotar, de outro, o interesse dos indivíduos em particular, individualmente ou em grupos, na tomada de decisões da autoridade administrativa, seja sob a forma de atuação em conselhos, comissões, grupos de trabalhos no interior

²⁷ Previsão da lei espanhola, segundo os Autores (art. 51, "b" da LGT e art. 736, LRL).

Este acordo fiscal encontra paralelo no direito brasileiro com o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, instituído pela Lei nº9.964, de 10 de abril de 2.000.

²⁸ No Brasil, os acordos de preços advindos das Câmaras setoriais, instituídas no âmbito do Ministério da Fazenda.

²⁹ Previsão da lei espanhola, segundo os Autores (art. 91 da LGP).

dos órgãos públicos, seja sob a forma de múltiplos acordos celebrados. E afirma ainda que, conforme **Rosario Ferrara**, associa-se a esse processo: *o florescimento de módulos contratuais à crise da lei formal como ordenadora de interesses, em virtude de que esta passa a enunciar os objetivos da ação administrativa e os interesses protegidos; o processo de deregulation; a emersão de interesse metaindividuais; a exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa, assim como maior eficiência e produtividade, alcançados de modo mais fácil quando há consenso sobre o teor das decisões.*

Por outro lado, **Fernando Herren Aguillar** expressa-se sobre a regulação de serviços públicos pela via contratual, fazendo menção de que o importante é determinar em que medida ela é suficiente para atender certos interesses públicos ou da população (1999: 284). Acentua o Autor, que um poderoso argumento em favor da contratualização é o de que as necessidades de serviços públicos são diferenciadas conforme as regiões do país e que não se pode dar a elas tratamento uniforme sem risco de distorção, fazendo com que, mediante a estipulação contratual, o poder público possa eficientemente disciplinar o exercício da atividade, tendo em vista que sabe melhor os pontos críticos da atividade delegada e as necessidades impostas pelo serviço, encontrado-se, porém, desprovido de instrumentos eficazes na sua disciplina.

6. O Contrato Administrativo como fenômeno atual do Direito Econômico

A utilização dos contratos administrativos na esfera pública esteve vinculada às tradicionais figuras contratuais existentes ao longo do relacionamento da Administração Pública com os particulares, podendo-se dividir tais figuras, com relação à forma de atuação do Estado, em *contratos administrativos no domínio público*, em que se verifica a presença de serviço público, e em *contratos administrativos no domínio econômico*, em que prepondera a ausência de serviço público.

Entre os contratos administrativos no domínio público, encontram-se o de *Obras públicas*; de *Locação de serviços*; de *Compras*; de *Autorização ou permissão de uso de bem público*; de *Concessão de uso*; de *Transporte*. Outrossim, como contrato administrativo no domínio econômico, tem-se o de *Empréstimo Público*³⁰.

Ao lado dos tradicionais figuras, surgem novas ou renovadas figuras contratuais. No âmbito de atuação no domínio público, tem-se a *Concessão de obra pública*; *Concessão de serviço público*; *Gestão de serviço público*. Outra grande novidade no ordenamento jurídico brasileiro são os *Contratos de Gestão* celebrados com as próprias entidades públicas autônomas que em alguns casos desenvolvem atividade econômica, vinculados, mais propriamente, à atuação do Estado na esfera econômica, e em outras situações também vinculados à esfera pública de atuação³¹.

Na reflexão sobre as tendências atuais da contratualização, surge como objetivo pontual identificar o contrato administrativo como fenômeno atual do Direito Econômico.

³⁰ **José Cretella Júnior** considera o contrato de empréstimo público, *i.e.*, a captação de recursos financeiros no mercado para investimentos públicos voltados para o atendimento do interesse público, como tipicamente contrato administrativo, em face da necessidade de autorização legal e da existência de regras especiais relativas às taxas de juros não sujeitas às leis de usura e à prescrição especial (1997: 88),

³¹ As novas figuras ou tipos contratuais são aqui trazidos e analisados com o intuito de fornecer os elementos caracterizadores do fenômeno da contratualização das relações do Estado, joidados na teoria dos contratos administrativos, sem a preocupação de esgotar seus principais pontos de emanação, uma vez que o objetivo central deste trabalho é identificar o contrato administrativo como fenômeno atual do direito econômico.

A partir do soerguimento do modelo intervencionista de Estado, erige-se a disciplina jurídica do *Direito Econômico*. Numa primeira análise, ousaríamos averbar que o *Direito Econômico é o conjunto de normas voltadas para dispor sobre a atuação pública e privada na economia*. Este conceito conforma uma noção híbrida do direito econômico, ora alocada no direito público, ora no direito privado, uma vez que a disciplina compreende regras de direito civil, comercial, administrativo, penal, tributário, desenvolvendo-se em *zona intermediária*, admitindo-se, todavia, a divisão entre público e privado apenas por uma questão de *divisão-de-trabalho* ³².

Em verdade, esta definição parece estar mais próxima da acepção do *direito da economia*, conformando regras de direito público – relacionadas à intervenção do Estado na economia, desapropriação, regime jurídico dos bens públicos, e de direito privado – relacionadas ao regime de propriedade, privilégios e hipotecas, transmissões hereditárias de bens.

Washington Peluso Albino de Souza, preferindo deixar de lado a divisão entre direito público e direito privado, oferece conceito no sentido de que "*Direito Econômico é o ramo do direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica*"(1994: 23).

André de Laubadère, dando primazia à idéia de que o *direito da economia* trata-se de um ramo do "*direito aplicável a todas as matérias que entram na noção de economia*"(1985: 18), identifica o *direito econômico com o ramo do direito que cuida da intervenção do Estado na economia* (*ob. cit.*, 27).

Seguindo este pensamento, **Luís Cabral de Moncada** associa-se à concepção de que o *direito econômico* tem como *idéia fundamental a intervenção do Estado na vida econômica*, afirmando que "*o direito econômico assim perspectivado, afirma-se fundamentalmente como direito público que tem por objectivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida económica* (1988, p. 12).

Tomando, desta forma, como corolário do objetivo antes traçado, o *Direito Econômico*, como ramo do direito autônomo, imbuído de solidez e unidade, volta-se para a disciplina da intervenção do Estado na economia, seja em relação à sua própria atuação no exercício direto da atividade econômica, seja em relação à conformação da atuação econômica dos particulares.

Como a ordem jurídica regula fatos sociais e econômicos que se mostram relevantes para uma determinada sociedade, com o intento de promover a tutela do bem comum, através de normas que regem a conduta intersubjetiva, sob a forma de comandos impositivos (positivos ou negativos), proibitivos, autorizativos e indicativos³³, passou o *Direito Econômico*, como o direito das políticas públicas de controle da economia³⁴, a veicular normas que implicassem no fenômeno do controle econômico e de polícia econômica.

De acordo com **Luís Cabral de Moncada**, a "*ordem jurídica do Estado intervencionista atribui à norma um papel completamente diferente do que tinha anteriormente. A norma jurídica assume agora um conteúdo económico e social perdendo a neutralidade axiológica que a caracterizara na fase liberal*" (1988: 26).

³² Cf. **Orlando Gomes e Antunes Varela**, *Direito Econômico* 1977, 4.

³³ Cf. **Ricardo Antônio Lucas Camargo**, *Breve Introdução ao Direito Econômico*, 1993: 14.

³⁴ Segundo **Fernando Herren Aguillar** (*Controle Social de Serviços Públicos*, São Paulo, Max Limonad, 1999, p. 98), o *Direito Econômico* estuda o papel que o Estado desempenha na organização jurídica da estrutura do modo capitalista de produção econômica, notadamente na implementação de políticas públicas.

Infirmary as bases sobre as quais repousam os traços essenciais do *Direito Econômico*, como disciplina jurídica autônoma voltada para a intervenção do Estado na economia, seja em relação à sua própria atuação no exercício direto da atividade econômica, seja em relação à conformação da atuação econômica dos particulares, no que concerne ao contrato administrativo propriamente dito, em que a Administração Pública celebra pacto com os particulares para fornecimento de utilidades em seu interesse, ou realização de determinada atividade de forma delegada, é de se verificar que a relação jurídica oriunda do ato, principalmente em relação à segunda situação, implica em hipótese de intervenção estatal na economia.

No sentido revelado, tem-se que a contratualização se verifica tanto sob o ponto de vista do domínio público, *v.g.*, nos contratos de Concessão de obra pública; Concessão de serviço público; Gestão de serviço de interesse geral, quanto sob o ponto de vista do domínio econômico, *v.g.*, Gestão de órgãos e entidades da administração indireta, basicamente .

Infere-se que a instituição da técnica do contrato de concessão de serviço precedido ou não de obra pública e a permissão de serviço público provém da adoção de novos meios de promover a intervenção do Estado na economia, de forma indireta, porém mantendo-se o arcabouço de formas de fiscalização e controle do Poder Público sobre a atividade delegada.

Mesmo sabendo que só pode ser objeto do contrato de concessão ou de permissão de serviço público, a atividade que se circunscreve no âmbito de atuação do Estado no domínio público, conforme antes demonstrado, tratando-se essencialmente de delegação de serviço público próprio do Poder Público, o exercício da atividade por parte da iniciativa privada, é feito mediante seus próprios esforços, *i.e.*, por sua conta e risco, estando sujeito ao regime jurídico privado, o que, portanto, caracteriza o exercício da atividade econômica com fito de lucro, atividade econômica privada de interesse público ³⁵.

³⁵ Em outro sentido: MS 5307/DF; (1997/0054287-4) DJ 02/08/1999 pg.:00127 RSTJ vol.:00124 pg.PG:00041 Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO (1095) Ementa: CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE RADIODIFUSÃO SONORA. TELEVISÕES EDUCATIVAS. PERMISSÃO. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS (ART. 175). INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA. CARÁTER ESPECIAL DO CONTRATO DE PERMISSÃO. Os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagem e demais serviços de telecomunicações constituem, por definição constitucional, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão, cabendo à lei dispor sobre a licitação, o regime das empresas concessionárias e permissionárias e o caráter especial do respectivo contrato (art. 175, parágrafo único, I, do C. Federal). Esses serviços públicos (radiodifusão sonora), quando delegados a terceiros, mediante permissão, tem como suporte jurídico um contrato de caráter especial e regido por regras de direito público, consoante determinação constitucional (Lei nº 8.987/95, art. 1º). As condições básicas desse contrato são impostas ao particular, segundo disciplinamento consignado em lei e é a Administração que delimita os tópicos acerca dos quais poderá haver manutenção dos particulares firmatários da avença. As TVs educativas, cujos serviços que exercem são regidos por normas de direito público e sob regime jurídico específico, não desenvolvem atividades econômicas sob regime empresarial e o predomínio da livre iniciativa e da livre concorrência e não estão jungidas ao sistema peculiar às empresas privadas, que é essencialmente lucrativa. Não se inclui no conceito de atividade econômica, aquela que a Constituição qualificou como serviço público, ainda que potencialmente lucrativa (*v.g.* serviços de radiodifusão sonora), mas, se sujeita a uma disciplina cujo objetivo é realizar o interesse público. Ao impedir qualquer restrição à criação, à expressão e à informação sob qualquer forma ou veículo, a Constituição não interfere na atividade das TVs (Televisões Educativas), que prestam serviço público, sob condições especiais, nem derogou o Decreto-lei nº236/67. Segurança denegada. Voto vencido.

Sob o ângulo jurídico, a prestação de serviços públicos na forma do artigo 175 da C.F não é atividade econômica em sentido estrito, contendo, porém, os elementos intrínsecos do exercício de atividade econômica em sentido amplo.

Desta feita, caracterizado está que os contratos de concessão e permissão são meios indiretos de que dispõe o Estado para intervir na economia. *Primo*, porque o concessionário mobiliza-se economicamente para desempenhar a função delegada de Poder Público, destinando recursos para alocação no setor público; *secundo*, porque o particular age com fito de lucro no empreendimento da atividade prestacional do Estado; *tertio*, e finalmente, porque a Administração Pública possui meios jurídico-legais para exercer total controle e fiscalização sobre o desempenho da atividade do particular na prestação do serviço de interesse público.

Assim, como nas concessões e permissões, o particular, na qualidade de concessionário ou permissionário, vai exercer atividade com fito de lucro, realizando eminentemente atividade econômica. Todavia, estará sujeito à autorização para reajustamento de tarifas, encampação do serviço ou da obra, sanções, penalidades, suspensão, rescisão, inclusive, em alguns casos, de forma unilateral por parte da Administração Pública. Neste contexto, sob o ponto de vista do domínio econômico, o contrato administrativo também desempenha relevante papel na intervenção econômica estatal, uma vez que sujeita ao controle do Estado o particular a ele vinculado pela via da contratação administrativa.

Arnoldo Wald afirma que a "*flexibilidade do Direito Administrativo contemporâneo, no setor econômico e particularmente, nos aspectos referentes às relações negociais mantidas pelo Estado com os particulares, com vistas à execução de obras vinculadas às concessões de serviços públicos é um dos traços essenciais do Direito Administrativo-Econômico hodierno*"(1996:39).

Outrossim, cabe classificar os contratos de gestão, distintamente situados, com relação ao fornecimento de meios para que o Estado intervenha na economia, com o intuito de auferir se a instituição da técnica do contrato de gestão provém da adoção de novos meios de promover a intervenção do Estado na economia.

No que concerne à descentralização de serviços de interesse geral não exclusivos de Estado, os contratos de gestão desta espécie não podem ser considerados como instrumentos de intervenção do Estado na economia, porque, quando da constituição da Organização social para este fim, não há a previsão de auferimento de lucro, *i.e.*, as entidades qualificadas como organizações sociais por determinação legal não têm fins lucrativos, bem assim porque na maioria dos casos são constituídas com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais, porém sem patrimônio próprio, vivendo em função de um contrato de gestão. Neste sentido, não há alocação junto ao mercado privado de recursos monetários para implementação do intento.

Com relação ao fornecimento de autonomia gerencial, orçamentária e financeira a órgãos e entidades da administração direta e indireta em troca de resultados anteriormente fixados, os contratos de gestão, quando celebrados com os órgãos administrativos, não implicam em formas de intervenção do Estado na economia, mesmo que indireta, porque suas atribuições normalmente estão ligadas às funções estatais, e nesse sentido, a celebração do contrato se vincula aos resultados obtidos no aprimoramento da execução de suas atribuições. Todavia, quando os contratos de gestão são celebrados com entidades da administração indireta, notadamente empresas públicas e sociedades de economia mista, por natureza constitucional empreendedoras de atividade econômica, o aprimoramento do exercício de suas atribuições através de melhores resultados, conseqüentemente do lucro obtido e da minoração das despesas, implica numa forma direta de intervenção estatal, pois irá necessariamente influir nas condições do mercado. Acorre ainda a circunstância de que aos contratos de gestão aplica-se o princípio da economicidade, que se volta para a orientação da atuação administrativa de forma menos onerosa possível.

Em síntese, o movimento tendente à contratualização das relações do Estado com os particulares, faz com que se vislumbre efetivamente o contrato

administrativo como fenômeno atual do direito econômico, no que concerne aos contratos de concessão e permissão, bem como em relação ao contrato de gestão celebrado entre as entidades da administração indireta, notadamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Exclui-se, porém, a possibilidade de que se venha a observar a mesma característica no contrato de gestão com vistas à descentralização de serviços de interesse geral e naquele celebrado com órgãos integrantes da Administração Central.

Assim, a tarefa de identificar o contrato administrativo como fenômeno atual do direito econômico encontra-se concluída, guardadas as peculiaridades de cada figura contratual, trazidas à lume, nos últimos tempos, ao ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se fixar esta circunstância como uma tendência marcante da atual concepção de Estado.

7. Conclusão

O presente estudo deságua na efetiva verificação da relevância da teoria do contrato administrativo, suas principais características e elementos, para os dias atuais do ordenamento jurídico brasileiro.

O perfil atribuído ao Estado na área econômica, a partir da Constituição de 1988, e principalmente a partir das alterações que lhe seguiram, faz inferir-se que na concepção atual, o organismo estatal não é mais o único realizador dos anseios sociais e coletivos. De modo claro, não se está mais diante de um intervencionismo absoluto e resignado, *a contrario sensu*, pode-se dizer que existe um espaço para que a sociedade e a iniciativa privada sejam instadas a comparecer ao átrio da co-participação e da cooperação, porque na luta para desenvolver o país os influxos são grandes e os desafios maiores ainda.

O Contrato Administrativo encaixa-se no contexto da atual concepção de Estado, uma vez que viabiliza a continuidade da prestação de serviços públicos, propicia a manutenção, nas mãos do Estado, do papel regulamentador e dos instrumentos de controle da prestação dos serviços públicos, além de propiciar maior abrangência e extensão da prestação de serviços públicos e ampliar o leque de participação social da iniciativa privada, através da prestação de serviços de interesse geral, não exclusivos de Estado.

Ganha o Contrato Administrativo, desse modo, maior relevância no contexto da regulação estatal da atividade econômica, situado entre os instrumentos de que dispõe o Estado atualmente para ordenar, fomentando, incentivando e fiscalizando, a atividade econômica, *i.e.*, o Contrato Administrativo passa a ser visto como fenômeno do Direito Econômico, na apreciação do fato econômico pela Administração Pública e como veículo normativo da atividade desempenhada pelos agentes econômicos, dadas as cláusulas e disposições que contenha, por força de lei e de regulamento, acrescentando a lista das ferramentas estatais de controle da economia, observando as peculiaridades de cada figura contratual, conforme antes apontado.

O Contrato Administrativo, principalmente as novas figuras contratuais, denunciando um movimento tendente à contratualização, não pode mais ser utilizado de forma descoordenada pela Administração Pública, sendo mais perceptível como instrumento de ação administrativa coordenada, na busca de resultados eficientes e econômicos, voltados para o atendimento do interesse público, resultados estes, que estão minudentemente descritos, levadas em consideração as peculiaridades do serviço ou da atividade, bem como as características e as necessidades de cada região do país.

8. Referências Bibliográficas

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*, São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR6023: Informação e Documentação – Referências – Elaboração*. Rio de Janeiro, 2.000.
- BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- BIONDI, Aloysio. *O Brasil Privatizado – Um balanço do desmonte do Estado*. São Paulo: Editora Fundação P. Abramo, 2.000 a, 9ª reimpressão.
- _____. *O Brasil Privatizado II – O assalto das privatizações continua*. São Paulo: Editora Fundação P. Abramo, 2.000 b, 1ª edição.
- BRITO, Edvaldo. *Aspectos Jurídicos da Democracia Participativa como uma Revisão do Processo Decisório*. Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador: [s.n.], 1996, XXXVI v., nº50, p. 115-131.
- BORGES, Alice González. *O Ressurgimento das Concessões de Serviços Públicos e a Eclosão de Novas Formas de Contratos Administrativos. Nova Dimensão – Direito Administrativo – Repertório de Estudos doutrinários e jurisprudenciais*, Cerdônio Quadros (Org.). São Paulo: Editora NDJ, 1997, vol. 1.
- BUENO, Francisco da Silveira (Org.). *Dicionário Escolar do Professor*. Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1963.
- CASTOR, Belmiro Valverde Jobim. *Fundamentos para um novo modelo do Setor Público no Brasil. A Reengenharia do Estado Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 147/156.
- CRETILLA JÚNIOR, José. *Dos Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública - Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas*. São Paulo: Editora Atlas, 1999, 3ª edição rev. e amp..
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Tradução de Arnaldo Setti, 1991.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*, São Paulo-SP, Editora Perspectiva, 1978.
- _____. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo-SP: Malheiros Editores, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990, 18ª edição, rev. e atual..
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2.000, 2ª edição – rev., amp. e atual..
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de acordo com a Lei Federal nº8.883, de 08/06/1994*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1996, 4ª edição.
- LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Econômico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. Coimbra – Portugal: Coimbra Editora, 1988, 2ª edição, rev. e act..
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, 11ª edição rev..
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, 3ª edição universitária.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências Reguladoras*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2.000, nº33 – Ano 8, jul./ago..
- WALD, Arnaldo. *O Direito de Parceria e a nova Lei de Concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.