THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS
SciencesPo. Chaire M.A.D.P. Direito do Estado.com.br O primeiro site jurídico multimídia do Brasil

Nº 01 – Fevereiro de 2013

AUTOVINCULAÇÃO CONVENCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CONTRATO DE GESTÃO NO INTERIOR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Paulo Modesto
Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Público. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Ministério Público da Bahia e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Diretor da Revista Brasileira de Direito Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-Assessor Especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Editor do site www.direitodoestado.com.br

1. Autovinculação administrativa

A expressão *autovinculação administrativa* não é de emprego usual pela doutrina do direito administrativo brasileiro. Nada obstante, os tribunais nacionais e a literatura jurídica nacional surpreendem, sob denominações diversas, hipóteses variadas de *autovinculação (ou autolimitação) da Administração Pública*.[1] Para esclarecer o alcance desse conceito, bem como encartar nele situações novas e formas tradicionais de autovinculação, como a proibição de ir contra atos próprios (*venire contra factum proprium*) e novas formas convencionais de autovinculação, convém distinguir um *sentido estrito* e um *sentido amplo de autovinculação administrativa*.

1.1 Autovinculação administrativa em sentido estrito

[1] É raro encontrar estudos brasileiros sobre o tema da autovinculação no âmbito do direito administrativo, inclusive aplicações incidentais da teoria. São exceções: ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* (*REDAE*), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, mai./jun./jul. 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-14-MAIO-2008-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>; MOTTA, Fabrício. *Função normativa da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 233-234; VALLE, Vanice Lírio do. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 7, n. 82, dez. 2007; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002; SCHIRATO, Vitor Rhein. Discricionariedade e poder sancionador: uma breve análise da proposta de regulamento da ANATEL. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fev./mar./abr. 2009. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-VITOR%20RHEIN.pdf>.

A autovinculação administrativa, em sentido estrito, denota uma hipótese importante de *redução da discricionariedade*, no âmbito dos *atos concretos da Administração Pública*, de invocação especialmente útil para impedir *atuações caprichosas de agentes públicos* ou *alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público*.

A teoria nasceu de uma nova abordagem sobre a situação do administrado (cidadão ou pessoa jurídica) que observa a Administração Pública adotar reiteradamente uma determinada forma de agir, decidir ou interpretar disposições jurídicas, *em casos concretos*, ao longo do tempo, fixando um *padrão decisório* que suscita *confiança*. Ao provocar a Administração, no entanto, diante do novo caso concreto, o interessado assiste o Poder Público abandonar o padrão decisório reiteradamente adotado no passado sem *fundamentação ou motivação especial acerca das razões da mudança de critério*.

A doutrina é firme em que, nestes casos, em face do *princípio da igualdade*, *da boa-fé e da segurança jurídica*, a reiteração de um mesmo modo de decidir em casos concretos impõe que o mesmo padrão seja adotado nas demandas futuras de mesma natureza, salvo *motivação especial*, fundada em *alteração das circunstâncias e na necessidade de reformar o atendimento anterior em face do interesse público*.

A Administração Pública, como regra, portanto, mesmo diante de competência aparentemente discricionária, deve considerar-se "*autovinculada ao precedente*", isto é, *predeterminada* na escolha de uma decisão dentre as possíveis no exercício de competência discricionária em razão da *reiterada adoção por ela mesma de um mesmo padrão decisório*.

O *princípio da igualdade* é percebido, nesta hipótese, sob um *ângulo diacrônico* ou dinâmico, associando-se ainda à proteção da confiança, inerente a exigência de previsibilidade e lealdade da boa-fé objetiva. Não se cogita aqui de discriminação desarrazoada em face de situações concretas, ou sujeitos concretos, aqui e agora (perspectiva estática, sincrônica, tradicional do princípio da igualdade). Mas constata-se *discriminação desarrazoada entre casos análogos*, ou equivalentes, *ao longo do tempo*, no transcurso do tempo, a partir de uma abordagem que reclama *coerência no padrão decisório* da Administração Pública.

É que o *tempo, por si mesmo e enquanto tal*, não pode servir de critério de discriminação entre situações equivalentes, ensinou luminosamente Celso Antonio Bandeira de Mello, em passagem de sua conhecida monografia sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade:

> A lei não pode tomar tempo ou data como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares, sem com isto pelejar à arca partida com o princípio da igualdade. O que pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado. (...)
>
> As coisas é que residem no tempo. O tempo não se aloja nos fatos ou pessoas. Portanto o tempo não é uma diferença que neles assiste. Deste ponto de vista, pessoas, fatos e situações são iguais. Por isso se disse que o tempo é neutro. Se o tempo não é uma inerência, uma qualidade, um atributo próprio das coisas (pois são

> elas que estão no tempo e não o tempo nelas), resulta que em nada diferem pelo só fato de ocorrerem em ocasiões já ultrapassadas. Todas existiram. E se existiram do mesmo modo, sob igual feição, então, são iguais e devem receber tratamento paritário.[2]

Na hipótese, à primeira vista, o princípio da boa-fé e da igualdade, como *parâmetros obrigatórios, heterovinculantes*, *indisponíveis ao administrador*, fixados em norma legal ou constitucional, foram decisivos para *restringir no caso concreto as opções logicamente comportadas pela norma de competência discricionária*. Mas, na verdade, o que esses princípios encerraram foi a censura jurídica ao *comportamento contraditório, sem fundamentação suficiente ou razoável*.

O *parâmetro de decisão* do caso foi o padrão decisório reiteradamente assumido pela Administração Pública, que escolheu um entre os vários sentidos admitidos pela regra de competência e, no caso litigioso, dele somente poderia afastar-se a partir de fundamentação especial, extensa e congruente. A conjugação da *prescrição administrativa com os princípios da igualdade e boa-fé*, no caso, produzem o que Hartmut Maurer denominou "efeito externo indireto" das prescrições administrativas.[3]

O mesmo fenômeno, o da *eficácia externa de atos internos*, José Manuel Coutinho de Abreu reconhece nas chamadas "diretivas de discricionariedade", *normas regulamentares que autolimitam o exercício da discrição administrativa*, reduzindo o casuísmo na análise dos casos concretos.[4]

Para alguns autores basta uma *única decisão* para fundar um precedente vinculante. Segundo António Francisco de Souza, por exemplo, "devido ao princípio constitucional da igualdade, a Administração não deve, sem fundamento material suficiente, desviar-se da sua tradicional *praxis* administrativa, quando esta seja lícita e não haja razões suficientemente fortes para alterar o sentido de decisão tradicional. Para que se verifique autovinculação da Administração, é suficiente que no passado a Administração tenha decidido num único caso idêntico. Quando haja autovinculação da Administração, o cidadão atingido tem um direito a não ser tratado de forma menos favorável do que foram tratados outros cidadãos em casos idênticos".[5]

Na jurisprudência, mesmo em matéria tributária entende-se que a administração não pode praticar atos em desconformidade com seus próprios precedentes:

> Tributário. Imposto de Renda. Documentação Fiscal Parcialmente Destruída. Enchente. Arbitramento.1. As decisões administrativas devem guardar um mínimo de coerência, não se admitindo, por isso, tratamento diferenciado para hipóteses

---

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 42-44.

[3] MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001. p. 37.

[4] ABREU, José Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 175-179.

[5] SOUZA, António Francisco de. *O controlo jurisdicional da discricionariedade e das decisões de valoração e prognose*. Disponível na internet: <http://rca.meticube.com/RCA/Documents/doc18.rtf>. Acesso em: 20.09.2009.

> rigorosamente idênticas. Se duas empresas, da mesma localidade, sofreram a inutilização parcial de sua documentação em decorrência de uma inundação, não é lícito ao Fisco, isentando uma, servir-se do arbitramento de lucro para outra com base na própria declaração de rendimento apresentada. 2. Incidência da Súmula nº 76, do TRF. 3. Apelação parcialmente provida para reduzir o percentual da verba de patrocínio. 4. Remessa imprióvida. (TRF 1, Apelação Cível nº 9101166930, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, Terceira Turma, *DJ*, p. 38.220, 19.11.1992. No mesmo sentido, a AC nº. 91.01.16693-0/GO e a AC nº. 92.01.23038-9/GO)

No entanto, também é certo que não se devem estender para casos idênticos decisões ilegais, com fundamento na vinculatividade do precedente:

> Aposentadoria dupla. Ferroviário, que é servidor autárquico, indeferimento. Invocação de precedentes administrativos em contradição com o ato aqui impugnado. Cabe notar que *non exemplis sed legibus judicandum*, e aqueles precedentes não estão sujeitos agora ao nosso exame. A função do Poder Judiciário é corrigir, quando provocado, atos ilegais da administração, e não estender a outros as ilegalidades porventura cometidos por ela em favor de alguns. Segurança negada. (STF, MS nº 15.816, 1966, AUD: 09.03.1966, DF)

> Administrativo – Constitucional – Ação Civil Pública – Interrupção de Construção – Área de Preservação Ambiental – Existência de Termo de Compromisso com o Ibama – Questionamento da Atuação Administrativa da Autarquia – Potencial de Degradação Ambiental – Dilação Probatória Incompatível com o Recurso de Agravo de Instrumento (...) O simples fato de próximo ao local da construção já existirem empreendimentos potencialmente poluidores, que eventualmente tenham deixado de observar a legislação ambiental, não exime outros interessados de se submeterem ao procedimento adequado, vez que, por óbvio, não se admitem precedentes administrativos legitimadores da extensão de ilegalidades. (TRF 2, AGV 200402010126870, Relator Desembargador Federal Sergio Schwaitzer, Sétima Turma, *DJU*, p. 355, 30.05.2007)

É evidente que a Administração não está impedida de modificar o seu comportamento ou o seu padrão decisório. Mas se assim entender, deve *motivar a mudança de rota*, justificar não apenas a decisão concreta, mas a própria alteração de critério decisório, *afastando qualquer suspeita de atuação caprichosa ou contrária aos padrões éticos da boa-fé*. Se houver fixado a compreensão em regulamento, deve antes revogá-lo, em face do princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos. Se seguia apenas um padrão concreto de decidir, basta fundamentar a decisão contrária de forma razoável. Essa exigência, hoje, no Brasil, tem assento expresso na lei. O *art. 50 da Lei nº 9.784/99*, que regula o processo administrativo da União, determina que devem ser motivados os atos administrativos que "VII- deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais". É certo ainda que a nova interpretação não pode ter efeito retroativo, consoante disposição igualmente expressa no art. 2º, parágrafo único, XIII, da referida lei. A lei de processo exige que a Administração Pública observe, nos processos administrativos, entre outros critérios, o de "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé" (art. 2º,parágrafo único, IV), estabelecendo que "a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação" (art. 2º,parágrafo único, XIII).

1.2 Sentido abrangente da autovinculação administrativa

O caráter limitado dessa primeira aplicação da autolimitação administrativa, entretanto, foi reconhecido. Ela somente poderia ser invocada *quando a atuação administrativa paradigma fosse legítima*, conforme ao direito, *no plano de atos concretos unilaterais*, expedidos no âmbito de *competências que conferem opções discricionárias*, a partir da *involuntária fixação de padrão decisório* pela Administração Pública, que não devia ser modificado em casos semelhantes futuros sem fundamentação suficiente.

Fatores diversos colocam na ordem do dia saber-se a conveniência (ou não) de se admitir *hipóteses unilaterais e bilaterais de autocontenção voluntária ou deliberada da Administração Pública no exercício de competências administrativas sujeitas a algum grau de discricionariedade*.

Entre esses fatores, dois, profundamente interligados, dizem respeito a *transformações operadas na própria função legislativa*. Por um lado, a *insuficiência crescente da densidade normativa da lei*, com emprego nas normas legais de conceitos cada vez mais abstratos e indeterminados, enumerações exemplificativas, cláusulas gerais e princípios plurissignificativos, bem como de fórmulas de compromisso político sem viés nítido, deixam cada vez mais amplas margens de avaliação e concretização ao Administrador Público. Por outro lado, o *excesso de legislação*, a denominada *inflação legislativa*, frequentemente *contraditória e fragmentária*, a reclamar do administrador maior explicitação sobre as *normas que estão efetivamente vigentes*, oferecendo um panorama referencial para a programação de conduta dos próprios atores sociais.

Na verdade, neste cenário, há um *aumento expressivo da litigiosidade*, com consequência na *paralisia do próprio aparato administrativo*, contida frequentemente por liminares e medidas de cautela, pois *todos os sujeitos jurídicos supostamente lesados pela atuação da Administração sentem-se resguardados por algum princípio para esgrimir*.[6]

A falta de densidade da lei, bem como o excesso de legislação, acentuou a importância de conhecer, avaliar e controlar *diversas formas de concretização administrativa da própria lei*. Neste cenário, em primeiro lugar, é a análise de situações de autovinculação administrativa um *recurso adicional de redução da arbitrariedade do Poder Público e de prevenção contra abusos decorrentes de um decisionismo excessivamente casuísta*. No entanto, por outro lado, sobre o prisma da Administração, o recurso à autovinculação administrativa pode servir para *precisar os contornos do exercício da competência*, assegurando uma *padronização mínima* na reação às situações individuais repetitivas, de modo a acelerar a tomada de decisão dos agentes subalternos do aparato administrativo, ampliando igualmente a credibilidade da Administração perante os órgãos de controle.

De fato, no dizer de Johann-Christian Pielow, em termos expressivos, "la cuestión de las autovinculaciones de la Administración esta situada em um *campo de tensión entre la necesidad de flexibilidad e innovación por um lado*, y, por outro, entre la no menos acuñada

[6] Paulo Otero sustenta que a lei perdeu parte do seu papel garantístico com a valorização constitucional de princípios gerais, frequentemente assumidos de forma antagônica ou compromissória, o que produziu debilitação da segurança e certeza jurídicas na atuação administrativa. De fato, para este autor, o fenômeno ampliou o protagonismo da Administração na realização do direito (cada vez mais maleável, impreciso, valorativo, apoiado em balanceamento de interesses) e dos tribunais no exercício do seu controle. Em palavras incisivas, escreveu: "Sucede, porém, que todo este novo modelo de legalidade, envolvendo um 'Direito de princípios', aumenta consideravelmente a conflitualidade social e judicial: cada pessoa insatisfeita ou cada grupo de interesses preterido por uma decisão administrativa, procurando alicerçar nos princípios da Constituição o fundamento das suas pretensões, acaba por abrir litígios judiciais que, provocando um conflito de pretensões alicerçadas em princípios constitucionais contraditórios, arrastam os tribunais numa discussão político-constitucional que, sendo fruto das sucessivas incertezas normativas da Constituição e da legislação ordinária, contribuem para ampliar a presente crise na concretização jurisdicional da justiça" (*Legalidade e administração pública*, op. cit, p. 168).

demanda de *continuidad de la actividad administrativa*, la cual con el fin de crear *seguridad jurídica reclama la apreciabilidad y la calculabilidad de la acción administrativa*".[7]

A autovinculação não significa *reserva de administração* ou *espaço de autonomia decisória indiferente às determinantes legais ou constitucionais*. Pelo contrário. A autovinculação somente é possível no campo da *discricionariedade administrativa*. Mas é a *lei que programa a discricionariedade*, permitindo que na aplicação administrativa *mais de uma decisão seja possível e aceitável*. É a lei que oferece ao administrador uma *margem de avaliação e ponderação* da conveniência das várias decisões abstratamente possíveis, impondo um *dever de argumentação e justificação correspondente* de sua decisão final. Também não significa uma renúncia ilegal à discricionariedade, por ser também uma forma de expressão da própria discricionariedade autorizada por lei, além de oferecer maior segurança jurídica aos administrados.[8]

É a *ampliação excessiva dessas margens de avaliação e ponderação*, frequente na disciplina administrativa da economia, mas usuais também em outros domínios em um estado de direito cada vez mais "principialista", que colocam em questão tanto a preocupação sobre a *densidade normativa mínima que a Lei deve oferecer* quanto, por outro lado, a utilidade de se *antecipar ou concretizar parcialmente, em contextos concretos, parâmetros de controle do exercício futuro da discricionariedade*, inclusive por atos da própria Administração, sejam *unilaterais* (regulamentos, atos e promessas unilaterais), sejam *convencionais* (compromissos, acordos, termos de ajustamento de conduta, transações, acordos procedimentais ou acordos orgânicos).

Para a Administração Pública esse exercício voluntário de *autocontenção* frequentemente é útil, pois:

a) evita disparidade de resposta dos órgãos da estrutura administrativa a demandas equivalentes;

b) reduz o risco de litígios acerca da aplicação da lei, em face de suspeita de decisão caprichosa ou discriminatória;

c) acelera a capacidade de resposta da máquina pública a demandas repetitivas;

d) antecipa decisões futuras em matérias de alta incerteza, facilitando a mobilização de capitais privados em tempo útil para a oferta de bens e serviços para a própria Administração, ou a adesão de terceiros a políticas públicas.

Em resumo: por paradoxal que possa parecer, muitas vezes a redução da incerteza, a densificação da imprecisão legal, interessa tanto a Administração quanto aos particulares.

A autovinculação não concorre com a legalidade. A rigor, a desenvolve e densifica, ampliando o alcance prático dos princípios da igualdade e da proteção da confiança para

---

[7] PIELOW, Johann-Christian. Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la administración. In: MUÑOZ, Guilermo Andrés; SALOMONI, Jorge Luis. *Problemática de la administración contemporánea*: uma comparación europeo-argentina. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 51.

[8] É também esta a opinião de Paulo Otero em termos expressivos: "Sabendo-se que a predeterminação do poder discricionário ou a autolimitação administrativa ainda consubstancia uma forma de exercício da discricionariedade, registra-se que, se a obrigatoriedade de ponderação casuística da discricionariedade pelos órgãos administrativos resulta da lei, a verdade é que também decorre da lei a competência regulamentar que tais órgãos gozam para, dentro da margem de liberdade formadora resultante das fontes supra-ordenadas, fixarem normativamente as condições, os pressupostos ou os requisitos de exercício em concreto do poder discricionário. Tudo se resume, deste modo, a uma ponderação de equilíbrio entre dois poderes conferidos por lei aos órgãos administrativos (o poder regulamentar e o poder discricionário), sabendo-se que ambos se encontram alicençados em princípios constitucionais" (*Legalidade e administração pública*, op. cit., p. 852-853).

âmbitos nos quais falta precisão ou determinabilidade para os preceitos legais. Por igual, deriva também da necessidade de fixação de parâmetros para o próprio desenvolvimento da função administrativa, quando são muito variadas as alternativas oferecidas pela lei para a atuação do administrador.

A autovinculação em sentido amplo admite classificação sob diferentes critérios. Para fins desta exposição, distinguirei apenas entre:

a) autovinculação involuntária ou não intencional

b) autovinculação deliberada ou intencional

b.1) unilateral — concreta ou abstrata

b.2) bilateral ou convencional — acordos, contratos, convenções

A *autovinculação involuntária*, não intencional, foi referida quando mencionamos a "autovinculação pelo precedente". Ela possui a fragilidade invocada nas considerações anteriores: motivada adequadamente a alteração de circunstâncias, como base da decisão atual, perde força a invocação do precedente, salvo a demonstração (sempre difícil) de desvio de poder.

A *autovinculação voluntária e intencional*, por outro lado, especialmente quando feita no interior de uma relação jurídica, oferece maior certeza ao particular e aos órgãos de controle. É nesse campo que universalmente se aplica a *doutrina dos atos próprios*.

1.2.1 Autovinculação unilateral concreta – Doutrina dos atos próprios

Tradicionalmente, considera-se incluído no dever de proceder de boa-fé a obrigação dos titulares de posições jurídicas de *respeitarem a aparência criada por sua própria conduta*.

Afirma-se que *a ninguém é lícito ir contra os seus próprios atos*, pois seria deslealdade cabal com a contraparte criar uma aparência, mobilizar a contraparte a agir congruentemente com esta aparência, e depois quebrar a confiança com comportamentos ou atos contraditórios na mesma relação jurídica.

Hector Mairal, em preciosa monografia sobre o tema no direito administrativo, indica didaticamente as condições fundamentais para aplicação da doutrina dos atos próprios:[9]

a) que exista identidade de partes e unidade de situação jurídica, isto é, que exista uma conduta prévia e uma pretensão posterior emanada da mesma pessoa/Administração e que se tenham produzido frente a mesma contraparte e dentro do marco de uma mesma relação jurídica;

b) que a conduta prévia seja válida e que se revista de sentido unívoco, apta a suscitar a confiança da contraparte (conduta deliberada, juridicamente relevante, plenamente eficaz);

c) que tal conduta (ou suas consequências) e a pretensão posterior sejam contraditórias, incompatíveis entre si;

[9] MAIRAL, Héctor. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 133-154. Cf. também: BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

d) que não haja uma norma que autorize expressamente a contradição.

Na proibição de adotar comportamento contrário a atos próprios, ou atos anteriores, o que se tutela é também a confiança do particular e a coerência dos atos públicos. Mas, na espécie, *a invocação de casos análogos é desnecessária*. *Basta que o ato, base da proteção da confiança legítima*, tenha sido adotado perante o sujeito lesado e suscite ou suceda posterior pretensão contraditória.

Para a invocação da proibição de ir contra atos próprios bastam duas decisões ou comportamentos de uma mesma entidade ou pessoa administrativa, lícitos em si, diferidos no tempo, em contradição em face de determinado sujeito.

Trata-se de situação distinta, peculiar, quando a comparamos com a autovinculação decorrente de decisão análoga anterior. Na autovinculação derivada da proibição de ir contra atos próprios o fundamento constitucional é o *princípio da proteção da confiança*; na autovinculação ao precedente, o princípio da igualdade. Na proibição de ir contra atos próprios, censuram-se decisões já assumidas pela Administração ou por particulares, em contradição direta com atos anteriores. No respeito ao precedente, reclama-se coerência da Administração em decisões futuras, perante outros sujeitos, desde que presentes situações análogas. A Administração não se autovincula ao precedente ilegal, com fundamento no princípio da legalidade; no entanto, em situações excepcionais, mesmo perante atuação ilegal pode exigir-se o desenvolvimento de relações jurídicas com fundamento no princípio da proteção da confiança, como diversas decisões do Supremo Tribunal Federal já reconheceram, a exemplo do *leading case* das contratações de pessoal realizadas sem concurso público pela INFRAERO, na vigência da Constituição de 1988, fundados em diversos pronunciamentos oficiais anteriores que reconheciam às empresas estatais a autorização para assim proceder.[10]

Funda-se a proibição de ir contra atos próprios, portanto, tanto na segurança jurídica quanto na moralidade administrativa, com a consequente proteção da confiança suscitada e da boa-fé do administrado, a revelar, mais uma vez, que *a subordinação e vinculação da Administração Pública não apenas ocorre em face da lei, mas se prolonga aos regulamentos administrativos e a seus próprios atos concretos*.

No campo da Administração Pública, *dois* precedentes do STJ merecem ter as ementas transcritas. O primeiro é o seguinte:

> Ementa: Administrativo e processual civil. Titulo de propriedade outorgado pelo Poder Público, através de funcionário de alto escalão. Alegação de nulidade pela própria Administração, objetivando prejudicar o adquirente: inadmissibilidade. Alteração no pólo ativo da relação processual na fase recursal: impossibilidade,

[10] EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária — INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido (STF, MS nº 22.357/DF – DISTRITO FEDERAL, Relator Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 27.05.2004, Tribunal Pleno, *DJ*, p. 00006, 05.11.2004, RTJ V. 00192-02, p. 00620).

tendo em vista o princípio da estabilização subjetiva do processo. Ação de indenização por desapropriação indireta. Instituição de parque estadual. Preservação da mata inserta em lote de particular. Direito a indenização pela indisponibilidade do imóvel, e não só da mata. Precedentes do STF e do STJ. Recursos parcialmente providos.

I - Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação dos princípios de que "memo potest venire contra factum proprium" e de que "memo creditur turpitudinem suam allegans".

(...)

IV - Recursos especiais conhecidos e parcialmente providos. (STJ, RESP 47015/SP, Recurso Especial, 1994/0011462-1, Relator Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, Julgamento 16.10.1997, *DJU*, p. 64.655, 09.12.1997)

O segundo acórdão a merecer referência é o seguinte:

Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. Tendo o município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei nº 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade de seu procedimento. (STJ, 4ª T, RESP 141879/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 17.03.1998, *DJU*, p. 90, 22.06.1998)

A jurisprudência nacional, no entanto, em outros momentos, parece vacilar na aplicação do instituto, reconhecendo ao Estado, ainda com grande desenvoltura, o direito a ir contra atos próprios, como no julgado cuja ementa é transcrita abaixo:

Ementa: Processual civil e administrativo. Embargos de declaração. Art. 535 do CPC. Ausência dos pressupostos. Efeito infringente. Excepcionalidade. Policial militar. Promoção por ato de bravura. Ato discricionário da administração pública. Impossibilidade do Poder Judiciário analisar o mérito administrativo. Correção de ilegalidade. Poder-dever da administração. Súmula nº 473/STF. Ausência de direito líquido e certo. Recurso desprovido. Embargos de declaração rejeitados.

III - A concessão da promoção por ato de bravura está adstrita à discricionariedade do administrador, estando o ato administrativo submetido exclusivamente à conveniência e oportunidade da autoridade pública, tendo em vista que a valoração dos atos de bravura não ocorrem por meio de elementos meramente objetivos. Precedentes.

IV - Consoante entendimento desta Corte, é defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo de ato discricionário, a fim de aferir sua motivação, somente sendo permitida a análise de eventual transgressão de diploma legal.

V - Tratando-se de revisão de ato ilegal, ancorada no poder de autotutela, poderia a Administração alterar o entendimento anteriormente proferido, denegando a promoção por ato de bravura. Aplica-se, à espécie, o entendimento consolidado na Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal: "A Administração pode anular seus

> próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos." VII- Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EDcl no RMS 19.829 / PR, Relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, Julgamento 21.11.2006, *DJ*, p. 408, 18.12.2006)

Por isso, instrumentos de *autovinculação voluntária*, como acordos ou contratos de gestão (que parametrizam a supervisão administrativa de entidades ou a coordenação administrativa interna), acordos de terminação antecipada de processos administrativos, regulamentos e atos enunciativos de parâmetros técnicos de decisão futura, parecem cada vez mais relevantes para o cidadão e para o próprio funcionamento da Administração Pública. Permitem diminuir o espaço da decisão caprichosa e abusiva, restringem o casuísmo, desestimulam a litigiosidade e podem favorecer a formulação de atos e normas com maior coerência pelo Poder Público.

1.2.2 Autovinculação unilateral abstrata

Os atos normativos emitidos no exercício da função administrativa pelo Estado cumprem diferentes propósitos. Podem ser destacados ao menos três mais frequentes:

a) especificar e operacionalizar os comandos legais, integrando, sem criar direitos ou obrigações ao cidadão, aspectos operacionais reclamados para ampliar a eficácia da lei;

b) disciplinar aspectos da lei que ensejam atuação administrativa discricionária, evitando disparidades na aplicação concreta da norma legal; e

c) adequar o funcionamento e a organização dos órgãos e entidades públicos a necessidades do momento, na hipótese dos regulamentos organizativos.

Os regulamentos constituem a mais eminente manifestação dos atos normativos editados na função administrativa, sendo privativos do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, IV, e 84, VI, "a"). Embora a edição dos regulamentos seja uma imposição da lei, é função lógica (inerente) dos regulamentos e demais atos normativos da administração a eficácia de *vincular os atos singulares da própria Administração Pública, inclusive os atos da autoridade que os emitiu*.[11]

Mesmo criticando a qualificação desta atuação normativa como hipótese de autovinculação em sentido estrito, Luis Cabral de Moncada oferece considerações sobre a sua *relevância para o Estado de Direito e para a democracia*, em termos que merecem transcrição:

> Cada vez mais dispõe a administração por vontade da lei ou "malgré tout" de um poder de decisão importantíssimo na concretização das hipóteses legais. Esta constatação atribui-lhe responsabilidades especiais perante o cidadão e a

[11] FERRAZ, Sergio. *3 estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 113.

> comunidade. Mais uma vez, são os princípios do Estado-de-Direito e da democracia representativa que vêm remediar a situação, impondo à administração o dever de orientar a sua conduta por critérios gerais, compreensíveis para o cidadão e controláveis pelo tribunal ao mesmo tempo que produto de um consenso tanto quanto possível alargado, sob a forma de normas precisas. A autovinculação deverá ser apreendida no entrecruzamento destas exigências. Aqueles princípios precipitam-se agora não sobre o terreno da lei parlamentar, com as conseqüências já nossas conhecidas, mas sobre o da actividade normativa da administração para lhe exigirem previsibilidade e legitimidade aí onde ela dispõe de maiores e acrescidas liberdades, isto justamente porque ela não é já um poder estadual de costas voltadas para o direito, mas, muito pelo contrário, um poder jurídico beneficiado além do mais de uma legitimidade democrática ao menos indirecta.[12]

Os atos normativos, é certo, apresentam um caráter ambíguo em matéria de vinculação/autovinculação. Possuem *eficácia autovinculativa para o seu editor*, obrigando o órgão que os emitiu a respeitar as suas próprias prescrições gerais em casos singulares submetidos à apreciação (princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos), embora a limitação incida apenas até a edição de nova norma administrativa geral e abstrata. Sem embargo disso, ao mesmo tempo, constituem normas dotadas de *eficácia heterovinculante para os órgãos subalternos*, sediados em escalões inferiores da estrutura administrativa, pois estes se encontram submetidos a vínculos de hierarquia, supervisão ou coordenação relativamente ao órgão emissor do ato normativo geral, de natureza administrativa. O regulamento, em especial, por sua expressão eminente na hierarquia dos atos normativos de natureza administrativa, são de longa data reconhecidos como *veículos de autolimitação da Administração Pública*.[13]

A verdade é que a edição de ato normativo secundário, de natureza administrativa, explicita uma das intelecções comportadas pelas normas legais vigentes, habilitantes da atuação do Poder Público, mas não a única inteligência possível. A seleção das alternativas de intelecção da norma legal pela Administração constitui uma relevante manifestação do poder de Estado, que não pode ser subestimada. A interpretação administrativa da norma legal, em particular de uma norma legal composta por conceitos indeterminados, não revela um único sentido preexistente, razão pela qual a norma administrativa emitida não deve ser tida como simples norma de execução, pois integra o próprio processo decisório e concretizador da administração.

Há um impressionante hiato entre a doutrina brasileira dos atos administrativos discricionários e a teoria predominante sobre a margem de discrição na edição de regulamentos no Brasil. É usual reconhecermos margens de avaliação discricionária para a emissão de atos singulares e concretos quando a norma de competência encerra conceitos normativos indeterminados, porém recusamos ou não tematizamos a equivalente margem de apreciação na edição de regulamentos fundamentados a partir dos mesmos conceitos jurídicos indeterminados. A verdade, que normalmente se oculta ao referirmos os “regulamentos de execução” ou

---

[12] MONCADA, Luis Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 502-503.

[13] Em 1969, afirmava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “Quando as atribuições conferidas ao Executivo deixam a ele discrição para praticá-las segundo a conveniência e oportunidade públicas, cabe-lhe *autolimitar-se*, mediante regulamento, condicionando o exercício dessa discrição administrativa, por parte dos seus órgãos, traçando comportas aos agentes públicos” (*Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1969. v. 1, p. 319).

"regulamentos de fiel execução da lei", é que também nessa última hipótese não se pode deixar de reconhecer cabimento para ponderação discricionária, exercício de poder-dever, margem decisória apta a expressar mais uma manifestação de autovinculação.

1.2.3 Autovinculação bilateral – Consensualidade na função administrativa

A Administração Pública contemporânea pouco se assemelha à Administração unitária, coesa, pequena e hierarquizada conhecida no século IX, herdeira do liberalismo e do Estado-mínimo burguês. Descrita metaforicamente como "galáxia administrativa",[14] por encerrar diversas formas organizatórias e diferentes entes autônomos, à semelhança de um sistema composto por planetas e satélites, a Administração Pública do nosso tempo afasta-se cada dia mais da metáfora de uma "pirâmide decisória", vertical e integrada, encerrada nos livros mais tradicionais de direito administrativo.

No liberalismo, o direito administrativo se interessava sobretudo em disciplinar a relação Estado-cidadão, estabelecendo os limites de interferência do Estado e as garantias deferidas ao cidadão. Neste contexto, as normas de organização apresentavam interesse secundário, sendo percebidas como normas não jurídicas ou, quando muito, normas jurídicas de relevo exclusivamente interno.

A fragmentação organizatória, resultado de diferenciações cada vez mais complexas de interesses e tarefas assumidas pelo Estado contemporâneo, mudou radicalmente esse cenário. Entrou em evidência a necessidade de coordenar essa complexa estrutura administrativa, seja com a disciplina coerente do procedimento e do processo administrativo (inclusive o direito de participação e audiência do cidadão), seja com o estabelecimento de sistemas transversais de tratamento de informação e direção normativa (*v.g*. sistemas unificados de pessoal, gestão orçamentária, assessoramento jurídico, gestão patrimonial). Além disso, aos poucos, mudou a forma dos escalões superiores do Estado lidarem com os escalões inferiores ou subordinados. O ato administrativo de comando, a emissão de ordens unilaterais, hierárquicas ou de supervisão, foi sendo substituído pelo recurso frequente a acordos, compromissos, pactos, transações, adotados com a função de substituir ou preparar a edição dos atos unilaterais subsequentes.

Trata-se de movimento mundialmente conhecido como "administração concertada", "administração consensual", "contratualização da administração pública",[15] que somente no Brasil ainda causa perplexidade, talvez por nossa

---

[14] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1998. t. I, p. 34.

[15] No direito comparado, além da antiga experiência francesa, podem ser colhidos diversos exemplos mais recentes do reconhecimento pelo direito positivo de "módulos consensuais". Na Itália, o art. 15 da Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990, dispõe: "Accordi fra pubbliche amministrazioni. 1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune." Na Espanha, merece registro o art. 88.1 da Lei nº 30/1992, que trata do Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, com o seguinte enunciado: "Artículo 88. Terminación convencional.1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin". Em Portugal, o Ministério da Educação assina contratos de autonomia com a escolas,

arraigada cultura autoritária, centralista e hierarquizante, fruto de uma história marcada por pequenos hiatos de vivência democrática.[16]

Essa nova forma de administrar foi bem sintetizada por Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva:

> Outra vertente do recurso a formas de actuação não autoritárias por parte da Administração Pública é a que respeita à contratualização da atividade administrativa. Olhada com desconfiança pela doutrina administrativa clássica, que tinha dificuldade em conciliar a ideia do consenso com o entendimento da Administração como poder, a contratualização é, cada vez mais, um modo importante e habitual de actuação da Administração Pública. Como diz Nigro, "só os juristas, de facto, puderam ou podem ainda considerar que o poder não contrata mas ordena (...) e que o exercício do poder não é negociável e não pode ser 'condicionado' por influências externas. Na verdade, se existe uma realidade elástica, expansível, mas também compressivel, ela *é o poder*". Daí que, "depois de velhas controvérsias sobre o contrato de direito público, só agora começamos a considerar que os acordos relativos ao poder não apenas são admissíveis, como diariamente praticados, tendo como único limite a retractabilidade do consenso por parte da Administração Pública".(NIGRO)
>
> A contratualização da actividade administrativa, nos nossos dias, é de tal forma relevante que há mesmo que falar no surgimento de uma Administração concertada, que se manifesta tanto através da celebração de contratos entre a Administração Pública e os privados, como das próprias autoridades administrativas entre si, para a realização de fins públicos assim como se manifesta também sempre que a Administração busca o consenso, ainda quando sejam utilizados modos de actuação unilaterais.[17]

Contratualização da atividade administrativa, neste contexto, indica uma

---

experiência iniciada com Decreto -Lei nº 115 -A/98, pela Lei nº 24/99, atualmente disciplinados pelo Decreto-lei nº 75/2008, de 22 de Abril, nos seguintes termos: "Art. 57. Contrato de Autonomia. Por contrato de autonomia entende-se o acordo celebrado entre a escola, o Ministério da Educação, a câmara municipal e, eventualmente, outros parceiros da comunidade interessados, através do qual se definem objectivos e se fixam as condições que viabilizam o desenvolvimento do projecto educativo apresentado pelos órgãos de administração e gestão de uma escola ou de um agrupamento de escolas. (...) Artigo 58.Atribuição de competências. 1 - O desenvolvimento da autonomia processa-se pela atribuição de competências nos seguintes domínios: a) Gestão flexível do currículo, com possibilidade de inclusão de componentes regionais e locais, respeitando os núcleos essenciais definidos a nível nacional; b) Gestão de um crédito global de horas de serviço docente, incluindo a componente lectiva, não lectiva, o exercício de cargos de administração, gestão e orientação educativa e ainda o desenvolvimento de projectos de acção e inovação; c) Adopção de normas próprias sobre horários, tempos lectivos, constituição de turmas ou grupos de alunos e ocupação de espaços; d) Recrutamento e selecção do pessoal docente e não docente, nos termos da legislação aplicável; e) Extensão das áreas que integram os serviços técnicos e técnico-pedagógicos e suas formas de organização; f) Gestão e execução do orçamento, através de uma afectação global de meios; g) Possibilidade de autofinanciamento e gestão de receitas que lhe estão consignadas; h) Aquisição de bens e serviços e execução de obras, dentro de limites a definir; i) Associação com outras escolas ou agrupamentos de escolas e estabelecimento de parcerias com organizações e serviços locais.2 - A extensão das competências a transferir depende do resultado da negociação referida no nº 2 do artigo 56, tendo por base a proposta apresentada pelo agrupamento de escolas ou escola não agrupada e a avaliação realizada pela administração educativa sobre a capacidade do agrupamento de escolas ou escola não agrupada para o seu exercício. 3 - Na renovação dos contratos de autonomia, para além do previsto no número anterior, deve avaliar-se, em especial: a) O grau de cumprimento dos objectivos constantes do projecto educativo; b) O grau de cumprimento dos planos de actividades e dos objectivos do contrato. 4 - Na sequência de avaliação externa ou de acção inspectiva que comprovem o incumprimento do contrato de autonomia ou manifesto prejuízo para o serviço público, pode, por despacho fundamentado do membro do Governo responsável pela área da educação, determinar-se a suspensão, total ou parcial, desse contrato ou ainda a sua anulação, com a consequente reversão para a administração educativa de parte ou da totalidade das competências atribuídas 2. O contrato de autonomia tem uma duração fixa e a sua renovação depende de avaliação dos objectivos fixados, em termos a regulamentar.

[16] Sobre diferentes formas de exercício consensual da função administrativa, bem como o seu tímido desenvolvimento no Brasil, confira BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 261-293.

[17] SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 105-106.

diretriz política em favor da consensualidade e da composição de interesses no exercício da função administrativa. Assinala, também, não um ato, mas antes um *procedimento administrativo*, uma forma especial de realizar a função administrativa através da sucessão ordenada e encadeada de atos de planejamento, acordo de metas e indicadores de desempenho e de atos de fiscalização do pactuado. Por óbvio, não designa a adoção generalizada do vínculo contratual clássico no desenvolvimento da atividade de administrar a coisa pública.

Na "contratualização", assim, pode haver emprego de contratos ou outros vínculos de concertação de interesses. Por contrato designo o acordo vinculante que harmoniza dois ou mais interesses com o fim de criar, modificar ou extinguir relação jurídica. No contrato, os interesses podem ser contrapostos (ex. compra e venda) ou convergentes (ex. contratos de sociedade). O conteúdo do contrato pode ser estabelecido por ambas as partes (contrato clássico), por apenas uma das partes (contrato de adesão) ou preordenado pela lei (contrato-condição, como o contrato de casamento civil). No contrato, há vínculo de ao menos duas pessoas, obrigações recíprocas, estabilidade da avença e criação de situações jurídico-subjetivas novas, decorrente da conciliação de interesses. Mas nem todo acordo é contrato.

A "contratualização", entendida em sentido amplo, desvinculado da necessária implementação do vínculo contratual, é cada vez mais empregada como técnica de realização da função administrativa e, também, de coordenação e controle da própria organização administrativa. Duas razões básicas a justificam, nas relações internas à própria estrutura administrativa:

a) assimetrias de informação;

b) maior eficácia prática das decisões quando produzidas com a adesão voluntária dos envolvidos.

A primeira razão é quase intuitiva em face do grau de complexidade alcançado pelo Estado nas sociedades contemporâneas: órgãos subalternos frequentemente estão mais bem informados do que os órgãos superiores sobre os assuntos específicos de suas competências, assim como as entidades vinculadas e especializadas em relação aos órgãos de supervisão da Administração centralizada. Diante disso, os acordos de controle, programação ou coordenação, funcionam como instrumentos de transferência de informação entre graus da cadeia decisória ou da administração descentralizada para a administração central.

A segunda razão é igualmente notória: a participação dos afetados na formação de acordos amplia a legitimidade da decisão consertada, a sua aceitação voluntária, ainda quando presente abstratos vínculos hierárquicos ou de supervisão. Os acordos oferecem previsibilidade, enquanto vigentes, à atuação de controle, o que é sempre prezado pelos órgãos controlados ou supervisionados, e oferecem em contrapartida aos órgãos de controle ou supervisores parâmetros objetivos para o exercício das próprias prerrogativas de fiscalização e coordenação.

É certo que, em muitos casos, seria possível à Administração determinar unilateralmente a transferência de informações e a obediência a quanto lhe interesse impor, especialmente a órgãos hierarquicamente subalternos ou entidades

supervisionadas da administração indireta. Porém, como agudamente observou Eduardo Garcia de Enterria e Tomas-Ramon Fernandez, se é certo afirmar que "o ato unilateral assegura eficazmente a submissão", também é certo que ele é "incapaz de suscitar o entusiasmo e o desejo de colaboração". Para esses dois eminentes mestres, "la Administración, hecha para mandar, necesita imperiosamente negociar, una vez descubierto que con poder mandar no basta en muchos casos".[18]

Não vou a ponto de dizer que a administração "subordinativa", "unilateral", "hierarquizada", "linear" esteja com suas "manifestações tradicionais praticamente esgotadas", em favor de uma "Administração Pública coordenativa", "multilateral", "equiordinada", "radial", de "múltiplas manifestações novas e em franca expansão".[19] Não sou tão otimista.[20] Ao mesmo tempo, concordo com os autores que identificam no crescimento da variedade de técnicas de "contratualização" uma perda gradual da nitidez dessa nova orientação, desse procedimento peculiar de agir ou estilo de administrar. É hoje comum aplicar o conceito de contratualização tanto para vínculos convencionais quanto para autênticos atos administrativos unilaterais, desde que precedidos de consenso ou cooperação dos envolvidos.

Jacques Chevallier, nesta direção, informa que "o procedimento contratual conhece, nas sociedades contemporâneas, um crescimento espetacular", mas que esse "crescimento é acompanhado de uma alteração, mesmo de uma desnaturação, da concepção tradicional do contrato: as fronteiras entre contrato e ato unilateral, de uma parte, e entre contrato e procedimentos mais flexíveis e mais informais de cooperação e de regulação, de outra parte, tornam-se fluidas; veem-se proliferar, sob denominações diversas (cartas, convenções, pactos, quase-contratos) engajamentos recíprocos, que têm pouco a ver com o contrato clássico. O termo 'contrato' remete menos a uma realidade jurídica exata do que invoca um novo estilo de relações, fundado sobre o diálogo e a procura do consenso, mais que sobre a autoridade".[21]

É verdadeiro que a adoção de formas negociadas de realização da função administrativa surgiu inicialmente para estimular a participação de particulares em setores econômicos estratégicos. Em pouco tempo, no entanto, o movimento foi ampliado para fomentar a eficiência e a eficácia de entidades empresariais do Estado, de entidades administrativas personalizadas e, finalmente, de unidades administrativas despersonalizadas. No pano de fundo dessa tendência, a radicalização da democracia participativa, a necessidade de lidar com a complexidade crescente da estrutura administrativa e de legitimar, com dados concretos e envolvimento dos próprios agentes públicos, programas de realização de políticas públicas. Essas formas negociadas podem se exprimir em contratos, acordos ou simplesmente em atividades informais, que posteriormente se convertem em atos formais unilaterais, frutos da negociação. Neste processo, a negociação em

---

[18] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-Ramon, *Curso*..., op.cit., p. 668.

[19] MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 6.

[20] Para uma abordagem crítica deste crescimento, cf. CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David (Org.). *Approche critique de la contractualisation*. Paris: L.G.D.J., 2007. 222 p.

[21] Cf. CHEVALLIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 161.(na edição francesa, *L'état post-moderne*, Paris: L.G.D.J., 2003. p. 125).

si é tão importante quanto o seu produto final. Em regra, os efeitos jurídicos advirão diretamente da lei, ou de atos normativos secundários, que prevejam essas formas negociadas de administrar como *fatos jurídicos suficientes* para a produção de conseqüências jurídicas adredemente estabelecidas, como ocorre nos contratos de gestão inter e intra-administrativos, também denominados contratos de autonomia. [22]. É que se tratará a seguir.

2. Contrato de Gestão inter e intra-administrativo: espécie de autovinculação?

O estudo sobre o contrato de gestão realizado no interior da organização administrativa, consoante o direito brasileiro, é facilitado quando o relacionamos ao conceito de **autovinculação (ou autolimitação) da administração pública** e avaliamos a abrangência do emprego de fórmulas de **consensualidade na administração pública contemporânea.**

É possível, entretanto, tratar do tema com a abordagem direta do art. 37, § 8º, da Constituição Federal, que disciplina o **contrato de gestão inter e intra-administrativo**, isto é, o acordo celebrado entre pessoas jurídicas administrativas ou entre órgãos de uma mesma pessoa administrativa. A hipótese de trabalho que admitimos claramente é que a forma como a Constituição Federal dispõe sobre a matéria sugere que o art. 37, § 8º, seja percebido como uma especial e deliberada modalidade de **autovinculação da Administração Pública**, **instrumento consensual de programação do controle administrativo** e de **condição para fruição de flexibilidades administrativas especiais.** Essa perspectiva será explorada também à luz do recente anteprojeto de reforma da organização administrativa brasileira, formulado por comissão de especialistas que tive a honra de integrar, que assumiu a tarefa de propor regulamentação operativa para a referida disposição constitucional, denominando o contrato nela referida como **contrato de autonomia**.[23] Falta apenas provar a hipótese inicial que adotamos.

É certo que aspectos conceituais de maior complexidade, como o **reconhecimento da individualidade organizativa de unidades administrativas despersonalizadas** (órgãos) **e de sua aptidão para celebrarem contratos de gestão**, isto é, para figurarem em relações jurídicas como **sujeitos de direito,** embora não sejam pessoas jurídicas, sejam obrigatórios diante de preconceitos arraigados na doutrina brasileira, entre os quais a concepção da inexistência de

[22] Cf. MODESTO, Paulo. Legalidade e autovinculação da administração pública: pressupostos conceituais do contrato de autonomia no anteprojeto da nova lei de organização administrativa. In: Modesto, Paulo (org.). *Nova Organização Administrativa Brasileira*. Minas Gerais, Ed. Fórum, 2009, pp.113-169.

[23] Em 10 de dezembro de 2007, o Diário Oficial da União publicou a Portaria 426, de 6-12-2007, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, posteriormente alterada pela Portaria 84, de 23-4-2008, instituindo comissão destinada a elaborar anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e entes de colaboração. A comissão foi composta pelos professores: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Maria Coeli Simões Pires, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Floriano de Azevedo Marques Neto e Sérgio de Andréa Ferreira. O anteprojeto, resultado de 18 meses de trabalho da comissão, foi entregue ao Governo Federal em agosto de 2009 e os seus resultados foram divulgados e avaliados à luz da atual organização administrativa no livro "Nova Organização Administrativa Brasileira", Ed. Fórum, 2009 (2ª. Ed, 2010), com textos explicativos de todos os integrantes de comissão e diversos convidados.

relações interorgânicas efetivas na intimidade da organização administrativa do Estado, embora estas sejam diuturnamente admitidas pela jurisprudência dos tribunais. No pano de fundo dessas considerações o debate sobre a utilidade, a aplicabilidade e a extensão que se pode emprestar ao fenômeno da **contratualização do controle da atividade de órgãos e entidades públicas** e a utilização de **instrumentos de planejamento, coordenação** e **avaliação de resultados** estabelecidos em acordos válidos para campos de atividade e relações tradicionalmente refratárias ao diálogo e a consensualidade. É este o debate que precisa ser enfrentado, com olhar atento ao direito positivo brasileiro.

2.1. O contrato previsto no art. 37, § 8º., da Constituição

A Emenda Constitucional n. 19 introduziu no texto constitucional permanente dispositivo com o seguinte teor:

> "Art. 37.....
>
> § 8º A autonomia **gerencial**, **orçamentária** e **financeira** dos órgãos e entidades da **administração direta e indireta** poderá ser **ampliada** mediante **contrato**, a ser firmado entre seus **administradores** e o **poder público**, que tenha por **objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade**, cabendo à lei dispor sobre:
>
> I - o prazo de duração do contrato;
>
> II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
>
> III - a remuneração do pessoal."

O texto aprovado não constava da Proposta de Emenda Constitucional do Poder Executivo 173 (Reforma Administrativa). Foi introduzido na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, durante a discussão da proposta de emenda, por iniciativa do relator da matéria na comissão, Deputado Moreira Franco. No entanto, na fase da discussão da proposta de emenda, duas outras sugestões sobre o assunto eram do conhecimento do deputado-relator, tendo provavelmente influenciado a formulação final por apresentarem escopo semelhante. A primeira, discutida em minutas pelo MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO (MARE), foi difundida em período imediatamente anterior ao que antecedeu o envio da proposta de emenda do Poder Executivo. A segunda, foi sugerida em emenda substitutiva pelo PARTIDO DOS TRABALHADORES (PT) na fase de discussão sobre o mérito da PEC 173.

Era o seguinte o teor da redação sugerida pelo MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, não aproveitada na proposta de emenda constitucional:

> Art. Acrescentar no art. 37 da Constituição um parágrafo, com o seguinte teor:

> "§7º. As entidades da administração indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que se submeterem a contratos de gestão terão ampliada a autonomia gerencial, orçamentária e financeira, na forma da lei."

A proposta do Partido dos Trabalhadores apresentada durante os debates da PEC 173 na Câmara dos Deputados, em emenda substitutiva, possuía a seguinte redação:

> "Acrescentar à Constituição o art. 248, com a seguinte redação:
>
> Art. 248. As empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades de direito privado da administração indireta que firmarem, nos termos a serem fixados em lei complementar de competência da União, contratos de gestão, poderão ser dispensadas do cumprimento de obrigações legais e regulamentares de caráter geral aplicáveis aos entes da Administração pública, pelo prazo de duração do contrato de gestão.
>
> Parágrafo único. O disposto no caput não libera as empresas da obediência aos princípios e dispositivos constitucionais e da fiscalização exercida pelos órgãos de controle externo e interno da Administração Pública"

A redação final da emenda aprovada é melhor avaliada à luz dos dois textos que lhe antecederam, norteadores da discussão da matéria. É interessante perceber que os textos antecedentes focalizam apenas a ampliação da autonomia de entidades da **administração indireta.** O texto final, pelo contrário, menciona as entidades da **administração indireta e os órgãos da administração direta.** Em todas as propostas, no entanto, é deslocada para a **lei** a tarefa de especificar as condições de celebração e implementação do contrato e de fixar as obrigações e vantagens dos que o celebram. É certo que o texto final aprovado, oferecido pelo relator, é impreciso neste último ponto. Proponho uma breve análise dessas duas questões, começando pela segunda.

2.1.1. Contrato de Gestão como Fato Jurídico: recusa do contrato de gestão como fonte imediata de direitos e deveres

Qual o sentido, no texto constitucional do art. 37, §8º, da referência à "ampliação" da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta "mediante" contrato? Uma interpretação literal poderia sugerir que o "contrato" realizaria, por si, a referida "ampliação", por existir previsão constitucional. Esse entendimento, no entanto, incidiria em equívoco grave. As competências públicas são legais e insuscetíveis de transação. São inegociáveis. Não podem ser criadas, dilatadas ou restringidas por contrato. Admitir o deslocamento da definição da autonomia para o âmbito do contrato significaria o mesmo que romper com o próprio princípio da legalidade e abandonar um dos alicerces fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º). Não tenho dúvida em recusar essa inteligência literal e absurda para o dispositivo. Na verdade, uma solução interpretativa razoável é considerar o contrato mencionado no parágrafo oitavo do art. 37 da Constituição Federal como **um fato jurídico desencadeador de normas legais especiais,** nunca como a **base de validade ou**

fonte direta de normas inovadoras sobre a titularidade de competências na administração pública.

O "contrato" mencionado no art. 37, §8º, entre outras funções, cumpre o papel de uma **técnica de diferenciação** de órgãos e entidades, respondendo, uma vez celebrado, pela incidência de um **regime jurídico específico**, mais flexível, antecipadamente autorizado ou estabelecido em lei. Esse regime jurídico específico permite também, no plano infralegal, a adoção de **normas especiais** de organização administrativa, quando cabíveis, mediante decreto ou regulamento administrativo. O contrato não substitui a lei. A questão recebe um giro completo. A celebração do contrato de gestão deixa de ser percebida como uma **alforria ao regime de legalidade** para se converter na **condição para o ingresso num regime jurídico-administrativo específico**, estabelecido a partir da lei, mas nunca a partir de normas postas originalmente de forma negocial. É simples figurar um exemplo: empresas estatais que desempenhassem atividades econômicas e assinassem contrato de gestão, poderiam ter limites maiores para dispensa de licitação na aquisição ou contratação de bens e serviços, ao mesmo tempo em que estariam obrigadas a controles adicionais de resultados, segundo os critérios de avaliação de desempenho previstos no contrato.

O **elemento de flexibilidade** conferido deve ser **abstratamente** admitido em lei e, sem embargo disso, resultar **concretamente** da celebração e manutenção de contrato de gestão especificador de controles de resultado. É certo que o contrato não confere competência de controle a quem não a possui. Os controles também devem ter base legal, mas ganham com o contrato maior **determinação** e **operacionalização**, a partir da fixação clara de **objetivos, metas e indicadores de desempenho**, que funcionam como **índices ou referenciais objetivos** para o exercício da supervisão administrativa.

Na vigência do contrato de gestão, o **exercício** do controle administrativo é modificado, substituindo-se o cumprimento de exigências de **controle preventivo**, ou *a priori*, como as autorizações caso a caso, por formas de **controle sucessivo**, ou *a posteriori*, como relatórios de desempenho e auditorias operacionais, sem ofensa ao princípio da legalidade e atendidas as garantias previstas em lei. A substituição nunca é total, pois altera-se basicamente a **tônica do controle**, dando-se ênfase ao **controle sucessivo**, ou **controle a posteriori**, bem como ao **controle de resultados**, ou controle de desempenho, sem embargo da continuidade de **controles preventivos** e de **controles formais de legalidade** (este último tipo de controle, ao contrário do que singelamente se diz, pode ser preventivo, concomitante ou sucessivo). Seja qual for o arranjo das modalidades de controle, o contrato de gestão importa desde logo uma significativa mudança no **paradigma** do controle da administração pública. Trata-se de uma técnica de **programação do controle administrativo**, assentada na troca permanente de informações e na fixação de um planejamento consensual ou concertado de atividades administrativas. Trata-se também de uma técnica de **motivação e conquista da adesão** do órgão ou entidade para o cumprimento do plano de atividades estabelecido no contrato, estimulando o que se vem chamando **administração por objetivos**. Por isso, é essencial nos contratos de gestão que as metas, os objetivos e os indicadores de desempenho sejam definidos de **forma consensual** e o cumprimento do contrato assegure, no período de sua vigência, um regime **administrativo diferenciado e mais flexível**. Em qualquer caso,

porém, cabe em princípio à administração superior ou supervisora o **juízo de conveniência** sobre quais entidades ou órgãos devem ser inseridos no regime mais flexível. Isso é evidente, ainda, porque os contratos de gestão geralmente importam também compromissos de **delegação de competências,** cláusulas mediante as quais amplia-se a "autonomia" decisória e normativa das unidades administrativas onerada com compromissos de desempenho.

É certo que o texto aprovado do art. 37, §8º, prevê apenas que "contrato" poderá servir à "ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta" (grifo nosso). Não menciona diretamente a expressão "contrato de gestão". Isso permitiria à lei (federal, estadual, distrital ou municipal) estabelecer **diferentes espécies** ou categorias de "contrato", distinguindo, por exemplo, como é usual no estrangeiro, entre "contratos de programa" (aplicados à administração indireta empresarial) e "contratos de serviço" (aplicados a unidades organizacionais da administração direta qualificadas como "centros de responsabilidade"). A expressão "contrato de gestão", no entanto, tem se generalizado, sendo adotada em numerosos textos legais recentes (v.g., Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998; Lei n. 9.648, de 27 de maio de 1998; Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996). [24]

Em termos que valem como síntese, escrevi sobre o assunto há mais de sete anos o seguinte:

> "Como já referi em outra oportunidade, 'contrato de gestão' é uma expressão que admite usos conceituais variados. Aplicada às entidades da administração indireta, bem como a órgãos da administração direta, não informa qualquer espécie de relação contratual, mas um simples acordo de gestão, um fato jurídico institucional, apto a deslocar a entidade ou o órgão para o campo de incidência de norma legal especial. É dizer: a lei pode tratar diferentemente entidades e órgãos que assinem 'contratos de gestão'. A assinatura do "contrato", nestes casos, permite que a entidade ingresse no domínio específico dessas normas especiais, antecipadamente elaboradas pelo legislador, cumprindo o contrato o papel de uma técnica de diferenciação do regime jurídico de órgãos e entidades públicas, sem embargo de constituir igualmente técnica de controle administrativo. O contrato de gestão interadministrativo (expressão que utilizo para diferenciar esse tipo de contrato de gestão dos contratos celebrados com entidades privadas) não é fonte imediata de diretos ou obrigações inovadoras, nem pode significar um mecanismo de alforria do regime da legalidade, mas pode ensejar, por este mecanismo de deslocamento do campo de incidência de normas, uma "ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira" de entidades e órgãos públicos (CF, art. 37, §8º.). Na verdade, além de técnica de diferenciação de entidades e órgãos, conforme a modelos legais, o contrato de gestão funciona também como mecanismo de detalhamento e programação do controle administrativo, a partir da fixação detalhada de objetivos e metas, elementos essenciais para conter ou diminuir a discricionariedade da própria supervisão administrativa."[25]

---

[24] Perdoem a palavra "recentes" na indicação dos textos legais: o texto deste item, até aqui, além de todo o próximo item, possui onze anos de escrito (exceto as notas de rodapé). Serviu de base para a palestra "Os contratos de gestão e as agências executivas", que proferi na Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP (São Paulo, 14.09.1998). Publico neste texto, sem modificações, preservando a sua oralidade, embora o tenha divulgado em tiras através de esquemas de exposição em eventos públicos (transparências de PowerPoint).

[25] MODESTO, Paulo. Globalização e Administração Pública Indireta, 2002, op. cit., p. 6, disponível também na internet: http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-7-AGOSTO-2006-PAULO%20MODESTO%202.pdf Acesso em 03/10/2009. A

2.1.2. Contrato de Gestão e Administração Direta: recusa do contrato de gestão como autêntico contrato

Questão relevante que o confronto de textos coloca é a de saber de que forma interpretar a inclusão da **administração direta** na redação final dada art. 37, §5º, da Constituição Federal. Sem dúvida, a **inclusão da administração direta**, na redação oferecida originalmente pelo Deputado Moreira Franco, depois aprovada, é **desconcertante**.

Em primeiro lugar, porque a área de atuação por excelência dos contratos referidos na emenda constitucional é a **administração pública indireta** e não a direta. Em princípio, apenas as entidades da administração indireta, quer de regime público (autarquias e fundações públicas), quer de regime predominantemente privado (empresas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), gozam de **autonomia**, vale dizer, um âmbito normativo e de decisão próprio ou exclusivo.[26] Na administração direta, de revés, vige o princípio da **hierarquia**, de submissão continua e permanente das unidades inferiores às unidades superiores da organização administrativa. Neste último plano, parece indevido falar juridicamente em autonomia decisória ou normativa das unidades inferiores em relação às superiores componentes da estrutura hierárquica de uma mesma pessoa jurídica estatal. Ora, é lógico que apenas quem goza de alguma **autonomia** pode ter esta autonomia "ampliada". Em segundo lugar, porque, tecnicamente, não se tem reconhecido **personalidade jurídica específica** aos órgãos integrantes da administração direta. Como então admitir como parte do contrato, referido no art. 37, §5º, centros de imputação que não gozam de personalidade jurídica própria, encartando-se na estrutura global da administração pública central?

Certo, a realidade dos nossos dias revela que existem órgãos administrativos atípicos quanto a suas atividades e missões, que poderiam ter sido destacados da administração direta, como os hospitais e estaleiros militares. Esses órgãos não

---

conclusões muito semelhantes parece ter chegado EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, um dos ilustres participantes da conferência que proferi no SBDP em 14.09.1998. No dizer deste autor, que atualiza a obra sistemática de HELY LOPES MEIRELLES: "Como na Administração Pública domina o principio da legalidade, o *contrato de gestão* não é fonte de direitos. Ele é simplesmente um fato jurídico que permite a aplicação de determinados benefícios previstos em lei. A ampliação da autonomia e outras vantagens a serem concedidas às entidades devem estar previstas em lei. É o que ocorre, p. ex., com o aumento dos percentuais de dispensa de licitação para as autarquias e fundações qualificadas como agências executivas (Lei 8.666/93, art. 24, parágrafo único, com a redação dada pela Lei 9.648/98)" (MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro. 31ª.* Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Melheiros, 2005, p. 266). No mesmo sentido, GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, em estudo monográfico publicado em 2008: "Por isso, sobretudo em face do regime jurídico-administrativo brasileiro, *o contrato* de gestão *não é, a princípio, fonte imediata de* direitos, *obrigações e* responsabilidades. O papel desse instituto é detalhar ou particularizar os direitos, as obrigações e as responsabilidades das autoridades e dos administradores públicos previstos em lei, tendo em vista o cumprimento das metas de desempenho e dos resultados pactuados com a Administração central. A rigor, firmando um contrato de gestão, o órgão ou entidade administrativa cumpre um requisito previsto na Constituição e na lei regulamentadora do contrato de gestão (ainda não editada), qual seja a sua própria *celebração,* passando a submeter-se a um *regime jurídico especial,* distinto daquele a que se encontra subordinada a generalidade dos órgãos e entidades da Administração Pública. Dai defender-se que a celebração de um contrato de gestão provoca uma *diferenciação autorizada de regime jurídico* a que estavam subordinados o órgão e a entidade administrativa". (Contrato de Gestão. São Paulo, Ed. RT, 2008, p.202).

[26] "Em termos ortodoxos, autonomia expressa a capacidade de editar direito próprio, dar ou reconhecer as normas de sua própria ação, prerrogativa exclusiva de entidades dotadas de poder político. Neste sentido, as autarquias, como entidades de capacidade exclusivamente administrativa, não são autônomas. Mas a expressão autonomia também é empregada no sentido de auto-administração, de esfera de atuação independente, de prerrogativa administrativa de solver, em última instância, questões na intimidade de uma entidade em relação a outras de igual ou diferente natureza. Autonomia, neste sentido, é conceito que conhece graus de realização, conforme a entidade de administração indireta sujeite-se a controles mais ou menos amplos por parte da Administração Direta e possua, conseqüentemente, maior ou menor raio de ação independente de determinações administrativas exteriores. É nesta segunda acepção, igualmente legítima, usual em textos normativos (v.g., CF, art.s. 37, §8º., 99, *caput;*127, §2º.; 207, *caput*; 217, I¸ entre outras), que a palavra autonomia será empregada neste trabalho e pode ser referida no tratamento das autarquias."(MODESTO, Paulo. Globalização e Administração Indireta, op.cit, p. 3).

foram deslocados para a administração indireta, segundo consta, por questões de "hierarquia militar". Seriam estes, em linha de princípio, os primeiros beneficiários da referência à administração direta no texto do art. 37, §5º, da Constituição. Mas persistem os obstáculos conceituais referidos.

A questão parece insolúvel se não se questionar a correção do emprego da palavra "contrato" no texto aprovado. Há efetivamente **contrato**, com sentido técnico, ou a palavra é empregada no sentido de **acordo**, **compromisso institucional**, **instrumento de planejamento, avaliação e coordenação** entre órgãos e entidades administrativas? É importante observar que a redação final do dispositivo constitucional explicita que firmam o "contrato" os **administradores** das entidades e órgãos e o **poder público.**

Nos contratos há voluntariedade, concessões recíprocas, harmonização de interesses contrapostos ou convergentes e obrigatoriedade das cláusulas fixadas na avença. Saliente nos contratos, no entanto, é o fato de serem **formas de produção de normas jurídicas.** Os contratos são atos jurídicos criadores de **normas jurídicas,** geralmente normas individuais, consistindo numa forma de **auto-regulamentação** de interesses entre sujeitos de direito que é autorizada pela ordem legal. Não por outra razão, o chamado "poder negocial" ou "poder de negociação" é enquadrado por NORBERTO BOBBIO entre as **fontes derivadas** do ordenamento jurídico[27] e isolado por MIGUEL REALE como uma especial modalidade de fonte do direito — a **fonte negocial**[28]. Neste quadro, é possível aplicar a definição apresentada de contrato aos contratos de gestão do art. 37, §5º, da Constituição Federal?

A conclusão é necessariamente **negativa**. Os sujeitos que firmam o "contrato" previsto no art. 37, §5º, não apresentam interesses contrapostos ou necessitados de harmonização, além disso, encontram-se vinculados a normas de competência que repelem qualquer espécie de transação. É o caso do "contrato" que assinem **administradores de órgãos públicos e o Poder Público**. Os administradores de órgãos públicos não exprimem senão a vontade do Poder Público, no âmbito de sua competência; como então pensar em vontades contrapostas, que se harmonizam no contrato? Na verdade, outra vez, a inteligência do dispositivo deve superar o plano da compreensão literal. A hipótese é melhor visualizada não pela idéia de **concessões recíprocas**, ou de "transfusão de vontades", típica do contrato, mas a idéia ou a imagem de uma **fusão volitiva**, **composição de uma vontade única**, resultado da convergência de interesses dos acordantes. Na hipótese, a todo rigor, sob o aspecto jurídico, há "acordo de gestão" e não contrato.

O **acordo de gestão**, também denominado na doutrina **acordo de programa**, foi definido por DIOGO FIGUEREDO MOREIRA NETO como **ato administrativo complexo**[29]. Na verdade, o referido professor, seguindo a doutrina italiana, sustenta dois conceitos de ato administrativo complexo. O primeiro, que denomina de **sentido tradicional** ou também **ato administrativo de complexidade interna**, ocorre quando o acordo resulta do concurso de vários órgãos do mesmo ente; o

[27] BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Trad. Eduardo Rozo Acuña. Bogotá, Editorial Temis, 1987, p. 155.

[28] REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 1976, p. 178.

[29] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 181.

segundo sentido, nominado como **ato administrativo de complexidade externa,** é aplicável quando o ato ou acordo resultar da convergência de várias entidades, públicas ou privadas, com personalidade jurídica própria, reunidas tendo em vista a obtenção de uma finalidade comum. Não pretendo discutir aqui mais amplamente essa categorização.[30] Menciono-a para situar mais claramente até que ponto é possível questionar o caráter contratual dos supostos "contratos de gestão".

O que vem de ser exposto não perde a sua validade pelo fato do art. 37, §5º, da Constituição vir vazado em linguagem equívoca e invocar expressamente a palavra "contrato". As palavras, recorda-nos sempre mestre CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO são simples "rótulos que sobrepomos às coisas"[31] No caso, a incompatibilidade entre a significação que se extrai do texto (a norma jurídica) e a expressão literal do texto normativo, obriga o intérprete a exercitar precisões conceituais, como as referidas. Isso é especialmente claro após o texto prever a hipótese de "contrato" entre **administradores** e o **Poder Público.** Essa hipótese, por si só, insinua o caráter não contratual do ajuste, a sua natureza de **acordo de direito público ou, se preferirem, ato complexo**.[32]

2.2. A individualidade organizativa de unidades administrativas despersonalizadas

Órgãos são unidades de atuação jurídica despersonalizadas.[33] São exemplos de órgãos: os Ministérios, a Câmara dos Deputados, o Senado, a Presidência da República, as Secretarias de Estado, as Prefeituras, as Delegacias Regionais, o Ministério Público, o Tribunal de Contas, os Tribunais de Justiça, isto é, todas as unidades de atuação, administrativas ou não, expressivas da vontade do Estado, destituídas de personalidade jurídica própria.

Os órgãos são compostos por dois elementos: um elemento objetivo, um conjunto de atribuições (círculo de competência ou conjunto institucionalizado de deveres e poderes funcionais), e um elemento subjetivo e dinamizador, a vontade e capacidade das pessoas físicas que titularizam o órgão.[34] A vontade do titular do órgão, se expedida no campo das atribuições do órgão, é imputada diretamente ao órgão, que assim atua, formando a vontade do Estado. Órgão como simples complexo de atribuições, sem composição volitiva ou subjetiva, confunde-se com a própria previsão abstrata de competências legais, sem qualquer aptidão para

---

[30] Para desenvolvimento do tema, conf. ARAÚJO, Edmir Netto. Do Negócio Jurídico Administrativo. São Paulo: RT, 1992, pp. 155-164.

[31] BANDEIRA DE MELLO, Celso. Ato Administrativo e Direito dos Administrados. São Paulo: RT, 1981, p.2.

[32] É ainda comum entre juristas a preocupação com definições essencialistas, que traduzam a "natureza jurídica" de institutos, em termos abastratos e gerais. Como ensina FÁBIO KONDER COMPRATO, "a preocupação maior da ciência jurídica tradicional, na análise das 'naturezas jurídicas', era a de chegar a definições perfeitas de todos os conceitos. Por isso mesmo, a *pièce de résistence* de todas as monografias acadêmicas consistia, precisamente, na definição dos institutos, em geral reservada para o último capítulo, como resultado de toda a elaboração mental, de forma silogítistica" (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª. ed, Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 273). Hoje essa compreensão perde vigência, pois os conceitos passaram a ser vistos como simples sínteses de regras e princípios, mutáveis como as próprias normas. A tarefa básica dos conceitos e definições jurídicas é apenas a de classificar e facilitar a compreensão de grupos normativos. É dizer: as definições jurídicas formulam meros conceitos operacionais, provisórios e relativos, vinculados diretamente à experiência concreta de cada ordenamento jurídico.

[33] Na Lei n. 9784/1999, define-se corretamente *órgão* como "unidade de atuação integrante da Administração direta e da estrutura da Administração indireta" (art. 1º, §2º, I) e *entidade* como "unidade de atuação dotada de personalidade jurídica" . 1º, §2º, II).

[34] Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. 7ª. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 251-252.

exprimir a dinâmica da pessoa jurídica estatal, razão de ser dos órgãos. O titular do órgão não atua para o Estado, atua como o Estado: é a voz do Estado em determinado conjunto específico e delimitado de competências. Aliás, a teoria orgânica surgiu exatamente para explicar a posição das pessoas que manifestam a vontade do Estado e, em particular, da Administração Pública. Uma investigação mais aprofundada, no entanto, facilmente revela que o próprio conceito jurídico de órgão não foi pacificado na doutrina jurídica.[35]

Se são unidades despersonalizadas, que exteriorizam a pessoa jurídica em que estão encartados, como os órgãos podem expressar vontade individualizada face a órgãos superiores, firmando acordos de gestão? Como são possíveis **relações jurídicas interorgânicas de acordo ou convenção,** se ambos os envolvidos no acordo exprimem e formam a vontade da mesma pessoa jurídica?

Há dois modos diretos de resolver essa complexa questão. A primeira, é entender que as relações interorgânicas não existem, são ilusórias ou impossíveis, existindo apenas relações entre agentes, enquanto titulares das respectivas competências.[36] A segunda, é distinguir a condição do órgão como "centro parcial de imputação" e o Estado como "centro total de imputação", admitindo-se a individualidade subjetiva dos órgãos, como sujeito-de-direito para alguns efeitos, especialmente internos e processuais, pois são "pontos de referência de um complexo de normas (e seus respectivos suportes fáticos)"[37]

Para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, que adota a primeira orientação, "juridicamente falando, não há, em sentido próprio, relações entre os órgãos, e muito menos entre eles e outras pessoas, visto que, não tendo personalidade, os órgãos não podem ser sujeitos de direitos e obrigações. Na intimidade do Estado, os que se relacionam entre si são os agentes manifestando as respectivas competências (inclusas no campo de atribuições dos respectivos órgãos). Nos vínculos entre Estado e outras pessoas, os que se relacionam são, de um lado, o próprio Estado (atuando por via dos agentes integrados nestas unidades de plexos

---

[35] Para SANTAMARÍA PASTOR a teoria dos órgãos teve uma "evolução realmente atormentada". Em suas palavras: "(...) cabe senalar que, mientras para la doctrina clásica la noción de órgano se referia a la persona fisica del servidor del Estado, otros autores defendieron que el concepto debia aplicarse no tanto a la persona, cuanto al complejo de funciones unificadas en una figura abstracta, del que la persona fisica seria mero titular; para otros, en cambio, el complejo de funciones debería designarse <oficio>, siendo el órgano la unidad formada por las funciones y su titular; otros, finalmente, entienden que el concepto de órgano deberia reservarse para aquellas unidades administrativas cuyos titulares están capacitados para emitir declaraciones *ad extra,* que se imputan como propias a la Administración."(*Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I, Madrid: Iustel, 2004, p. 404).

[36] É a posição, coerente com as suas premissas, de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO: "Os órgãos não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica. Por isto, as chamadas relações interorgânicas, isto é, entre os órgãos, são, na verdade, relações entre os *agentes, enquanto titulares das respectivas competências,* os quais, de resto — diga-se de passagem —, têm direito subjetivo ao exercício delas e dever jurídico de expressarem-nas e fazê-las valer, inclusive contra intromissões indevidas de outros órgãos. Em síntese, juridicamente falando, não há, em sentido próprio, relações entre os órgãos, e muito menos entre eles e outras pessoas, visto que, não tendo personalidade, os órgãos não podem ser sujeitos de direitos e obrigações. Na *intimidade do Estado,* os que se relacionam entre si são os agentes manifestando as respectivas competências (inclusas no campo de atribuições dos respectivos órgãos). Nos vínculos entre Estado e outras pessoas, os que se relacionam são, de um lado, o próprio Estado (atuando por via dos agentes integrados nestas unidades de plexos de competência denominados órgãos) e, de outro, a pessoa que é a contraparte no liame jurídico travado." (*Curso de Direito Administrativo*, 26ª. ed. São Paulo, Melheiros, 2009, p. 140-141).

[37] VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 273. Em termos expressivos, sintetiza LOURIVAL VILANOVA: "A divisão de poderes importa numa repartição de funções a órgãos diferentes. Os órgãos se tornam, em *centros parciais de imputação,* pontos de referência de um complexo de normas (e seus respectivos suportes fácticos). Os órgãos carecem de personalidade *própria:* a personalidade total do Estado sobrepõe-se-lhes. Mas a cada órgão é distribuído um feixe de atribuições, de faculdades, de deveres e de meios disponíveis, para a execução de suas funções. Esse plexo de direitos/deveres (para dizer numa fórmula abreviada) é *competência repartida.* Há uma individualidade em cada órgão, uma diferenciação formal e material, indispensável para demarcar as *relações jurídicas interorgânicas."*

de competência denominados órgãos) e, de outro, a pessoa que é a contraparte no liame jurídico travado".[38]

Por consequência, coerente com esta linha teórica, para o mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é um autêntico disparate a referência do art. 37, §8º, da Constituição Federal a "contratos" para "ampliação de autonomia" de "órgãos da Administração direta". Em primeiro lugar, por não reconhecer aos órgãos a possibilidade de gozarem de "autonomia" e, portanto, a possibilidade de ampliá-la; em segundo, por considerar que os limites das competências expressas pelos órgãos não são passíveis de transação, por serem indisponíveis; em terceiro, por faltar personalidade jurídica aos órgãos, razão pela qual não podem ser "sujeitos de direitos e obrigações, vale dizer: pessoa"[39]

A segunda concepção, ainda pouco referida na doutrina brasileira, é expressa por LOURIVAL VILANOVA:

> "Cada órgão é sujeito-de-direito, é um centro unitário de imputação, de atribuição de direitos e deveres. É um dado do direito positivo brasileiro que Senado e Câmara são órgãos dotados de subjetividade, que entram compondo outro sujeito-de-direito, que é o Congresso. Há direitos, poderes, deveres de cada um deles. A personificação é um processo técnico, uma construção dogmático-positiva de unificação: sem a unificação personificadora, há dispersão de direitos e deveres e não se demarcam as competências, que pressupõem subjetividade (o ser sujeito-de-direito, ativo e passivo, termo de relações jurídicas).
>
> Recusa-se ao órgão a personalidade. Tem-se a personalidade como exclusiva do Estado. A personificação total, sim. E soberana: o que não impede a repartição da subjetividade entre os órgãos. O que é a unidade da personalidade total do Estado, sob o ponto de vista normativo, é a soberania exclusiva, a supremacia do Estado em face de todos os grupos e em face dos seus órgãos (sobretudo o monarca). Carré de Malberg mostra, em penetrante análise crítica, o significado jurídico e político da soberania do Estado em face da teoria da soberania do rei ou da nação. E, ainda, a despersonalização dos órgãos. Mas seria ir contra os dados do direito positivo não advertir que cada órgão é um centro de imputação, é um sujeito-de-direito, como cada indivíduo-membro da comunidade o é, e cada universalidade de pessoas o é. A referência unitária de direito/deveres é um processo homogêneo, como sempre sustentou Kelsen, no direito privado e no direito público. (...)
>
> "A unidade, que requer o ser sujeito-de-direito, não se compromete pelo fato de em seu interior haver relações jurídicas. Relações jurídicas verificam-se entre termos. Os termos da relação são sujeitos, não objetos, coisas, situações objetivas. A relação entre um juiz e outro juiz, entre juiz singular e órgão colegial julgador é relação jurídica,ainda que entre subórgãos de um órgão total — o Poder Judiciário."

A questão não é nova, pois desde o direito romano se debate sobre a personalidade dos órgãos, afirmando-se a personalidade do Senado e de algumas corporações.[40] Nem deve ser resumida, simplesmente, em teses afirmativas e negativas de "personalidade" aos órgãos. O eminente professor OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, em estudo aprofundado, refere a diversas concepções intermediárias,

---

[38] Cf. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª. ed. São Paulo, Melheiros, 2009, p. 141.

[39] Idem, ibidem, p. 233.

[40] Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Tomo II, Forense, 1969, p. 108-115.

esgrimidas por autores da maior suposição, que reconhecem aos órgãos ausência de personalidade externa e, ao mesmo tempo, a "quase personalidade" (GIERKE), "personalidade imperfeita, limitada a relações internas ou interorgânicas" (RENATO ALESSI e SALVATORE FODERARO), "subjetividade sem personalidade" (DE VALLÉS) ou, ainda, "subjetividade reflexa"(SANTI ROMANO). [41]

Em termos contemporâneos, destaco a orientação de VITAL MOREIRA. Segundo este autor, "a personalidade jurídica pública sofre muitas gradações. Enquanto que a personalidade colectiva privada é modelada pelo paradigma da personalidade integral da pessoa fisica, no direito público a personalidade é "por medida", havendo inúmeros casos de "capacidade parcial" *(Teilrechtsfähigkeit)".* É seu dizer: *"*a organização administrativa oferece numerosos exemplos de organismos administrativos desprovidos de personalidade jurídica mas detentores de certa individualidade e autonomia organizatória. Aliás, a separação entre serviços públicos personalizados e serviços não personalizados não é tão talhante como no direito privado. A doutrina admite a existência de «personalidade jurídica limitada» (Auby & Auby, 1991: 19) Há serviços sem personalidade que detêm autonomia financeira, ou "individualidade financeira", na terminologia francesa (conta própria, orçamento próprio, capacidade para realizar despesas)"[42]

Para VITAL MOREIRA, os sistemas jurídicos contemporâneos, sem negar a tradição, embora recusando personalidade jurídica aos órgãos, estabeleceram "soluções que constituem sucedâneos da personalidade jurídica":

> "Assim, em matéria patrimonial, podem ter um património afectado, que administram; em matéria financeira, podem ter competência para autorizar despesas e pagamentos, dispor de receitas próprias (preços, taxas, impostos, tributos parafiscais) e orçamento privativo. Desde há muito que entre nós pode haver organismos não personalizados dotados de "autonomia administrativa" ou de "autonomia financeira", em tudo semelhante ao que ocorre com os serviços públicos personalizados. De igual modo, no contexto de soluções de desconcentração podem tais organismos ser dotados de "autonomia administrativa" *stricto sensu,* isto *é,* de capacidade para praticar actos administrativos definitivos e executórios. Não está excluído sequer que tais organismos gozem de autogestão ou de autogoverno, através de eleição dos seus dirigentes pelo seu próprio pessoal ou pelo círculo dos administrados directamente interessados. Está-se então perante um serviço ou organismo autónomo, mas não personalizado. Nesta sede entram, ainda, em alguns países, as chamadas "autoridades administrativas independentes", lá onde elas não dispõem de personalidade jurídica, como sucede em França. Não assim entre nós, visto que algumas são dotadas de personalidade (como a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários). Pode, pois, suceder que certos organismos ou serviços públicos não personalizados sejam mais autónomos do que outros organismos ou serviços públicos personalizados, que, apesar da personalização, não passem de instrumentos ao serviço da administração matriz de que dependem. Na Itália, Rossi (1990: 39) refere que «figuras sem personalidade jurídica podem dispor de "capacidade" de que são desprovidas outras que têm personalidade», citando a propósito o caso dos «institutos de instrução com personalidade jurídica e cujo pessoal pertence aos quadros do Estado, enquanto que várias administrações desprovidas de personalidade jurídica dispõem de pessoal próprio».Daqui resulta, pois, uma certa

[41] Idem, ibidem, pp. 110-115..

[42] MOREIRA, Vital. *Administração Autónoma e Associações Públicas*. Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 273.

> relativização da importância da personalização dos estabelecimentos e serviços públicos. Certos objectivos de individualização, autonomia, autogoverno e mesmo independência não carecem em termos absolutos de personalidade jurídica."[43]

Atualmente, os próprios civilistas debatem sobre a identificação tradicional entre os conceitos de pessoa e sujeito de direito. Afinal, o nascituro é sujeito de direito e não é pessoa; a massa falida, o espólio e a herança jacente são sujeitos de direito e não são pessoas. Não é preciso ser pessoa para ser sujeito de direitos e deveres. Em verdade, ser sujeito de direito é ser destinatário de um feixe de normas, atributivas de direitos e deveres, faculdades e obrigações. Os conceitos não se equivalem. Como bem assentou CLAUDIO HENRIQUE RIBEIRO DA SILVA, "enquanto as *pessoas possuem aptidão genérica* para direitos, deveres e obrigações, os *entes despersonalizados possuem tal aptidão limitada* tanto pela legislação quanto por sua própria natureza. Estes, portanto, só podem titularizar direitos ou participar de relações jurídicas que o ordenamento expressamente lhes autorize ou que se refiram diretamente à sua natureza e suas finalidades"[44]. Em síntese: "pessoa é o sujeito de direitos com aptidão genérica para contrair direitos, deveres e obrigações"[45]

No mesmo sentido, MARCOS BERNARDES DE MELLO, em monografia notável, averbou:

> *"Sujeito de direito é* todo ente, seja grupo de pessoas, sejam universalidades patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui *capacidade jurídica (= capacidade de direito)* e que, por isso, detém titularidade de posição como termo, ativo ou passivo, em relação jurídica de direito material (= ser titular de direito ou de dever, de pretensão ou de obrigação, de ação ou de situação de acionado, de exceção ou de situação de excetuado) ou de direito formal (= ser autor, réu, embargante, opoente, assistente ou, apenas, recorrente), ou, mais amplamente, de alguma situação jurídica. Ser sujeito de direito, portanto, é ser titular de uma situação jurídica *(lato sensu),* seja como termo de relação jurídica, seja como detentor de uma simples posição no mundo jurídico.
>
> "Segundo essa concepção:
>
> (a) ser pessoa, física ou jurídica, *não* constitui condição essencial para ser sujeito de direito; por isso, é de se ter como de todo correta a afirmativa de que há mais sujeitos de direito do que pessoas;
>
> (b) sujeito de direito *não é,* apenas, quem seja titular de direito, mas, também, quem o seja de dever ou de qualquer situação jurídica."[46]

Órgão não é pessoa, por ser unidade de atribuição despersonalizada, integrante da Administração Pública direta ou indireta (art. 1º, §2º, I, da Lei 9784/99). Mas órgão pode ser sujeito de direito, termo de relação jurídica, **parte em relações**

---

[43] Idem, ibidem, p. 274-275.

[44] Apontamentos para uma Teoria dos Entes Despersonalizados, disponível na Internet: http://www.cadireito.com.br/artigos/art69.htm . Acesso em 10.09.2009.

[45] Idem, ibidem.

[46] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª. Parte*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 125-126.

interorgânicas e **parte em relações processuais.** Essas relações internas não quebram a unidade de ser do Estado, que se mostra uno nas relações com terceiros, conquanto complexo na suas relações orgânicas. Não importa o nome que se dê a esse dado do direito positivo: "personalidade formal", "personalidade judiciária", "personalidade imperfeita", "quase personalidade", "personalidade reflexa", "subjetividade sem personalidade" são apenas rótulos utilizados para salientar a participação de órgãos em relações jurídicas disciplinadas pelo direito positivo brasileiro e reconhecidas também no direito comparado, seja pelo direito posto, seja pela jurisprudência dos Tribunais.

Há muitos anos mestre LAFAYETTE PONDÉ averbava:

> "É certo que, entre nós, várias vezes a jurisprudência tem admitido que um órgão tenha capacidade própria, específica, para litigar contra outro órgão, isto é, para manter com este outro órgão uma relação externa, de direito processual. Assim, por exemplo, os Tribunais aceitam possa o Prefeito ir a juízo contra a respectiva Câmara, para obstar a promulgação de lei cujo projeto tenha sido por ele vetado. E o próprio STF, embora em um passo declare que "o Tribunal de Contas não tem personalidade jurídica autônoma e é peça da estrutura orgânica da Administração Federal," de outro decide que "o mandado de segurança é meio hábil para garantia do direito político em que ocorre uma relação jurídica subjetiva, concretizada no exercício individual de função coletiva".[47]

Na jurisprudência nacional, de fato, a questão está pacificada:

> "As edilidades, embora disponham de capacidade processual, ativa e passiva, para defesa de suas prerrogativas institucionais, como órgãos autônomos da administração, não possuem personalidade jurídica, mas, apenas, a judiciária." (STJ, REsp 23926/SP, DJ 18.04.1994 p.08475; Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma)
>
> "Ao impetrar o "mandamus" em face da decisão da 15ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo - que, na realidade, é o próprio Poder Legislativo - agiu em nome próprio, nos termos do art. 9º da Constituição Estadual, posto que o ato judicial combatido não afeta tão-somente os direitos dos Srs. Deputados Estaduais, individualmente considerados, mas uma prerrogativa institucional assegurada constitucionalmente ao Poder Legislativo e de fundamental importância para o efetivo exercício de sua atividade-fim. Ressalte-se que o ato impugnado configura, em última análise, inconstitucional ingerência do Poder Judiciário no Poder Legislativo, pois afronta o princípio da independência dos três Poderes.
>
> Na situação examinada não se trata de se enquadrar o fenômeno processual em debate no círculo da substituição processual ou da legitimidade extraordinária. O que há de se investigar é se a Assembléia Legislativa está a defender interesses institucionais próprios e vinculados ao exercício de sua independência e funcionamento, como de fato, "in casu", está. A ciência processual, em face dos fenômenos contemporâneos que a cercam, tem evoluído a fim de considerar como legitimados para estar em juízo, portanto, com capacidade de ser parte, entes sem personalidade jurídica, quer dizer, possuidores, apenas, de personalidade judiciária. No rol de tais entidades estão, além do condomínio de apartamentos, da massa

[47] PONDÉ, Lafayette. *Estudos de direito administrativo.* Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 250

> falida, do espólio, da herança jacente ou vacante e das sociedades sem personalidade própria e legal, todos por disposição de lei, hão de ser incluídos a massa insolvente, o grupo, classe ou categoria de pessoas titulares de direitos coletivos, o PROCON ou órgão oficial do consumidor, o consórcio de automóveis, as Câmaras Municipais, as Assembléias Legislativas, a Câmara dos Deputados, o Poder Judiciário, quando defenderem, exclusivamente, os direitos relativos ao seu funcionamento e prerrogativas. (STJ, ROMS 8967 / SP; DJ 22.03.1999 P.00054; Relator Ministro Humberto Gomes de Barros; primeira turma)"

É verdade que, em tempos relativamente recentes, no *leading case* "Roboredo" (STF, MS 21239, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), o Supremo Tribunal Federal reconheceu ao Procurador-Geral da República, enquanto titular de órgão, a legitimação ativa para impetrar mandado de segurança conta ato do Presidente da República ofensivo a autonomia do Ministério Público. Nesta assentada, reconheceu o Tribunal tanto o denominado "direito-função" do titular do órgão, o Procurador-Geral da República, quanto a "capacidade ou personalidade judiciária" do Ministério Público como órgão despersonalizado. Nesta decisão, portanto, as duas teorias referidas se encontraram, em termos que merecem transcrição:

> Ementa: Mandado de segurança: legitimação ativa do Procurador-Geral da República para impugnar atos do Presidente da Republica que entende praticados com usurpação de sua própria competência constitucional e ofensivos da autonomia do Ministério Público: análise doutrinária e reafirmação da jurisprudência. 1.A legitimidade ad causam no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (cf. Jellinek, Malberg, Duguit, Dabin, Santi Romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em 'subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito'. 2. A jurisprudência — com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) — tem reconhecido a capacidade ou 'personalidade judiciária' de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas. 3. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do Ministério lhe é inerente — porque instrumento essencial de sua atuação — e não se pode dissolver na personalidade jurídica do estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os tribunais têm assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais. 4. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos." (STF, MS 21.239, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 5-6-91, Plenário, DJ de 23-4-93). No mesmo sentido: MS 26.264, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 21-5-07, Plenário, DJ de 5-10-07."

No entanto, parece inconsistente reconhecer, sem maior disputa, a "personalidade

judiciária" aos órgãos públicos perante o Poder Judiciário, para a defesa de prerrogativas e interesses específicos (relação externa) e, ao mesmo tempo, recusar o reconhecimento aos órgãos de "pensonalidade formal" nas relações administrativas interorgânicas (relação interna), dissolvendo-os na personalidade jurídica do Estado, sem qualquer individualidade organizatória.

É intuitivo que, se quisermos emprestar sentido útil ao texto constitucional, especialmente às normas que deferem expressamente *autonomia* a órgãos despersonalizados (CF, art. 99, caput; 127, §§1º e 2º; 134, §2º), inclusive em relações interorgânicas (CF, art. 37, §8º), devemos reconhecer aos órgãos, embora unidades administrativas despersonalizadas, não apenas a "personalidade judiciária", mas a condição de sujeitos-de-direito para situações jurídicas específicas, quando a norma legal ou constitucional atribuir-lhes capacidade para atuar diretamente em relações jurídicas com algum grau de individualidade organizatória.

É evidente que a palavra autonomia não é empregada aqui em seu sentido etimológico. A aplicação ortodoxa da palavra autonomia remete diretamente à capacidade de produção de legislação própria, apanágio do poder político. A etimologia da palavra sugere o conceito de dar a si mesmo o próprio direito, o que somente é deferido as pessoas político-administrativas (União, Estados, Municípios, Distrito Federal). Mas a lei, a Constituição, a jurisprudência empregam também a palavra autonomia em sentido menos exigente, para referir o grau de sujeição de unidades administrativas a controles, hierárquicos ou não, outra face do grau de ação independente que gozam na realização de suas competências.

A própria subordinação hierárquica é relação interorgânica, relação jurídica interna, não vínculo fático ou natural. Como vínculo jurídico, é moldável pelo direito e maleável, conhecendo graus e atenuações, quando assim a lei deseja dispor. A doutrina tradicional a define como uma ingerência contínua, permanente e implícita do órgão superior em face do órgão inferior. Mas mesmo a doutrina tradicional admitia atenuações a essa subordinação geral, considerando disposições expressas do direito positivo.

Na esfera federal, por exemplo, o art. 172 do Decreto-lei 200/67, com a redação dada pelo Decreto-lei 900/69, prescreve:

> "Art. 172. O Poder Executivo assegurará autonomia administrativa e financeira, no grau conveniente aos serviços, institutos e estabelecimentos incumbidos da execução de atividades de pesquisa ou ensino ou de caráter industrial, comercial ou agrícola, que por suas peculiaridades de organização e funcionamento, exijam tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta, observada sempre a supervisão ministerial.
>
> § 1º Os órgãos a que se refere este artigo terão a denominação genérica de Órgãos Autônomos.
>
> § 2º Nos casos de concessão de autonomia financeira, fica o Poder Executivo autorizado a instituir fundos especiais de natureza contábil, a cujo crédito se levarão todos os recursos vinculados às atividades do órgão autônomo, orçamentários e extra-orçamentários, inclusive a receita própria."

A hipótese autoriza o Chefe do Poder Executivo a conceder, por decreto, graus de autonomia administrativa a órgãos despersonalizados quando a atividade desenvolvida recomendar "tratamento diverso do aplicável aos demais órgãos da administração direta". É certo que palavra autonomia tem o sentido aqui de independência administrativa, ou redução do grau de sujeição do órgão autônomo aos órgãos superiores, sem a eliminação da supervisão ministerial.[48] Mas revela bem como a hierarquia não designa necessariamente um vínculo sujeito a disjunção "tudo ou nada", mas a graduações complexas, moldáveis pelo direito. São órgãos autônomos da União, vinculados ao Poder Executivo, entre outros, a Defensoria Pública da União, o Departamento da Polícia Federal, o Arquivo Nacional e a Imprensa Oficial.[49]

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, após definir a hierarquia como "relações de subordinação entre órgãos superiores e inferiores, e com competências concorrentes, dentro do mesmo aparelho administrativo", explica que exceções podem afastar poderes normalmente atribuídos aos órgãos superiores quando: "a) dispositivo legal, dando competência específica ao inferior, em certa matéria, expressamente, exclui a responsabilidade do superior pela sua emanação; b) dispositivo legal impede recurso da decisão do inferior ao superior, considerada definitiva, relativa a determinada questão, ou entrega a apreciação de recurso de alguns dos atos da sua competência a outro órgão administrativo fora da hierarquia; c) dispositivo legal nega ao superior, expressamente, competência para exercer competência dada ao inferior em assunto específico"[50]

Ora, essas exceções nada mais são do que a atribuição de *certo grau de independência*, ou autonomia administrativa, ao órgão inferior em face do órgão superior. Não há inconstitucionalidade na lei que assim procede. A lei, porém, pode desde logo excepcionar os poderes do supervisor ou *condicionar a exceção a fato jurídico administrativo posterior*, a exemplo dos "contratos de gestão" entre órgãos de uma mesma pessoa administrativa, que foram cognominados no anteprojeto de nova lei de organização administrativa como "contratos de autonomia", em harmonia perfeita com o disposto no art. 37, §8º, da lei maior. Nada disso é inconstitucional, aberrante no direito comparado[51] ou descabido no direito nacional.

É importante superar na doutrina brasileira o mantra segundo o qual "se há hierarquia não pode haver autonomia" ou sua variante popular "órgãos não possuem autonomia". O direito não se presta a dogmas desta espécie, pois molda as suas próprias noções,

---

[48] "Na *administração direta,* a ossatura central está *na hierarquia* (inter-relação de coordenação e subordinação) com as atenuações *da desconcentração (descentralização burocrática),* que gera os *órgãos autônomos,* dotados do que a legislação chama de *autonomia limitada,* de índole *administrativa,* isto *é,* de decisão, e financeira, compreendendo a arrecadação, gestão e dispêndio de recursos (ver art. 172, e seus §§, do Decreto-lei 200/67; Decreto 86.212, de 15.7.81), que mitiga a estruturação hierárquica."(FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*, 3º. Vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, p. 30).

[49] MEIRELLES, Hely. *Direito Administrativo Brasileiro.* 31ª, 2005, Op. cit., p. 759.

[50] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Vol. I. Op. cit., p. 135.

[51] Na França, por exemplo, os "contratos" entre órgãos, para concessão de autonomias, constituem os chamados *centros de responsabilidades (*"centres de responsabilité"), disciplinados pela circular de 25 janeiro de 1990, de MICHEL ROCARD. Sobre o tema, cf. intervenção de ROGER BARBE publicada no livro coletivo *Contratos de Gestão e a Experiência Francesa de Renovação do Setor Público*, Seminário Brasil/França, 29 a 31 de outubro de 1991. Brasília, ENAP, 1993, p.24-25. Em Portugal, como vimos antes, o Ministério da Educação assina contratos de autonomia com a escolas, unidades despersonalizadas, modulando em cada caso a concessão de autonomias previstas antecipadamente por lei, através de acordos regulados inicialmente pelo Decreto-Lei n.º 115 -A/98, atualmente disciplinados pelo Decreto-Lei n.º 75/2008, de 22 de Abril.

seguindo critérios não necessariamente coincidentes com os do mundo físico ou natural.[52]

Há situações, inclusive, em que a atenuação dos poderes inerentes ao vínculo hierárquico é quase completa no relacionamento entre órgãos, não por força de lei, mas em razão da própria atividade desempenhada por órgãos despersonalizados. É como esclarece, novamente com precisão, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO:

> "Não há subordinação hierárquica entre os órgãos deliberativos de um colégio, os consultivos e os de controle, no exercício das suas competências, com referência aos órgãos ativos, pela incompatibilidade lógica entre a noção de hierarquia e as funções aí referidas, isto é, de deliberar em colégio, de oferecer parecer sobre dado assunto em que foi consultado, ou efetivar a apuração da responsabilidade de alguém sobre a prática de certo ato. Por seu turno, eles não podem sujeitar os órgãos ativos ao seu poder hierárquico. Igualmente, estão fora do poder hierárquico dos superiores os estudos, pesquisas e preleções de natureza técnica e professoral dos órgãos inferiores. São insuscetíveis de serem levados a efeito segundo ordens dos superiores, salvo se participantes de trabalhos de equipe, em que há um superior ou chefe de natureza técnica ou professoral, orientando-os. Aliás, aí está em jogo, em última análise, a liberdade de pensamento."[53]

Por isso, no anteprojeto da nova lei de organização, colhemos a seguinte afirmação:

> Art. 4º. A administração direta é organizada com base na hierarquia e na desconcentração, sendo composta por órgãos, sem personalidade jurídica, *os quais podem dispor de autonomia*, nos termos da Constituição e da lei.

Na exposição de motivos do anteprojeto a norma proposta, contrária ao mantra dogmático que ainda hoje é verbalizado, tem a sua justificativa resumida em termos claramente convergentes ao exposto neste trabalho:

> "Os órgãos da administração direta não possuem personalidade jurídica, mas poderão dispor de autonomia, nos termos da Constituição e da lei. Afasta-se, desse modo, o preconceito ainda presente contra o reconhecimento de graus de autonomia administrativa a órgãos, consideradas situações especiais em que este reconhecimento se impõe. Essa orientação permitirá o aprofundamento da temática das relações interorgânicas, a aplicação adequada do artigo 37, § 8º, da Constituição Federal e o tratamento coerente de unidades orgânicas peculiares, a exemplo dos conselhos consultivos, órgãos constitucionais autônomos e órgãos deliberativos com participação social."

Essas noções serão fundamentais para a formulação de breves comentários ao contrato de autonomia disciplinado especialmente nos artigos 27 a 33 do Anteprojeto.

3. Disciplina do contrato de autonomia no anteprojeto de nova lei de organização administrativa

[52] O direito possui um código próprio de qualificação dos fatos e atos por constituir um sistema específico de comunicação ou linguagem. Embora aberto à informação e a interferências do meio ambiente e dos demais sistemas de comunicação (abertura cognitiva), o direito organiza as suas próprias categorias e noções (autonomia funcional), sendo por isso frequentemente denominado de *sistema autopoiético*. As significações extrajurídicas apenas adquirem validade após filtragem pelo código interno específico do sistema jurídico, que para muitos é o código legal/ilegal. O direito não é autista, indiferente ao real e as interferências dos demais sistemas, mas tampouco admite a absorção imediata e direta de noções produzidas no meio circundante. Por todos, com ampla fundamentação, TAUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

[53] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Vol. I. Op. cit., p. 136.

3.1 Contrato de Autonomia

O Anteprojeto da Lei de Normas Gerais de Organização Administrativa preferiu nomear o contrato a que se refere o art. 37, §8º, da Constituição com a designação de "contrato de autonomia". Duas razões justificam a escolha deste "nome de batismo":

a) evitar ambigüidades e incompreensões, pois a denominação usual, contrato de gestão, no Brasil recebe conotações especiais quando é aplicada a serviços sociais autônomos (Lei n° 8.246, de 22.10.91), a organizações sociais (Lei n. 9.637, de 15.5.98), a agências executivas (Lei 9.649, de 27.5.98 e Decreto n. 2.487/98), a agências reguladoras (Lei 9.427, de 26.12.1996, ANEEL; Lei 9.961, de 28.01.2000, ANS) e a unidades despersonalizadas da Marinha (Lei n. 9.724, de 1.12.1998);

b) permite disciplinar, de forma unitária, o regime jurídico especial da relação jurídica prevista no art. 37, §8º, da Lei Fundamental, restrita a vínculos entre pessoas administrativas ou a órgãos de uma mesma pessoa administrativa, em termos sem conexão direta com disposições pré-existentes, quase todas bastante inespecíficas quanto ao conteúdo e a natureza do vínculo consensual estabelecido.

A designação contrato de autonomia é pertinente e adequada, pois, no termos do art. 37, § 8º, da Constituição Federal, o vínculo a ser estabelecido deve apresentar natureza voluntária e consensual, sendo útil para ampliar a autonomia de órgãos e entidades administrativas, sem possuir conotação sancionadora ou restritiva. Como vimos antes, esse tipo de vínculo, quando estabelecido no âmbito da administração pública, apresenta nítido caráter premial, constituindo um incentivo ao cumprimento de metas de desempenho, pois associa a fruição de flexibilidades ou autonomias especiais ao cumprimento do quanto acordado.

A expressão contrato de autonomia, porém, não é totalmente desconhecida, tendo sido empregada tanto na disciplina da organização administrativa brasileira quanto no direito comparado. No Brasil, embora a Lei n. 9.724, de 1.12.1998, mencionasse apenas "contrato" para nomear o vínculo entre as Organizações Militares da Marinha e a Administração Direta, no Decreto n.º 3.011, de 30 de março de 1999, que regulamentou a lei e qualificou treze órgãos como Organizações Militares Prestadoras de Serviço – OMPS, a designação empregada foi "contrato de autonomia de gestão" (art. 1º). Em Portugal, emprega-se também a designação contrato de autonomia para nomear o vínculo entre o Ministério da Educação e escolas públicas, sem personalidade jurídica, a partir do qual é ampliada a autonomia desses órgãos, segundo um quadro legal prévio, modulado nos acordos específicos.[54] Nos dois casos trata-se de simples coincidência, pois nenhum dos dois modelos referidos foi utilizado como parâmetro ou inspiração para a proposta contida no Anteprojeto.

[54] Nos termos do Decreto-Lei n.º 75/2008, de 22 de Abril, os contratos de autonomia em Portugal são definidos nos seguintes termos: "Art. 57. Contrato de Autonomia. Por contrato de autonomia entende-se o acordo celebrado entre a escola, o Ministério da Educação, a câmara municipal e, eventualmente, outros parceiros da comunidade interessados, através do qual se definem objectivos e se fixam as condições que viabilizam o desenvolvimento do projecto educativo apresentado pelos órgãos de administração e gestão de uma escola ou de um agrupamento de escolas.".

3.2. Conceito de contrato de autonomia

O Anteprojeto define o contrato de autonomia no Art. 27, nos seguintes termos:

> "Art. 27. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta pode ser ampliada mediante a celebração de contrato de autonomia, observadas as exigências desta Lei e o disposto no § 8º do art. 37 da Constituição.
>
> § 1º Contrato de autonomia é o acordo celebrado entre a entidade ou órgão supervisor e a entidade ou órgão supervisionado, por seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.
>
> § 2º O contrato de autonomia constitui, para o supervisor, forma de autovinculação e, para o supervisionado, condição para a fruição das flexibilidades ou autonomias especiais.
>
> § 3º Deve ser interveniente no contrato de autonomia o órgão setorial do poder público com competência para elaborar, propor, coordenar e apoiar a execução orçamentária, bem como os programas e projetos de reforma e modernização do aparelho do Estado."

Das considerações expostas nas seções precedentes e do enunciado desta proposta de norma extraímos as seguintes conclusões:

a) a palavra contrato é empregada em sentido muito amplo, em homenagem à designação constitucional e por ser amplamente adotada no direito comparado e na literatura administrativa, servindo apenas para indicar um vínculo institucional, celebrado de forma voluntária e consensual, relacionando sujeitos-de-direito de natureza administrativa;

b) a natureza jurídica do vínculo é a de acordo, conceito que, teoricamente, abrange tanto ajustes heterovinculantes (contratos em sentido estrito) quanto ajustes autovinculantes (acordos procedimentais, informais e de organização);

c) não há patrimonialidade na relação jurídica formada, pois o objeto principal do ajuste é a determinação mais precisa do modo de realização do interesse público pelo entidade ou órgão supervisionado e a melhoria de seu desempenho;

d) entidades e órgãos supervisionados e supervisores integram a relação como partes, presentadas por seus administradores, agindo estes a partir de vínculo orgânico, por expressa previsão normativa, e não como simples pessoas físicas;

e) a ampliação da autonomia decorre da própria celebração e manutenção do vínculo, evento previsto em norma legal e constitucional como apto a produzir consequências no plano jurídico, sendo esses efeitos antecipadamente autorizados em norma legal, mas sujeitos a detalhamento e modulação, em cada caso, pelos acordos, o que também é realizado a partir de autorização legislativa;

f) o contrato de autonomia não é fonte direta de autonomias e flexibilidades de natureza administrativa, funcionando antes como fato jurídico suficiente para a produção de consequências jurídicas previamente estabelecidas em lei e como veículo para estabilização e especificação de metas de desempenho institucional acordadas entre as entidades e órgãos supervisionados e supervisores;

g) o contrato de autonomia pressupõe a adoção de normas especiais de organização administrativa ou de funcionamento para as entidades e órgãos supervisionados que se submetam voluntariamente ao acordo, previstas em lei ou regulamento, pois o vínculo estabelecido, por um lado, envolve um maior detalhamento do controle de desempenho da entidade ou órgão supervisionado (maior controle sobre os resultados) e, por outro, maior flexibilidade ou autonomia administrativa (menores controles procedimentais ou a priori), como forma de incentivo à manutenção do vínculo e ao atendimento das metas pactuadas;

h) a entidade ou órgão supervisor deverá exercer as suas atividades de supervisão hierárquica ou supervisão por vinculação de forma coerente com os termos do contrato de autonomia, por esta ser uma técnica de autovinculação e uma forma alternativa e voluntária de programação do controle;

i) o contrato de autonomia não afeta direitos ou deveres de terceiros não vinculados aos termos do acordo;

j) o contrato de autonomia é sempre vínculo temporário, com prazo de vigência, devendo ser periodicamente avaliado, para fins de nova pactuação, se houver novo acordo voluntário;

k) o contrato de autonomia é também instrumento de articulação administrativa, pois favorece a trânsito de informações entre supervisionados e supervisores, a compatibilização das atividades do supervisionado com os programas governamentais, a utilização de parâmetros objetivos para o exercício da supervisão e da cooperação, favorecendo a transparência e o controle social sobre a atividade administrativa;

l) o contrato de autonomia, por fim, por constituir técnica de implantação de modelos de gestão mais flexíveis, vinculados ao desempenho, propiciadores do envolvimento efetivo de agentes e dirigentes na obtenção de melhorias na qualidade dos serviços prestados ao cidadão deve envolver, necessariamente, como interveniente, o órgão setorial do poder público com competência para elaborar, propor, coordenar e apoiar a execução orçamentária, bem como os programas e projetos de reforma e modernização do aparelho do Estado.

3.3. O contrato de autonomia como expressão de promessas cruzadas

O contrato de autonomia não cria diretamente situações jurídicas subjetivas novas. Tampouco encerra vínculo de execução instantânea, pois volta-se a programar a

atuação das partes no futuro. As duas partes ficam vinculadas a cumprir o prometido, pois, como diz CHARLES FRIED, "ao prometer transformamos em moralmente obrigatória uma escolha que antes era moralmente neutra"[55]. Promessas vinculam, mesmo que, para usar um termo de PONTES DE MIRANDA, produzam "eficácia mínima", pois a promessa ou a "oferta revogável é eficaz enquanto não se revoga"[56], da mesma forma que o regulamento é obrigatório para os casos singulares, inclusive para o Chefe do Poder Executivo, enquanto não é revogado (princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos). O contrato de autonomia é um fato jurídico[57], que encerra compromissos ou "promessas cruzadas"[58], a que a lei pode qualificar como acordo, atribuindo efeitos jurídicos na esfera administrativa. Não é contrato, mas é ato consensual, suporte material suficiente para a incidência de consequências jurídicas variadas, adredemente estipulas em lei.

A promessa antecipa o futuro, conferindo-lhe previsibilidade e nitidez. Reduz o arbítrio e o casuísmo, estimula a coerência[59], permitindo o planejamento e a gestão de riscos. O contrato de autonomia antecipa ao supervisionado a forma, o modo e os prazos em que deve apresentar ao órgão de supervisão os resultados das metas de desempenho pactuadas. Mitiga, portanto, a discricionariedade no exercício do controle hierárquico ou por vinculação, não sendo equivocado identificá-lo como uma forma de *exercício antecipado de competência discricionária de supervisão*.[60] Para o órgão supervisor, o contrato de autonomia oferece a possibilidade de obter voluntariamente, com efetiva participação do supervisionado, informações e maior entusiasmo do supervisionado para o cumprimento coordenado de políticas públicas, compatibilizando-as com o perfil e as peculiaridades de cada organização. Para os órgãos de controle, o contrato de autonomia oferece um parâmetro objetivo para avaliação da eficiência ou ineficiência da atuação administrativa, dado inexistente em regra. Para o cidadão, é facilitado o controle social sobre a atividade administrativa, pois os instrumentos que registram o acordo devem ser publicados, detalhando a responsabilidade dos dirigentes e o programa de melhoria dos serviços prestados à coletividade. O interessante em tudo isso é que a atividade

---

[55] FRIED, Charles. *Contrato como promessa: uma teoria de obrigação contratual*. Trad. Sérgio Duarte. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 10.

[56] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2000, p. 37.

[57] "O que, em Direito, aparta o ato do fato é a significação que um acontecimento possui. Uma declaração será ato jurídico quando lhe for reconhecida aptidão para regular comportamentos ou qualificar situações, isto é, quando lhe for outorgado o signficado de norma jurídica. Será fato, entretanto, se tomado como simples pressuposto de incidência de uma norma jurídica, vale dizer, se corresponder concretamente à hipótese abstrata nela prevista, gerando a aplicação de seu mandamento" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato Administrativo Inválido.* São Paulo: RT, p. 14.

[58] "Prometer praticar um acto administrativo também pode significar prometer praticar um acto administrativo que já é devido, mas comprometer-se a praticá-lo de um determinado *modo, com* um determinado *conteúdo,* ou num determinado *momento.* Numa palavra, prometer não abrange só a prática *stricto sensu,* mas pode abranger também ou apenas as circunstâncias ou condições de determinada prática já devida".(GAMA, João Taborda da. Promessas Administrativas: da decisão de autovinculação ao acto devido. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 89).

[59] "Em outras palavras, tem de ser mudado o caldo de cultura que permite ao Estado despontar, não raro, como bizarro Estado de não-Direito, no qual os compromissos resultam desonrados, falta a continuidade das políticas públicas, acentuam-se as dificuldades de fiscalização permanente e imparcial, claudicam os parâmetros regulatórios e prestações estatais intransferíveis são sonegadas. O Estado há de ser o primeiro, não o último, a observar as normas e a zelar pela credibilidade da palavra dos que o representam."(FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 37).

[60] Cf. CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987, p. 748-753.*

administrativa resulta mais transparente e menos discricionária, mais planejada e coordenada, menos hierarquizada e menos instável.

MARÇAL JUSTEN FILHO sintetizou, com felicidade, algumas das características essenciais desse novo estilo de administrar:

> "Uma característica essencial desse novo modelo consiste na relativa igualdade entre as partes, o que se reflete na necessidade de negociação e formulação de estimativas conjuntas acerca dos correspondentes desempenhos. Isso significa eliminar a concepção de que a autoridade superior dispõe de poderes para orientar, em termos os mais erráticos, o desempenho das que lhe são inferiores. Surge uma relativa estabilidade na eleição dos objetivos a atingir, eliminando-se um cunho de personalismo que era inerente a um sistema napoleônico de condução dos corpos administrativos. Propicia-se a definição objetiva e transparente dos objetivos a atingir, permitindo que o desempenho das autoridades públicas seja não apenas suscetível de pleno conhecimento por parte de toda a sociedade, mas também de fiscalização quanto ao atingimento das metas escolhidas."[61]

O contrato de autonomia atende a esse reclamo de maior certeza e segurança jurídica. Embora assinado por administradores, vincula não apenas o titular do órgão, enquanto agente público, mas o próprio órgão, sujeito em relação jurídica interorgânica ou interadministrativa, tornando a relação de supervisão menos indeterminada, menos imprevisível, mais ordenada e parametrizada em seu exercício.

3.4. O contrato de autonomia como ato-condição

O contrato de autonomia atua como condição ou pressuposto para aplicação de um estatuto jurídico especial destinado a órgãos e entidades administrativas. Não inova a ordem jurídica; não negocia competências; não expande competências, nem as reduz por virtude própria. Não é sinalagmático, pois não estabelece obrigações recíprocas que já não estejam estabelecidas em lei. Nem é comutativo, pois envolve apenas interesses comuns, compartidos pelos signatários do acordo. Mas a sua realização permite a incidência de um estatuto normativo especial, previamente estabelecido em lei, cujo pressuposto é exatamente a sua celebração e vigência. Na sua vigência a disciplina geral de determinadas matérias é afastada em favor da aplicação de normas deste estatuto especial, fixado pelo direito objetivo, condicionado à celebração do contrato de autonomia.

Por que, então, denominá-lo contrato? Pela simples razão de ser assim reconhecido em geral, em todo o mundo, por juristas e não juristas, como uma manifestação da referida tendência à "contratualização" no exercício da função administrativa. Se fosse nominado como ato-condição seria provavelmente mais técnico, mas pouco significaria para o administrador comum. Na exata conceituação de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, atos-condição são "os que alguém pratica

[61] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, p. 407.

incluindo-se, isolada ou mediante acordo com outrem, debaixo de situações criadas por atos-regra, pelo que sujeitam-se às eventuais alterações unilaterais delas"[62]

O Anteprojeto não empregou essa terminologia, mas se aproximou dela: preferiu qualificar o contrato de autonomia, sob o ângulo do supervisor, como forma de autovinculação e, sobre o ângulo do supervisionado, como condição para a fruição das flexibilidades ou autonomias especiais. Enfatiza-se, com isso, por um lado, o aspecto da concessão prática de *autonomias* ao órgão supervisionado, decorrentes de lei, salientando o caráter estatutário ou regulamentar das flexibilidades concedidas, bem como o aspecto do *controle* a ser exercido pelo órgão supervisor, que se autovincula e parametriza o exercício da supervisão.

Mas se não é contrato, como a totalidade dos estudiosos reconhece, porque no desenvolvimento do tema a doutrina brasileira permanece empregando a teoria dos contratos para negar eficácia e utilidade a esta modalidade de acordo? Parece contraditório recusar caráter contratual a acordos de gestão, batizados ou não como contratos de gestão ou contratos de autonomia, logo de partida, e tratar durante toda a argumentação esses acordos como contratos, para fins apenas de mais facilmente desqualificá-los como impossíveis e ilegítimos, embora expressamente previstos na lei fundamental do país. Como fato jurídico o acordo de gestão é impossível? Não pode servir de suporte para incidência de normas especiais, enunciadas em lei específica ou leis extravagantes? Não apresenta qualquer utilidade para a determinação das prestações públicas, ou para a coordenação das tarefas administrativas? Não favorece o controle social da atividade administrativa? A doutrina brasileira, no campo do direito administrativo, embora com exceções, revela nítida antipatia e desconfiança em face do novo instituto. Porém, como argutamente observou PONTES DE MIRANDA, não se interpreta a Constituição ou as leis com antipatia:

> "Fez-se cânon da Crítica moderna ser-lhe indispensável a *simpatia. I*nterpretar a lei não é só criticá-la: é inserir-se nela, e fazê-la viver. A exigência, portanto, cresce de ponto, em se tratando de Constituição**.** *Com a antipatia não se interpreta,—ataca-se;* porque interpretar é por-se do lado que se interpreta, numa intimidade maior do que permite qualquer anteposição, qualquer contraste, por mais consentinte, mais simpático, que seja, do intérprete e do texto. Portanto, a própria simpatia não basta. É preciso compenetrar-se do pensamento que esponta nas regras jurídicas escritas; e, penetrando-se nelas, dar-lhes a expansão doutrinária e prática, que é o comentário jurídico. Só assim se executa o programa do jurista, ainda que, de quando em vez, se lhe juntem conceitos e correções *de lege ferenda"*.[63]

3.5. O contrato de autonomia como ato complexo

Para um relevante segmento doutrinário os acordos de gestão são atos administrativos complexos. Essa categoria aplica-se aos atos administrativos produzidos pela manifestação concomitante ou sucessiva de mais de um órgão do Estado, sintetizada em um ato único, a partir de declarações de órgãos integrantes

[62] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. Op. cit, 2009, p. 422.

[63] MIRANDA, Pontes de. C*omentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969,* Tomo I, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987, p. 5

da mesma pessoa administrativa (complexidade interna) ou de pessoas distintas (complexidade externa).[64]

Nesta direção, EGON BOCKMANN MOREIRA, ao tratar do contrato de gestão firmado pelas autarquias que se qualificarão de agências executivas, explica:

> "Essa espécie de contrato de gestão é ato administrativo *plurisubjetivo* (praticado por mais de um sujeito), *unitário* (todas as manifestações fundem-se num só ato), *indivisível* (não admite validade através da fragmentação das manifestações dos agentes) e *unânime* (não admite dissensão). (..)
>
> No caso do contrato de gestão das agências executivas, os órgãos e entidades envolvidos conjugam objetivos e comprometem-se a desenvolver em colaboração os compromissos comuns ali descritos, institucionalizando-se um controle tutelar específico, ao mesmo tempo em que se pretende conferir maior flexibilização e autonomia gerencial à autarquia ou fundação (que somente surgirá depois do decreto presidencial).
>
> Além disso, esse ato administrativo complexo possui conteúdo predominantemente declaratório e constitutivo, exercido nos estreitos limites da competência dos agentes públicos nele envolvidos. Inclusive, pode envolver a delegação de competência da autoridade administrativa superior (Lei n° 9.784/99, arts. 12 ss.). Produz efeitos internos e externos à Administração Pública, na medida em que seu conteúdo desdobra-se mediatamente em face das pessoas privadas."[65]

Não vejo dificuldade em enquadrar os acordos de gestão como atos complexos ou atos de formação complexa. Essa categoria tradicional assimila, embora sob as vestes de ato unilateral, a consensualidade como pressuposto formativo. Não se opõe, tampouco, as concepções anteriores, sobretudo a de ato-condição.

O acordo de gestão, por isso, quando realizado envolvendo unicamente órgãos ou entidades administrativas, pode ser classificado como *ato-condição de formação complexa*, *autovinculante para as partes envolvidas, declaratório de compromissos recíprocos*, *relativos tanto a metas de desempenho quanto à supervisão administrativa, capaz de enquadrar o órgão ou a entidade sob supervisão em normas especiais, mais flexíveis, estabelecidas em leis ou atos infralegais, aplicáveis unicamente enquanto for mantido o fiel cumprimento dos compromissos.*

4. Conclusão

A Emenda Constitucional n. 19, de 1998, embora frustrada parcialmente em sua implementação, especialmente quanto às normas relacionadas à moralização do sistema remuneratório, conseguiu relativamente em pouco tempo induzir a adoção de novos valores na cultura administrativa: hoje ninguém mais discute a pertinência e a importância da adoção de instrumentos de avaliação de desempenho no setor público. Pode-se criticar a eficácia das formas atualmente concebidas de avaliação,

---

[64] Sobre atos complexos, cf., MIRANDA, Sandra Julien. *Do ato administrativo complexo.* São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60-61; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Op. cit., 2009, p. 222; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Op. cit., p. 306-307; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Op. cit.,2009, p. 421; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Op. cit.,2009, p. 126; OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Contrato de Gestão.* Op. cit, p. 259-261.

[65] CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico.* Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 251.

a sua precisão ou amplitude, mas são raras as vozes contrárias a existência de mecanismos de monitoramento, planejamento e verificação de resultados no setor público. A concepção de que a atuação administrativa do Estado se resume ao cumprimento regular da lei perdeu vigência. Exige-se do administrador público, a par do comportamento legal, atuação tempestiva e eficiente às demandas crescentes da sociedade e de diversos órgãos do próprio Estado. O mesmo deve ser exigido dos órgãos de controle, em especial os que realizam função administrativa, pois estão submetidos aos mesmos princípios constitucionais.

É preciso evitar o descontrole do controle, a superposição de controles, o retardamento inútil de medidas saneadores, a falta de motivação de medidas restritivas, a ausência de indicação de alternativas válidas de gestão. Numa palavra, é importante parametrizar o controle e oferecer segurança jurídica ao Estado e os particulares tanto na atividade de controle quanto na atividade de gestão.

A essas exigências comparece o direito administrativo. O direito administrativo não está em crise. Pelo contrário, amplia horizontes, dispondo sobre diferentes domínios da atividade econômica, dos serviços sociais e dos serviços públicos. Ampliou a sua temática e a sua importância. Em crise está o modelo individualista e liberal de direito administrativo implantado no século XIX na França e importado, sem maiores reservas, para o Brasil. O direito administrativo do bloqueio, do formalismo excessivo, do casuísmo e da unilateralidade está em crise. Para esse direito administrativo, o contrato de autonomia parece uma ameaça. Mas deveria ser considerado um aliado: não estimula a fuga para o direito privado, oferecendo uma alternativa, no campo do direito público, para associar legalidade estrita e flexibilidade de gestão, planejamento e transparência, responsabilidade de dirigentes e estímulos à obtenção de melhorias de desempenho, pois esses são valores republicanos, prezados por todos os administrativistas.

THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

SciencesPo. | Chaire M.A.D.P. | Direito do Estado.com.br O primeiro site jurídico multimídia do Brasil

Este texto está publicado na Revista Internacional de Contratos Públicos, disponível no endereço : HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se deseja colaborar com a Revista, envie seu trabalho para o Comitê de Avaliação com resumo em inglês : ijpc@direitodoestado.com.br.

Cet article est publié par la Revue Internationale de Contrats Publics, disponible sur le site: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se vous voudriez collaborer avec la Revue, veuillez envoyer votre travail au Comite' d'Evaluation avec un résumé en français: ijpc@direitodoestado.com.br

This article is published the International Journal of Public Contracts, available at the website: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
If you would like to collaborate with the Journal, please send your work to the Evaluation Committee with an abstract in English: ijpc@direitodoestado.com.br