

DOMINGOS ROBERTO TODERO

DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. JUAREZ FREITAS

Porto Alegre

2006

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

T637c	<p>Todero, Domingos Roberto Dos Convênios da Administração Pública / Domingos Roberto Todero – Porto Alegre, 2006. 627 f..</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação, 2006.</p> <p>“Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas”</p> <p>1. Administração pública. 2. Convênios. 3. Contratos. I. Título</p> <p>CDU 351.712</p>
-------	--

Bibliotecária responsável: Ana Maria Mattos CRB-10/930

DOMINGOS ROBERTO TODERO

DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de
Pós-graduação da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande
do Sul.**

Aprovada em 13 de dezembro de 2006

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. JUAREZ FREITAS – PUCRS

**Prof. Dr. PAULO ANTÔNIO CALIENDO
VELLOSO DA SILVEIRA – PUCRS**

Profa. Dra. TÊMIS LIMBERGER - UNISINOS

Dedico este trabalho para a Marilene.

Pelo compartilhar de sonhos,
de realizações, de conquistas, de alegrias,
de decepções e de dificuldades.

Pelo convívio de amor, de amizade
e de companheirismo.

Pelas manifestações de dedicação,
de incentivo e de paciência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos Professores do Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, que propiciaram, com seus ensinamentos, uma relevante contribuição para o meu aprimoramento pessoal e para o aperfeiçoamento das perspectivas de pensar de uma forma abrangente o fenômeno jurídico. Julgo que, notadamente pela orientação qualificada e pelas contribuições essenciais que se vinculam mais diretamente com a presente Dissertação, tenho um débito destacado principalmente para com o Prof. Dr. Juarez Freitas, cujos exames, lições e incentivo foram indispensáveis para o desenvolvimento e aprimoramento do presente trabalho. Penso que os estudos realizados têm uma dívida relevante também para com as reflexões que foram trazidas pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet e pelo Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto. Destaco que as expectativas iniciais em relação ao Mestrado foram ultrapassadas consideravelmente, como também anoto que atribuo as minhas limitações à responsabilidade maior pelas insuficiências do mencionado estudo.

Entendo que foi de grande valor para a Dissertação as análises de um grande número de autores, nacionais e estrangeiros, que trataram de assuntos que se vinculam com as matérias que examinei. Os ensinamentos dos mencionados autores auxiliaram, com os elementos de instigação e de provocação trazidos, e/ou com as referências efetuadas em relação a questões fundamentais e decisivas enfrentadas, para que as minhas contribuições adquirissem um patamar mais elevado, independentemente do nível de concordância ou de contrariedade que tenho em relação aos pontos de vista dos mesmos. Destaco, todavia, a integral responsabilidade pelos exames e resultados aqui apresentados.

Agradeço aos Professores Doutores espanhóis María Jesús García Morales, Enoch Alberti Rovira e Angel Menéndez Rexach, que tiveram a gentileza de prontamente criar condições para que tivesse acesso às suas obras esgotadas sobre os temas Convênios e Federalismo. A Professora Doutora María Jesús García Morales teve a gentileza adicional de enviar artigos de sua autoria sobre o tema da minha Dissertação, publicados em revistas espanholas e alemãs. Ressalto que os mesmos trabalhos, ao lado de outros estudos de juristas espanhóis sobre o assunto

Convênios, trouxeram aportes apreciáveis para as minhas análises, auxiliando no sentido de que as mesmas tivessem também um parâmetro europeu e espanhol sobre a matéria, apesar do meu estudo focalizar notadamente a forma como os pactos de natureza convencional são tratados pela doutrina, pela prática administrativa e pelo ordenamento jurídico brasileiro e, ainda, a despeito de não ter nutrido pretensão maior de cunho comparativista.

Penso necessário agradecer as instituições mantenedoras, como também às chefias e servidores, da Biblioteca Irmão José Otão da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da Biblioteca Júlio Teixeira da Ordem dos Advogados do Brasil – Rio Grande do Sul, da Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, da Biblioteca do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Biblioteca do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e da Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado da Bahia, às quais recorri, com maior ou menor assiduidade, ao longo da realização da Dissertação, e que colaboraram de forma significativa para a realização do presente estudo, na medida em que possibilitaram que tivesse acesso a obras, revistas, artigos e pareceres dos seus respectivos acervos.

Julgo indispensável manifestar minha gratidão aos advogados e estagiários que atuaram, entre 1995 e 2004, na Assessoria Jurídica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul, pela colaboração no estudo das temáticas, dentre outras, que envolvem os ajustes de natureza convencional, bem como dos procedimentos que os precedem e sucedem. Nas atividades da citada Assessoria Jurídica muito estudamos e debatemos visando à elaboração de pareceres, ajustes e regulações que envolviam, em diversos graus, o tema que se tornou objeto da minha Dissertação.

Entendo necessário agradecer aos profissionais e chefias da Controladoria-Geral do Município de Caxias do Sul, em especial aos da área de Auditoria, que auxiliaram, com suas opiniões, esclarecimentos e experiências, na elaboração, no decorrer de 2003, de esboço de normatização que se vincula de forma umbilical com a matéria aqui tratada. Acredito que os mencionados estudos, debates e experiências forneceram elementos significativos para o enfrentamento do presente trabalho.

Penso ser importante agradecer à concessão de licença de minhas atividades profissionais, a partir do início de 2005, como decorrência da licença solicitada e aprovada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS e autorizada pela Secretaria de Ciência e Tecnologia do Estado do Rio Grande do Sul, no uso de delegação de competência que lhe foi concedida pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul. A licença concedida possibilitou o desenvolvimento da Dissertação em condições favoráveis, por ter aberto a possibilidade de um envolvimento quase que em tempo integral para pesquisar, estudar, refletir e formular sobre o tema em análise. Tenho consciência que sem a citada licença não teria conseguido o patamar de reflexão e formulação atingido no citado estudo.

Agradeço aos colegas do Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul pela troca de idéias, aprendizado, companheirismo e convívio. Igualmente, sou grato aos funcionários do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pelo profissionalismo, disponibilidade e atenção.

RESUMO

A Dissertação estuda, sistematiza e opina em relação ao assunto Convênios da Administração Pública, notadamente no Brasil. O trabalho incide sobre tema que tem sido tratado, em nossa pátria, de forma insuficiente, limitada e fragmentária. O estudo examina as insuficiências e procede à desestruturação dos principais entendimentos que distinguem os pactos de caráter convenial em relação aos Contratos da Administração e os Contratos, quais sejam, os exames a partir, nas relações entre os partícipes, das dicotomias convergência-antagonismo, ocorrência ou não de obrigações recíprocas, existência ou não de acordo de vontades para a formação de vínculo jurídico e obrigacional, a ocorrência ou não da retirada unilateral e da denúncia, a igualdade e a paridade ou a ausência das mesmas. O trabalho caracteriza os traços fundamentais dos Convênios da Administração Pública, e encontra os mesmos notadamente nos seguintes elementos: existência, nas relações entre os partícipes, da cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda e, ainda, ausência de lucro, preço e/ou remuneração; compromisso no sentido de destinar recursos, verbas e contrapartidas para a realização do objeto e do ajustado; obrigação de utilizar, gerir, gerenciar e/ou administrar os recursos, verbas e contrapartidas de forma adequada, boa, correta, econômica e regular; sujeição à fiscalização, controle e prestação de contas sobre a realização do objeto, o atendimento do acordado e o respeito ao ordenamento jurídico nacional. Igualmente, constata que mesmo os traços apontados que, no seu conjunto, particularizam os Convênios da Administração Pública, não impedem que se verifique a existência dos referidos elementos em outros Contratos. O estudo defende que os Convênios da Administração Pública, inclusive pelas fragilidades das concepções anotadas e pela desestruturação procedida nos denominados elementos que os distinguem dos Contratos, são pactos que se configuram como de natureza contratual. Considera, ainda, que os ajustes de natureza convenial, pela fisionomia diferenciada dos mesmos, têm um regime jurídico próprio no âmbito dos acordos contratuais. O trabalho trata também de alguns poucos temas que se vinculam a temática Convênios de forma mais particularizada, quais sejam, a questão dos partícipes, e, ainda, da criação de organizações para a sua gestão, como também da licitação e procedimentos assemelhados nos mesmos pactos.

Palavras-chave: Convênio. Contrato. Administração Pública. Regime Jurídico Próprio.

ABSTRACT

The dissertation studies, systematizes and expresses opinions in regards to the topic Public Administration Covenants, markedly in Brazil. The work is dedicated to a subject that has been insufficiently, limitedly and fragmentarily dealt with in our country. The study examines the insufficiencies and proceeds to deconstruct the main understandings distinguishing covenant-like pacts from Administration Contracts and Contracts, that is, the considerations made by the parties on dichotomies such as convergence-antagonism, occurrence or lack of reciprocal obligations, existence or inexistence of mutual consent for the establishment of legal and contractual bonds, occurrence or not of unilateral withdrawal and termination notice, equality and parity or the absence of them. The work characterizes the fundamentals traits of Public Administration Covenants and finds them especially in the following elements: existence, within the relationships between the parties, of cooperation, collaboration, coordination, partnership, assistance and/or help, and also the absence of profit, price and/or compensation; a commitment towards the destination of resources, funds and considerations for the accomplishment of the object and the matter agreed upon; an obligation to employ, manage and/or administrate the resources, funds and considerations in a proper, good, correct, economic and regular fashion; submission to the control and rendering of accounts related to the accomplishment of the object, and compliance with the matter agreed upon and the national legal system. Likewise, it verifies that the same traits which as a whole characterize Public Administration Covenants do not prevent such elements from appearing in other Contracts. The study argues that Public Administration Covenants, exactly because of the frailties of the annotated concepts and the deconstruction carried out on the elements distinguishing them from Contracts, are pacts which present a contractual nature. It further considers that covenant-like pacts, due to their distinguished make-up, possess a peculiar legal system in the realm of contractual agreements. The work also approaches more closely a few topics related to the subject of Covenants, such as the matter of the parties, the establishment of organizations for their management, as well as biddings and similar procedures pertaining to said pacts.

Key-words: Covenant. Contract. Public Administration. Covenant Peculiar Legal System.

SUMÁRIO

RESUMO	07
ABSTRACT	08
1 INTRODUÇÃO	17
1.1 A ESCOLHA DO TEMA	17
1.2 A DELIMITAÇÃO DO OBJETO	19
1.3 ALGUNS CAMINHOS PERCORRIDOS	24
1.4 OS EXAMES RELATIVOS AO MÉTODO E A INTERPRETAÇÃO	28
1.5 DA DISTINÇÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AOS CONTRATOS EM GERAL	31
1.6 DE ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	36
1.7 DA NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	43
1.8 DO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	45
1.9 ALGUNS TEMAS SOBRE OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICAS: DOS PARTICIPES, DA CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO PARA A GESTÃO E DAS LICITAÇÕES E PROCEDIMENTOS ASSEMELHADOS	46
1.10 A PRETENSÃO DE CONTINUAR OS ESTUDOS SOBRETUDO EM RELAÇÃO AO TEMA CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CORRELATOS E, AINDA, TRABALHAR COM QUESTÕES COMO O FOMENTO PÚBLICO E AS SUBVENÇÕES PÚBLICAS	49
2 DOS PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS E INTERPRETATIVOS	52
2.1 DO PRIMADO DO SISTEMA/ORDENAMENTO JURÍDICO, TENDO A CONSTITUIÇÃO COMO SEU PONTO MAIS ELEVADO	52
2.2 DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E DA SUPERIORIDADE HIERÁRQUICA DOS PRINCÍPIOS, NORMAS ESTRITAS (REGRAS), DIRETIVAS E VALORES PRESENTES NA CARTA MAGNA	67
2.3 OS PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS DEVEM SER INTERPRETADOS COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE POSSÍVEL, COMO TAMBÉM TENDO EM CONTA A POTENCIALIDADE DA APLICAÇÃO DIRETA E IMEDIATA DOS PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS MENCIONADOS E DA EFICÁCIA PLENA DOS MESMOS	70
2.4 DA HIERARQUIZAÇÃO SUBSTANCIAL E AXIOLÓGICA DOS PRINCÍPIOS, NORMAS ESTRITAS E VALORES PRESENTES NO SISTEMA/ORDENAMENTO JURÍDICO E NA CONSTITUIÇÃO	79
2.5 DO PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO	82
2.6 DA FUNDAMENTALIDADE, PRIMAZIA E SUPERIORIDADE DOS PRINCÍPIOS EM RELAÇÃO ÀS NORMAS ESTRITAS E AOS PRÓPRIOS	

	VALORES	83
2.7	DA POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE PESO E GRADAÇÃO VALORATIVA TAMBÉM PARA AS NORMAS ESTRITAS (OU REGRAS) E DO DECORRENTE QUESTIONAMENTO, NO ÂMBITO DAS MESMAS, DAS LÓGICAS “TUDO-OU-NADA” E/OU “VALEM-NÃO VALEM”	86
3	DOS FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DA DISTINÇÃO ENTRE CONVÊNIO E CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DAS PRINCIPAIS OBJEÇÕES AOS MESMOS	90
3.1	DOS FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE O CONVÊNIO E O CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	90
3.1.1	Do debate doutrinário relativo à distinção entre o conceito de Contrato e as noções de Acordo, Convenção e Pacto, que fundamentam a diferenciação entre Convênio e Contrato da Administração Pública	90
3.1.2	A distinção entre as noções de Ato Complexo e Contrato, de Ato Administrativo Complexo e Contrato da Administração Pública, como fundamento para a diferenciação entre Convênio e Contrato da Administração Pública	103
3.1.3	A distinção entre as noções de Ato Coletivo, Ato Complexo e o conceito de Contrato, as noções de Ato Coletivo e Ato Complexo Administrativo e o conceito de Contrato da Administração Pública, como elementos para fundamentar a diferenciação entre Convênio e Contrato da Administração Pública	118
3.2	DAS PRINCIPAIS OBJEÇÕES ÀS DISTINÇÕES ENTRE CONVÊNIO E CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A PARTIR DAS DIFERENCIAÇÕES ESTABELECIDAS DOUTRINARIAMENTE ENTRE AS NOÇÕES DE ACORDO, CONVENÇÃO, PACTO, ATO COMPLEXO E/OU ATO COLETIVO E O CONCEITO DE CONTRATO	122
3.2.1	A precariedade dos exames que distinguem o Convênio do Contrato da Administração Pública, sobretudo a partir dos elementos antagonismo/ convergência de interesses, objetivos e resultados pretendidos pelas partes/partícipes	123
3.2.2	Das insuficiências da noção de Obrigações Recíprocas para diferenciar entre o conceito de Contrato e as noções de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo, como também para fundamentar a distinção entre o Contrato e o Convênio da Administração Pública	124
3.2.3	A fundamentação teórica das diferenças entre o Convênio e o Contrato da Administração Pública, a partir da associação do primeiro instituto sobretudo com as noções de Acordo, Ato Coletivo e Pacto, e, ainda, com as idéias de instabilidade e ausência de vinculação bilateral, obrigacional e/ou contratual, direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilidade e/ou sancionamento, ao contrário do que aconteceria com os conceitos de Contrato e/ou Contrato Administrativo	125
3.2.4	Da unilateralidade no Contrato e da distinção entre a bilateralidade do Ato e Negócio Jurídico e do Contrato	128
3.2.5	Da onerosidade e gratuidade no Contrato Administrativo	130
3.2.6	Da comutatividade no Contrato Administrativo	132
4	A INSUFICIÊNCIA DA DISTINÇÃO BASEADA NOS ELEMENTOS	

	ANTAGONISMO/CONVERGÊNCIA DE INTERESSES, OBJETIVOS E RESULTADOS PRETENDIDOS PELOS PARTÍCIPIES, COMO PRINCIPAL CRITÉRIO DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS CONVÊNIOS E OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	134
4.1	DA AMPLA UTILIZAÇÃO, NA DOCTRINA NACIONAL, DOS ELEMENTOS ANTAGONISMO/CONVERGÊNCIA ENTRE OS PARTÍCIPIES, COMO PRINCIPAL PARÂMETRO PARA ESTABELECEER A DISTINÇÃO ENTRE CONTRATO E CONVÊNIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	134
4.2	O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA TAMBÉM DE CONTRATOS COOPERATIVOS PROBLEMATIZA A UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS ANTAGONISMO/CONVERGÊNCIA COMO REFERÊNCIA MAIS RELEVANTE PARA A DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS E CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS	149
4.3	A PROBLEMATIZAÇÃO MAIS DECISIVA DA PRINCIPAL DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS E CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS, A PARTIR DO ENTENDIMENTO DA RELAÇÃO CONTRATUAL COMO TOTALIDADE E PROCESSO, E, AINDA, COMO VÍNCULO QUE SE DÁ PARA ALÉM DAS PARTES E NA PERSPECTIVA DOS TERCEIROS, DA SOCIEDADE E DO ORDENAMENTO JURÍDICO, E, TAMBÉM COMO RELAÇÃO ONDE TEMOS A AFIRMAÇÃO DOS ELEMENTOS COOPERAÇÃO, COLABORAÇÃO E PARCERIA	167
4.3.1	A relação obrigacional vista como totalidade, processo e vinculada a uma ordem de cooperação	169
4.3.2	Da relação contratual para além das partes e na perspectiva dos terceiros, da sociedade e do ordenamento	172
4.3.3	Da consolidação progressiva, nas relações obrigacionais e contratuais, dos elementos cooperação e colaboração	173
4.3.4	O avanço da idéia de parceria	180
4.4	ALGUMAS CONCLUSÕES SOBRE A PRECARIIDADE DA DISTINÇÃO, ENTRE CONTRATOS E CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS, QUE CONCEDE PRIMAZIA AOS ELEMENTOS ANTAGONISMO/CONVERGÊNCIA DE INTERESSES, OBJETIVOS E RESULTADOS PRETENDIDOS PELOS PARTÍCIPIES	186
5	DA FRAGILIDADE DO CONCEITO OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS, COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE OS CONTRATOS E OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	192
6	OS EQUIVOCADOS ENTENDIMENTOS QUE CONSIDERAM OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PACTOS DE NATUREZA PRECÁRIA	212
6.1	DOS EXAMES QUE CONCEBEM OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PACTOS DE NATUREZA PRECÁRIA	212
6.2	A COMPREENSÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO AJUSTES ONDE OCORRE A COMPOSIÇÃO E ACORDO DE VONTADES	221
6.3	DO ENTENDIMENTO SOBRE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO E VINCULAÇÃO JURÍDICA E OBRIGACIONAL ENTRE OS PARTÍCIPIES DO CONVÊNIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	225
6.4	DA COMPREENSÃO SOBRE A CONSISTÊNCIA DAS ESTIPULAÇÕES	

	RELATIVAS A DIREITOS, DEVERES, PRETENSÕES E OBRIGAÇÕES ENTRE OS PARTÍCIPIES DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COMO TAMBÉM EM RELAÇÃO À POSSIBILIDADE DE AÇÕES, EXCEÇÕES, RESPONSABILIZAÇÕES, SANÇÕES E PENALIZAÇÕES DOS MESMOS	247
6.5	DA POSSIBILIDADE DE RETIRADA UNILATERAL E DE DENÚNCIA NOS CONVÊNIOS NÃO PODE SER DEDUZIDA A PRECARIEDADE DOS MESMOS E TAMPOUCO AS MENCIONADAS POSSIBILIDADES SERVEM DE TRAÇO DE DIFERENCIAÇÃO COM OS CONTRATOS	265
7	DA FRAGILIDADE DOS ENTENDIMENTOS SOBRE A IGUALDADE ENTRE OS PARTÍCIPIES DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ELEMENTO PARA ESTABELECE A DIFERENCIAÇÃO DOS MESMOS COM OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMO CRITÉRIO QUE COLABORA PARA A FIXAÇÃO DA PRECARIEDADE DOS MESMOS PACTOS	285
7.1	DOS ENTENDIMENTOS SOBRE A IGUALDADE ENTRE OS PARTÍCIPIES DOS CONVÊNIOS E DA INEXISTÊNCIA DE SUPREMACIA ENTRE OS MESMOS, COMO CRITÉRIO PARA ESTABELECE A PRECARIEDADE DOS MESMOS PACTOS E PARA DISTINGUÍ-LOS DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	285
7.2	DA INSUFICIÊNCIA DO ENTENDIMENTO QUE ESTABELECE A IGUALDADE ENTRE OS PARTÍCIPIES NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ELEMENTO QUE DISTINGUE OS MESMOS DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMO CRITÉRIO QUE COLABORA PARA A FIXAÇÃO DA PRECARIEDADE DOS MESMOS PACTOS	287
7.2.1	Alguns exames sobre o Federalismo na Alemanha	287
7.2.2	Algumas análises sobre a Federação Brasileira	296
7.2.3	Da desigualdade nos Convênios da Administração Pública, quando de situações de adesão e de ausência de paridade de fato e de direito nos mencionados ajustes	304
7.2.4	Algumas conclusões sobre a igualdade e a precariedade nos Convênios da Administração Pública	314
8	A CARACTERIZAÇÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO AJUSTES ONDE, NA RELAÇÃO ENTRE OS PARTÍCIPIES, SE FAZEM PRESENTES A COOPERAÇÃO, COLABORAÇÃO, COORDENAÇÃO, PARCERIA, AUXÍLIO E/OU AJUDA, E, AINDA, A AUSÊNCIA DE LUCRO, PREÇO E/OU REMUNERAÇÃO, NÃO SE REVELA IMPEDIMENTO PARA A CONSTATAÇÃO TAMBÉM DA EXISTÊNCIA DE OUTROS CONTRATOS ASSOCIATIVOS E COOPERATIVOS, E/OU DE CONTRATOS ONDE NÃO SE CONFIGURE OS ELEMENTOS LUCRO, PREÇO E/OU REMUNERAÇÃO	319
8.1	EXAMES PRELIMINARES: DAS INSUFICIÊNCIAS E EQUÍVOCOS DOS MAIS RELEVANTES ENTENDIMENTOS QUE EFETUAM A DIFERENCIAÇÃO DOS CONVÊNIOS COM OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	319
8.2	A DISTINÇÃO EFETUADA ENTRE OS CONTRATOS E OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NA DOCTRINA, NA PRÁTICA	

	ADMINISTRATIVA, NA NORMATIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E LEGAL BRASILEIRA, EM RELAÇÃO AS TEMÁTICAS, DENTRE OUTRAS, AUSÊNCIA OU PRESENÇA DE LUCRO, PREÇO, PAGAMENTO, CONTRAPRESTAÇÃO, REMUNERAÇÃO, VANTAGEM, INTERESSE FINANCEIRO E PATRIMONIAL	323
8.3	DO EXAME DA ADEQUAÇÃO DE ALGUNS CONCEITOS UTILIZADOS PARA AFASTAR OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LUCRO, PREÇO, TARIFA, PAGAMENTO, CONTRAPRESTAÇÃO, REMUNERAÇÃO, RENDA, RENDIMENTO, PATRIMÔNIO, VANTAGEM, BENEFÍCIO, INTERESSE OU ACRÉSCIMO FINANCEIRO E/OU PATRIMONIAL	332
8.3.1	Das dificuldades para estabelecer a adequação da utilização de conceitos que afastariam os Convênios da Administração Pública	333
8.3.2	Das noções de Lucro, Lucro Líquido e Lucro Real	334
8.3.3	Dos conceitos de Preço, Preço Corrente, Preço de Venda, Preço de Mercado, Preço Natural, Preço Justo, Preço Monopolista e Preço de Custo	339
8.3.4	Das noções de Preço Público, de Tarifa e de Taxa	344
8.3.5	Dos conceitos de Remuneração e de Indenização	346
8.3.6	Da noção de Contraprestação	351
8.3.7	Dos conceitos de Pagamento, de Obrigação e de Obrigação Patrimonial	354
8.3.8	Das noções de Patrimônio, de Patrimônio Líquido, de Vantagem e/ou Acréscimo Patrimonial	361
8.3.9	Dos conceitos de Renda e Rendimento, de Renda e Rendimento Líquido, de Renda Pessoal e/ou do Acréscimo de Renda e Patrimonial	363
8.3.10	Das noções de Vantagem e de Vantagem Pecuniária e Patrimonial	367
8.3.11	Do conceito de Benefício e Benefício Patrimonial	368
8.4	A PESSOA JURÍDICA TER FIM LUCRATIVO NÃO É OBSTÁCULO INTRANSPONÍVEL QUE AFASTA OBRIGATORIAMENTE O CONVÊNIO, PELO FATO DE QUE NADA IMPEDE QUE A MESMA, NO CASO EM CONCRETO, POSSA SE DESPIR DE SUA FINALIDADE LUCRATIVA	370
8.5	AS PESSOAS OU ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E/OU AS QUE NÃO TENHAM FINS LUCRATIVOS, PODEM PATROCINAR, EM MUITAS SITUAÇÕES, ATIVIDADES EM QUE SE FAÇA PRESENTE O PREÇO E/OU REMUNERAÇÃO	371
8.6	AS TAXAS NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	372
8.7	DA HIPÓTESE INDENIZATÓRIA NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	374
8.8	A CARACTERIZAÇÃO DO CONVÊNIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO AJUSTE DE COOPERAÇÃO, COLABORAÇÃO, COORDENAÇÃO, PARCERIA, AUXÍLIO E/OU AJUDA ENTRE OS PARTÍCIPIES, COM AUSÊNCIA ENTRE OS MESMOS DO LUCRO, DO PREÇO E/OU DA REMUNERAÇÃO, NÃO IMPEDE A CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTROS CONTRATOS ASSOCIATIVOS E COOPERATIVOS E/OU DE CONTRATOS EM QUE ESTEJAM AUSENTES O LUCRO, O PREÇO E/OU A REMUNERAÇÃO	376
8.9	NAS CONTRATAÇÕES COM TERCEIROS, NO ÂMBITO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ONDE TEMOS, COMO REGRA, A POSSIBILIDADE DO LUCRO, DO PREÇO E/OU DA REMUNERAÇÃO, ENTENDEMOS SER INDISPENSÁVEL PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, DE DISPENSA, DE INEXIGIBILIDADE	

	OU SIMILARES, COMO TAMBÉM DE CONTRATAÇÃO, QUE RESPEITEM PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS QUE ORIENTAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARÂMETROS TRAZIDOS PELOS PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS PRESENTES NA LEI FEDERAL Nº 8.666	384
9	A CARACTERIZAÇÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TAMBÉM COMO PACTOS NO SENTIDO DE DESTINAR RECURSOS, VERBAS E/OU CONTRAPARTIDAS PARA A REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO AJUSTADO, E, AINDA, DE UTILIZAR, GERIR, GERENCIAR E/OU ADMINISTRAR OS MESMOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, BEM COMO SUJEITOS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS SOBRE A REALIZAÇÃO DO OBJETO, O ATENDIMENTO DO AJUSTADO E O RESPEITO AO ORDENAMENTO JURÍDICO, NÃO SE CONSTITUI EM OBSTÁCULO PARA QUE SE VERIFIQUE A OCORRÊNCIA DE OUTROS CONTRATOS ONDE OS ELEMENTOS ENUMERADOS SE FAÇAM PRESENTES	388
9.1	DOS EXAMES DOUTRINÁRIOS E DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS, REGULAMENTARES E ADMINISTRATIVAS QUE TRATAM DOS TEMAS	388
9.2	DE ALGUMAS APRECIÇÕES SOBRE OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TAMBÉM COMO INSTRUMENTOS NO SENTIDO DE DESTINAR RECURSOS E/OU REPASSAR VERBAS PARA A REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO AJUSTADO, E, AINDA, DE UTILIZAR, GERIR, GERENCIAR E/OU ADMINISTRAR OS MESMOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, BEM COMO SUJEITOS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS	407
9.3	DAS DIFICULDADES DE CONSIDERAR QUE NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OS PARTICÍPES TÊM COMPETÊNCIAS INSTITUCIONAIS COMUNS	412
9.4	OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS DO REPASSE DE VERBAS A SEREM UTILIZADAS, GERIDAS E/OU ADMINISTRADAS NO SENTIDO DA REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO AJUSTADO, E, AINDA, DE UTILIZAR, GERIR, GERENCIAR E/OU ADMINISTRAR OS RECURSOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, SUJEITAS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS	414
9.4.1	Os Convênios de Repasse e Transferência Verbas, a título de cooperação, colaboração, coordenação, auxílio e/ou ajuda somente ocorrem em situações onde não se façam presentes, nas relações entre os partícipes, remuneração, preço e/ou lucro, bem como onde se configurem as características aqui definidas	414
9.4.2	Os equivocados entendimentos de que os Repasses de Verbas não devem ser formalizados por Convênios da Administração Pública, mas por Contratos de Doação	417
9.4.3	Dos prejuízos das concepções e práticas administrativas que consideravam como a “Fundo Perdido” os recursos repassados pela Administração Pública através de Convênios	426

9.5	OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONGÊNERES E/OU OS AJUSTES E PROCEDIMENTOS DE NATUREZA CONVENIAL, COMO INSTRUMENTOS DE REPASSE DE RECURSOS, A TÍTULO DE FOMENTO, AUXÍLIOS, AJUDAS, CONTRIBUIÇÕES, SUBVENÇÕES E/OU BOLSAS PARA A REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO PACTUADO, PARA SEREM UTILIZADOS, GERIDOS E/OU ADMINISTRADOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, SUJEITOS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS	428
9.5.1	Do Fomento	429
9.5.2	Dos Auxílios, Ajudas e Contribuições	433
9.5.2.1	Do Auxílio	433
9.5.2.2	Da Ajuda	437
9.5.2.3	Da Contribuição	437
9.5.3	Das subvenções sociais e econômicas e dos subsídios	438
9.5.3.1	Das Subvenções sociais e econômicas	439
9.5.3.2	Dos Subsídios	445
9.5.4	Das Bolsas	447
9.5.4.1	Dos Bolsistas e das Bolsas	447
9.5.4.2	Das Bolsas de Estudo e Pesquisa	448
9.5.4.3	Dos Estágios e das Bolsas Estágio	450
9.5.5	Conclusões sobre a temática em exame	452
10	CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DOS PARTÍCIPES, DA CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES PARA A SUA GESTÃO E DA LICITAÇÃO E PROCEDIMENTOS ASSEMELHADOS	460
10.1	DOS PARTÍCIPES DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	460
10.2	DA POSSIBILIDADE DE CRIAR ORGANIZAÇÃO PARA A GESTÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	470
10.3	DA LICITAÇÃO E DOS PROCEDIMENTOS ASSEMELHADOS NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	479
11	DA NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS MESMOS	511
11.1	DA NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	511
11.2	DO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS DENOMINADOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	523
12	DA CONCLUSÃO	535
12.1	EXAMES PRELIMINARES	535
12.2	A ORIGEM DOUTRINÁRIA DA DISTINÇÃO ENTRE OS CONVÊNIOS E OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A DIFERENCIAÇÃO DOS CONCEITOS DE ACORDO, CONVENÇÃO, PACTO, ATO COMPLEXO E ATO COLETIVO EM RELAÇÃO À NOÇÃO DE CONTRATO	536
12.3	DA INSUFICIÊNCIA DA DICOTOMIA ANTAGONISMO-CONVERGÊNCIA DE INTERESSES, OBJETIVOS E RESULTADOS, COMO PRINCIPAL ELEMENTO DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS CONVÊNIOS E OS CONTRATOS DA ADMINISITRAÇÃO PÚBLICA	538

12.4	DA FRAGILIDADE DO CONCEITO OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS, COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE OS CONTRATOS E OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	541
12.5	DOS EQUIVOCADOS ENTENDIMENTOS QUE CONSIDERAM OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PACTOS DE NATUREZA PRECÁRIA	542
12.6	DA FRAGILIDADE DOS ENTENDIMENTOS SOBRE A IGUALDADE ENTRE OS PARTÍCIPES NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COMO ELEMENTO PARA ESTABELECEER A DIFERENCIAÇÃO COM OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMO CRITÉRIO QUE COLABORA PARA A FIXAÇÃO DA PRECARIIDADE DOS MESMOS PACTOS	545
12.7	OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PACTOS QUE SE CARACTERIZAM, NAS RELAÇÕES ENTRE OS PARTÍCIPES, PELA COOPERAÇÃO, PELA COLABORAÇÃO, PELA COORDENAÇÃO, PELA PARCERIA, PELO AUXÍLIO E/OU PELA AJUDA, E, AINDA, PELA AUSÊNCIA DE LUCRO, DE PREÇO E/OU DE REMUNERAÇÃO	547
12.8	A CARACTERIZAÇÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TAMBÉM COMO PACTOS NO SENTIDO DE DESTINAR RECURSOS, VERBAS E/OU CONTRAPARTIDAS PARA A REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO AJUSTADO, E, AINDA, DE UTILIZAR, GERIR, GERENCIAR E/OU ADMINISTRAR OS MESMOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, BEM COMO SUJEITOS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS SOBRE A REALIZAÇÃO DO OBJETO, O ATENDIMENTO DO AJUSTADO E O RESPEITO AO ORDENAMENTO JURÍDICO	550
12.9	ALGUNS TEMAS SOBRE OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DOS PARTÍCIPES, DA CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES PARA A GESTÃO E DAS LICITAÇÕES E PROCEDIMENTOS ASSEMELHADOS	554
12.9.1	Dos Partícipes nos Convênios da Administração Pública	554
12.9.2	A Discussão sobre a Possibilidade de se Criar Organizações para a Gestão dos Convênios da Administração Pública	556
12.9.3	Das Licitações Públicas dos Procedimentos Assemelhados nos Convênios da Administração Pública	556
12.10	A NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	558
12.11	DO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	560
OBRAS CONSULTADAS E REFERIDAS		562

1. INTRODUÇÃO

1.1. A ESCOLHA DO TEMA

Teve papel relevante para a escolha do tema Convênios da Administração Pública como objeto de nossa Dissertação de Mestrado, as dificuldades enfrentadas ao tratarmos com ajustes de natureza convenial e com procedimentos vinculados aos mesmos, como Advogado concursado, desde 1993, da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS, entidade de fomento à ciência, a tecnologia, a pesquisa e ao ensino, vinculada à Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

As dificuldades com que nos deparamos tinham como raiz notadamente os insuficientes e fragmentários elementos encontrados em relação ao tema na doutrina, na prática administrativa e no ordenamento jurídico pátrio.

No enfrentamento dos obstáculos fomos formulando paulatinamente, como decorrência da experiência acumulada, uma série de opiniões sobre a temática Convênios, congêneres e/ou ajustes de natureza convenial, bem como em relação aos procedimentos a que se vinculam os mesmos.

As formulações iniciais dos nossos pontos de vista se nutriram, no âmbito da doutrina, nos ensinamentos sobre os Convênios da Administração Pública presentes nos trabalhos dos principais administrativistas brasileiros, com destaque para as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.¹

Procuramos, na construção inicial de nossas análises, dar conseqüência, notadamente, aos princípios, normas estritas e valores constitucionais encontrados nos artigos 37 e 70, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, na Lei Federal nº

¹ Destacamos principalmente as seguintes obras:

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Organizadora). **Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos**. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 158-160. 169 p.;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. São Paulo: Atlas, 1996, pp. 112-117. 135 p.

8.666/93, Das Licitações e dos Contratos Administrativos, em face de que o caput do art. 116 da mesma legislação, que trata de forma mais específica dos Convênios da Administração Pública, estabelecer que se aplicam as disposições da mencionada Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Igualmente, desempenharam papel relevante nas mesmas formulações iniciais o exame da Instrução Normativa nº 02, de 19 de abril de 1993, Da Secretaria do Tesouro Nacional (DOU 23/04/1993), Dos Convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou a realização de eventos, e, posteriormente, a análise da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional (DOU 31/01/1997), Dos Convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou a realização de eventos.

Igualmente, originou o nosso interesse pela temática Convênios e instrumentos congêneres o entendimento de que o tratamento insuficiente, como regra, dado ao instituto jurídico referido, e, ainda, aos procedimentos que se associam ao mesmo, pela doutrina, pela prática administrativa e pelo ordenamento jurídico, gestavam situações e práticas convenientes que se revelavam incongruentes com os princípios, normas estritas e valores afirmados pela Constituição Federal de 1988, como também com os desdobramentos dos mesmos na órbita infraconstitucional. Julgamos que notadamente uma série de concepções e situações que se encontravam e, ainda, se encontram presentes, quando tratamos dos Convênios da Administração Pública e de instrumentos congêneres, criavam e criam situações que favorecem agressões de todo tipo aos princípios da Administração Pública e das suas contratações, atingindo os princípios, dentre outros, da legalidade, da legitimidade, do interesse público e/ou social, da moralidade, da probidade, da boa-fé, da proporcionalidade, da razoabilidade, da publicidade, da isonomia, da impessoalidade, da eficácia, da eficiência, da economicidade, da motivação, da transparência, da fiscalização, do controle e da prestação de contas, da responsabilidade, como também do ressarcimento, punição e penalização do mau uso de recursos públicos e da ação em afronta ao ordenamento jurídico.

Tívemos como intenção, quando da escolha do tema Convênios da Administração Pública e instrumentos congêneres, examinar os traços fundamentais

do mesmo instituto jurídico e as principais relações jurídicas que marcam o mesmo. Situar, inicialmente, a forma como o tema citado tem sido tratado, no Brasil, especialmente pela doutrina, pelo ordenamento jurídico, pela jurisprudência judicial e administrativa brasileira, bem como pela prática da administração pública e da sociedade. Igualmente, estabelecer, num segundo momento, o nosso entendimento em relação aos temas que julgávamos de maior relevância, procurando enfrentar as principais divergências verificadas e dando a nossa contribuição. Ainda, trazer aos nossos exames e conclusões sobretudo aquilo que de mais relevante tínhamos conseguido acumular sobre o assunto nos planos teórico e da atividade profissional.

1.2. A DELIMITAÇÃO DO OBJETO

De outro lado, atentos para as lições de Marcos Juruena Villela Souto, julgamos necessário circunscrever, desde então, o tema aos “convênios com finalidade administrativa”, descartando “aqueles com finalidade legislativa previstos no Direito Tributário, os quais seguem normas próprias”.²

Ricardo Lobo Torres, trata dos convênios de natureza tributária tendo como base notadamente o art. 155, § 2º, XII, “g”, e o art. 155, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, o art. 100, IV, do Código Tributário Nacional³, enquanto Geraldo Ataliba, na vigência da Carta Magna de 1967, com a redação fornecida pela Emenda I, de 1969, trabalha os citados convênios especialmente tendo como referência o § 6º do art. 23 do mencionado Texto Constitucional.⁴ Ainda, Odete Medauar, anota que os “convênios em matéria tributária são mencionados no

² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões: Concessões, Terceirizações, Convênios, Consórcios, Acordos e Outras Formas de Gestão Associada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 435. 487 p.

³ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 50, 51 e 54. 462 p.

⁴ ATALIBA, Geraldo. Convênios Interestaduais (Negociação pelo Executivo e Ratificação Legislativa – Decreto-Legislativo como Fonte do Direito Interno – Analogia *Juris* com Tratados Internacionais – Igualdade entre Estados Federados). In: **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano XVI, julho/setembro de 1983, nº 67, pp. 47-63, pp. 48-49.

Código Tributário Nacional, art. 83 e no art. 100, inciso IV (entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios)".⁵

Igualmente, optamos por abordar, delimitando o objeto do presente trabalho, apenas incidentalmente o instituto jurídico do Consórcio Público, considerado pela doutrina pátria como regido por princípios e preceitos idênticos ou semelhantes aos prevalentes no Convênio da Administração Pública. Hely Lopes Meirelles entende que, efetuadas as distinções entre os dois institutos, "todos os princípios e preceitos regedores dos convênios são aplicáveis aos nossos consórcios administrativos"⁶, enquanto que Maria Sylvia Zanella Di Pietro, diz que "a semelhança entre consórcio e convênio é muito grande".⁷

Os administrativistas brasileiros têm considerado o Consórcio Público, majoritariamente, como ajuste para atender objetivos comuns dos partícipes, de um lado, somente passível de ocorrer entre pessoas e entidades públicas, e, de outro, entre pessoas e entidades de mesma natureza e de idêntico nível de governo. Tais conceitos devem sofrer considerável reexame tendo em vista o advento da recente Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais dos Consórcios Públicos e dos Contratos de Programa e dá outras providências.⁸

Igualmente, decidimos examinar, quando muito residualmente, as matérias trazidas pela Lei Federal nº 9.790/99, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências, como também a temática suscitada pela Lei Federal nº

⁵ MEDUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**. São Paulo: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos, vol. 2, junho de 1996, pp. 69-89, p. 73.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 389. 798 pp.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 296. 751 pp.

⁸ A Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005, pode ser encontrada em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm, acessado em 09/05/2005.

9.637/98, que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais, a criação do Programa de Publicização, a extinção de órgãos e entidades que menciona e absorção de suas organizações pela sociedade civil, os Contratos de Gestão e dá outras providências.

Julgamos que a mencionada legislação têm a capacidade de provocar exames sobre o grau de proximidade do Termo de Parceria e da citada versão do Contrato de Gestão com o Convênio. O que pode ser verificado pelo fato de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tratando do Contrato de Gestão, considerar que “a natureza efetivamente contratual do ajuste pode ser contestada”, bem como que a natureza dos mencionados ajustes “se aproxima mais dos convênios do que dos contratos propriamente ditos”.⁹ De outro lado, Marçal Justen Filho, considera ser “problemático definir, examinando a questão em tese, a natureza jurídica de um Contrato de Gestão” e que no mesmo “até se poderia reconhecer figura similar ao convênio”, e, ainda, entende, ao abordar a relação entre o Termo de Parceria e o Contrato de Gestão, que “não há dúvida acerca da idêntica natureza jurídica de ambas as figuras”.¹⁰ Enquanto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, assinala, quando trata do Termo de Parceria, que a relação entre o Poder Público e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, “assume a forma jurídica de um pacto, um ato administrativo complexo da espécie convênio”, como também, ao examinar o Contrato de Gestão previsto com as Organizações Sociais, julga que não existem no mesmo “interesses antagônicos a serem compostos, que possam caracterizar o instituto contratual”.¹¹

Escolhemos deixar de lado, tratando somente de passagem, o instrumento “Contrato de Repasse”, disciplinado pelo Decreto Federal nº 1.819, de 1996, que, segundo trabalho do Tribunal de Contas da União é “utilizado para a transferência de recursos financeiros da União para os Estados, Distrito Federal ou

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Op. cit., p. 292.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 134 e 136. 878 p.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 279. 683 p.

Municípios, por intermédio de instituição ou agência oficial federal”, notadamente para a “execução de programas sociais nas áreas de habitação, saneamento, infraestrutura urbana e de programas relacionados à agricultura”¹², embora também o citado instrumento tivesse o condão de desafiar análises sobre as semelhanças do mesmo com o Convênio. Assinalamos, somente para elucidar, o fato do parágrafo único do art. 39, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, Da Celebração de Convênios, estipular que as disposições da mesma aplicam-se, no que couber, ao “contrato de repasse” a que se refere o Decreto nº 1.819, de 16.02.96, que se equipara à figura do convênio.

Da mesma forma, gerando semelhante discussão em relação a proximidade do regime jurídico dos convênios, temos as denominadas Transferências Fundo a Fundo, que, como lembra o Tribunal de Contas da União, é a forma como “os recursos de um fundo federal são repassados para outro da esfera estadual, do Distrito Federal ou municipal, como ocorre nas áreas da saúde e assistência social”.¹³ Tendo em vista a transferência regular e automática, o Ministério de Saúde diz que a mesma é forma de cooperação que ocorre especialmente “segundo condições, critérios e formas estabelecidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, pela Lei nº 8,142, de 28 de dezembro de 1990, e no Decreto nº 1.232, de 30 de agosto de 1994”.¹⁴

No estudo aqui referido do Tribunal de Contas da União, temos a seguinte anotação:

Apesar de o art. 1º do Decreto nº 1.232, de 30/08/1994, dispensar a celebração de convênio ou instrumento congêneres para a transferência de

¹² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: Orientações Fundamentais. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2000, p. 14. 120 pp. Encontrado no site www.tcu.gov.br, em 05 de novembro de 2003.

¹³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: Orientações Fundamentais. Op. cit., p. 24.

¹⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Normas de Cooperação Técnica e Financeira de Programas e Projetos mediante a Celebração de Convênios e Instrumentos Congêneres**: Orientações Técnicas – 2004. Brasília: Ministério da Saúde – Secretaria Executiva – Fundo Nacional de Saúde – Fundação Nacional de Saúde, 2004, p. 9. 99 pp.

recursos federais fundo a fundo a Estados, Municípios e Distrito Federal, no âmbito do SUS, o conjunto dos objetivos e compromissos que a legislação pertinente impõe aos integrantes do SUS caracteriza relação convencional entre a União e as demais esferas de governo, conforme Decisão TCU nº 449/1998-Plenário-Ata 28/1998.^{15 16}

Igualmente, não pretendemos que fossem objeto de nossos exames, sendo os mesmos tratados, quando muito, de forma incidental, os denominados Convênios Normativos ou Interpretativos, que são mencionados sobretudo em exames de juristas estrangeiros.¹⁷ Também não tivemos a pretensão de abordar os cognominados Convênios praticados no âmbito do Direito Privado.¹⁸

Pensamos que os interessantes objetos de estudo aqui enumerados, que serão abordados em nosso trabalho somente de forma periférica, apontam para a inegável existência de considerável número de acordos e instrumentos que podem ser tratados como de natureza convencional, como também indicam a necessidade de uma visão ampliada sobre os últimos.

¹⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão 449/1998 – Plenário. Natureza Convencional do Relacionamento Fundo a Fundo entre a Esfera Federal e as Esferas Estadual e Municipal do Sistema Único de Saúde. In: **Portal de Pesquisa Textual de Jurisprudência do TCU** (Internet). Brasília: TCU, pp. 1 e 7. 07 pp. Encontrado no site: www.tcu.gov.br. Acesso em 03.08.2004.

¹⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal** – Orientações Fundamentais. Op. cit., p. 29.

¹⁷ Destacamos os exames presentes em:

MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Madrid: McGraw-Hill, 1998, pp. 97-99 e 131-144. 372 p.;

SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Madrid: Marcial Pons, pp. 293-301. 434 p.;

REXACH, Angel Menéndez. **Los Convenios entre Comunidades Autonomas**: Comentario al Artículo 145.2 de la Constitución. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 83-92. 149 p.

¹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Civis**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp. 245-251. 274 p.

Igualmente, julgamos, desde os primeiros momentos, que a delimitação do tema era indispensável, restringindo o nosso olhar a questões vinculadas aos Convênios da Administração Pública, o que significa tratar os Convênios em sua forma mais tradicional, envolvendo pessoas e entidades da Administração Pública e, ainda, articulando pessoas e entidades da Administração Pública e particulares, onde podemos estar diante de situações, dentre outras, de destinação, transferência e repasses de recursos, verbas e/ou contrapartidas, visando à cooperação, a colaboração, a coordenação, a parceria, o fomento, o auxílio, a ajuda, a contribuição e a subvenção.

1.3. ALGUNS CAMINHOS PERCORRIDOS

Salientamos que para estudar a temática dos Convênios da Administração Pública e também as que se vinculam aos Contratos da Administração Pública e as Licitações Públicas, no primeiro momento, consultamos e sistematizamos sobretudo as obras dos mais reconhecidos administrativistas pátrios, bem como de autores de obras e artigos, nacionais e estrangeiros, que enfrentam os assuntos mencionados. Ainda, procuramos conhecer sobre o tema e os assuntos a que os mesmos se associam mais diretamente, a legislação, bem como a jurisprudência judicial, administrativa e dos Tribunais de Contas, sobretudo a nacional, embora a consulta de materiais estrangeiros. A priorização dos referidos temas para estudo e sistematização decorre da constatação de que parte considerável das elaborações sobre o tema Convênios da Administração Pública ocorre a partir das distinções ou pretensas diferenciações entre os mesmos e os Contratos da Administração Pública e os Contratos em geral, como também devido ao fato de que o art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93, que trata de forma mais específica dos Convênios da Administração Pública, dizer que se aplicam, no que couber, as disposições da citada legislação.

Destacamos que para enfrentar a mencionada temática e dar conta do objeto do estudo, além dos exames que se vinculam com questões de método e interpretação, foi também indispensável, ao longo do trabalho, o estudo e sistematização de questões de Direito Privado, sobretudo as referentes aos chamados Direitos das Obrigações e dos Contratos Privados. O destaque dado ao

tema se deve, em primeiro lugar, ao fato que na origem das distinções entre os Contratos e os Convênios da Administração Pública podemos encontrar, de regra, entendimentos que diferenciam o conceito de Contrato das noções de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e Ato Coletivo. A relevância concedida ao assunto, de outro lado, se deve a possibilidade de objetar, tendo em conta a ampla elaboração doutrinária e as codificações, nacionais e estrangeiras, dos séculos XIX, XX e atual, na órbita do Direito das Obrigações e dos Contratos Privados, os elementos que são associados, notadamente pela doutrina administrativista, como indispensáveis para os Contratos da Administração Pública e, ainda, como definidores das diferenças entre os últimos e o Convênio da Administração Pública e/ou de uma pretensa natureza não contratual dos pactos de natureza convenial.

Julgamos que os mesmos elementos serviram de relevante ponto de apoio para nossos comentários, exames, críticas e conclusões, fato que por uma questão de justiça procuramos valorizar ao longo do trabalho.

A pretensão de valorizar os materiais e as contribuições colhidas também decorre da nossa compreensão de que o ponto de partida de um estudo sério deve ser a verificação do chamado “estado atual da ciência” sobre o objeto examinado. Igualmente, deve-se a nosso entendimento de que deveríamos trazer à luz e sistematizar a maior diversidade possível de exames em relação a um tema que geralmente é tratado e referido a partir de uns poucos exames e autores, quando podemos encontrar sobre o mesmo uma considerável variedade de enfoques, tratados por número razoável de autores.

Entendemos, ainda, que a sistematização das diversas análises que envolvem o citado instituto pode auxiliar o desenvolvimento e a construção de nossas conclusões sobre o tema, mas também podem servir como referência para futuros estudos. A última idéia está associada a uma visão de conhecimento que deve ser continuamente criado, recriado, aprofundado, desenvolvido, superado e acumulado, numa dimensão individual, mas principalmente social, que obrigatoriamente se deve nutrir da memória das contribuições já existente sobre os objetos de estudo.

Julgamos que está implícito, nos exames acima efetuados e na definição dos nossos objetivos para o trabalho de Mestrado, o fato de que tínhamos entendimentos profundamente críticos em relação a muitas concepções e práticas que se faziam e fazem presentes nos ajustes conveniais e nos procedimentos que a

eles estavam vinculados, e, ainda, uma significativa objeção para com muitos enfoques que eram e são dados aos temas pelas concepções majoritárias presentes da doutrina administrativista brasileira.

Porém, pensamos, olhando os exames efetuados e as conclusões a que chegamos, que as nossas análises de então, em um grande número de questões, estavam erroneamente alinhadas ao pensamento majoritário e, também, que os nossos entendimentos críticos eram bastante insuficientes.

Julgamos que os pontos de vista agora trazidos, apesar de suas limitações, significam um inegável salto de qualidade em relação aos exames iniciais. Pensamos que conseguimos enfrentar, no presente estudo, de uma forma consistente, além de temas vinculados a metodologia e a interpretação, questões essenciais no âmbito dos Convênios da Administração Pública, dos Contratos Administrativos, das Licitações Públicas e do Direito Público, como também do Direito das Obrigações, do Direito dos Contratos e do Direito Privado.

Entendemos que foi relevante para que o nosso trabalho atingisse um novo patamar sobre o tema, de um lado, a possibilidade que tivemos de nos dedicar, a partir do início de 2005, quase que em tempo integral, por um período de em torno de 18 meses, para estudar, refletir e formular conclusões sobre os temas que se vinculam ao objeto de nossa Dissertação, como resultado de licença solicitada e aprovada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS e autorizada pela Secretaria de Ciência e Tecnologia do Estado do Rio Grande do Sul, no uso da delegação de competência que lhe foi conferida pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul.

De outro lado, foi importante para que a nossa compreensão e atividade adquirissem um grau mais elevado os ensinamentos colhidos em muitos juristas, nacionais e estrangeiros, que serviram como elemento de instigação, de provocação e/ou de referência em questões fundamentais e decisivas enfrentadas. O mesmo ocorre a despeito do grau de concordância ou de contrariedade que temos em relação às idéias trazidas pelos mesmos e, ainda, apesar de nos considerarmos integralmente responsáveis pelo resultado final e pelas conclusões do presente trabalho.

Entendemos que devemos parcela considerável do acumulado na presente Dissertação aos ensinamentos dos Professores do Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, que propiciaram

nosso aprimoramento pessoal e que trouxeram elementos que aperfeiçoaram as nossas análises em relação aos fenômenos jurídicos enfrentados. Julgamos que, tendo em vista a orientação qualificada e as contribuições fundamentais que se vinculam mais diretamente com a presente Dissertação, temos um débito relevante principalmente com o Prof. Dr. Juarez Freitas, pelos seus exames, lições e incentivo. Pensamos que os estudos que realizamos têm uma dívida destacada também com as reflexões que foram trazidas pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet e pelo Prof. Dr. Eugênio Facchini Neto.

Salientamos que nas questões de método e interpretação foram de grande relevância também as análises encontradas sobretudo, entre os brasileiros, em Juarez Freitas, Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau, Celso Ribeiro Bastos, Ingo Wolfgang Sarlet, Romeu Felipe Bacellar Filho, Ruy Samuel Espíndola, José Souto Maior Borges, Francisco Meton Marques de Lima, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Eugênio Facchini Neto, como também, entre os estrangeiros, Claus-Wilhelm Canaris, Konrad Hesse, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Norberto Bobbio, Pietro Perlingieri, Edgar Morin, José Joaquim Gomes Canotilho, Genaro Carrió e Ricardo Luis Lorenzetti.

Julgamos que, em questões cruciais que envolvem os temas Convênios da Administração Pública, aos Contratos da Administração Pública, às Licitações Públicas e ao Direto Público, foram fundamentais ensinamentos doutrinários colhidos notadamente, entre os brasileiros, em Mário Masagão, Ruy de Cirne e Lima, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José Cretella Júnior, Edmir Netto Araújo, Sandra Julien Miranda, Edithe Mesquita Hupsel, Pedro Durão, Mirian Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres, Antonio Carlos Cintra do Amaral, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, Eros Roberto Grau, Carlos Ari Sundfeld, Marçal Justen Filho, Juarez Freitas e Odete Medauar, como também, entre os estrangeiros, José Roberto Dromi, Gaspar Ariño Ortiz, Roberto O. Bustillo Bolado, José Luis Ávila Orive, Angel Menéndez Rexach, Enoch Alberti Rovira, María Jesús García Morales e José María Rodríguez de Santiago.

Salientamos que foram essenciais em questões decisivas, quando tratamos de assuntos vinculados ao Direito de Obrigações, ao Direito dos Contratos e ao Direito Privado, as lições encontradas, dentre os brasileiros, em Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, Clóvis Bevilacqua, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Arnoldo Wald, Clóvis do Couto e Silva, Ruy Rosado de Aguiar Júnior,

Judith Martins-Costa, Araken de Assis, Paulo Luiz Neto Lobo, Gustavo Tepedino, Eugênio Facchini Neto e Ronaldo Porto Macedo Júnior, como também, entre os estrangeiros, em Tullio Ascarelli, Karl Larenz, Emilio Betti e Pietro Perlingieri.

Consideramos que com o estímulo e impulso dado pelos ensinamentos obtidos, embora assumindo inteira responsabilidade pelos resultados finais do presente trabalho, conseguimos efetuar, atingindo um novo patamar nas nossas análises e conclusões, uma desestruturação significativa das concepções majoritárias, na doutrina administrativista pátria, sobre o tema Convênios da Administração Pública, a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, como também da visão tradicional relativa à distinção entre o mesmo e os Contratos da Administração Pública e os Contratos, e, ainda, a construção de elementos que fixam algumas das características próprias dos ajustes de natureza convenial, como também que afirmam a natureza contratual dos citados acordos.

1.4. OS EXAMES RELATIVOS AO MÉTODO E A INTERPRETAÇÃO

Ressaltamos que alguns entendimentos, notadamente no âmbito do método e da interpretação, se configuram como relevantes para o enfrentamento do presente trabalho, como também se revelam indispensáveis, de regra, para encarar outros temas na órbita jurídica. As mencionadas compreensões, que se constituem como parâmetros essenciais na presente Dissertação, estão fortemente associadas às lições de um grande número de juristas aqui mencionados, a despeito de assumirmos integralmente os exames e as conclusões aqui efetuadas.

Sustentamos, em primeiro lugar, o primado do sistema/ordenamento jurídico e sua unidade, tendo a Constituição como seu ponto mais elevado. O que exige sejam os fenômenos jurídicos verificados à luz do conjunto do sistema/ordenamento e da Carta Magna, procurando verificar os princípios, normas estritas (ou regras), valores e diretivas presentes, como também visando estabelecer a definição, classificação e hierarquização de sentidos, finalidades e diretivas encontradas.

Defendemos, ainda, que a compreensão sobre o primado do sistema/ordenamento jurídico, tendo como vértice a Constituição, não queda

abalada por determinados exames que entendem superados ou obsoletos na época atual as sistematizações e sínteses de maior significação, como também por análises submissas aos fatos como se apresentam, ao fator econômico, ao poder, aos poderosos, a “globalização”, etc.

Entendemos, ao contrário das previsões apontadas, que é possível verificar, na esfera dos ordenamentos jurídicos, como tendência, a possibilidade de serem alcançadas sistematizações e sínteses jurídicas de maior relevância e significação, com o objetivo de processualmente fazer avançar, no âmbito de países e/ou de áreas continentais e/ou mundialmente, os valores, dentre outros, da razão, da pessoa e da justiça. Consideramos que tal tendência ocorre mesmo diante de uma realidade complexa, múltipla, plural e com acentuados graus de diversidade e enfrentando mecanismos e interesses poderosos.

Destacamos, em segundo lugar, o entendimento sobre a supremacia da Constituição no interior do sistema/ordenamento jurídico, do que decorre a fixação da superioridade hierárquica dos princípios, normas estritas (regras), valores e diretivas presentes na Carta Magna.

Entendemos que o exame referido exige que a interpretação do sistema/ordenamento ocorra a partir da Constituição e implica na rejeição das tentativas de principiariar a mesma pelas regulações infraconstitucionais.

Salientamos, em terceiro lugar, que os princípios e dispositivos constitucionais devem ser interpretados com base nos princípios da força normativa da Constituição e da máxima efetividade possível, como também tendo em conta a potencialidade de aplicação direta e imediata dos princípios e dispositivos mencionados e da eficácia plena dos mesmos.

Pensamos que o princípio da força normativa da Constituição surge da compreensão de que os princípios e dispositivos constitucionais são normas jurídicas e possuem imperatividade, em razão do que não ocupam um lugar meramente acessório e de reforço, nem uma posição simplesmente auxiliar. Igualmente, os mesmos não podem ser vistos como simples lembrança, advertência e limitação contra conteúdos em sentido diverso e/ou como meras manifestações de boas intenções de cunho programático e/ou político.

Julgamos, também, que o princípio da máxima efetividade significa exigir que os dispositivos constitucionais sejam interpretados sempre no sentido de conceder aos mesmos a maior eficiência e eficácia possível. Igualmente,

consideramos que é necessário que os dispositivos constitucionais, com destaque para as estipulações referentes aos direitos fundamentais, sejam interpretados levando em conta a potencialidades da imediata e direta aplicação e da plena eficácia dos mesmos. Ainda, pensamos que as limitações e restrições que podem atingir os dispositivos e direitos mencionados, devido à ponderação e justificação que se demonstrarem pertinentes, devem evitar o esvaziamento do núcleo essencial dos mesmos.

Ressaltamos, em quarto lugar, a existência de uma hierarquização do ponto de vista substancial e axiológico, na órbita dos princípios, normas estritas (regras), valores e diretivas presentes no sistema/ordenamento jurídico, a iniciar pela Constituição.

Ocorrendo a mencionada hierarquização como resultado da inegável ocorrência, no interior do sistema/ordenamento, que possui a Carta Magna como seu ponto mais elevado, de princípios, normas estritas, valores e diretivas com maior grau de destaque e que prevalecem na competição com os demais. Os mesmos ganham evidência e predominância, por exemplo, a partir da eleição do Constituinte, da lógica e da ordenação do sistema jurídico constitucional examinado, e, ainda, da preponderância de determinados valores na sociedade.

Salientamos, em quinto lugar, que a existência de uma hierarquização do ponto de vista substancial e axiológico, de princípios, normas estritas e valores, no âmbito do sistema/ordenamento, a iniciar pela Constituição, não minimiza a importância do princípio da concordância prática ou da harmonização.

Entendemos que o princípio mencionado exige que se trabalhe, num primeiro momento, para estabelecer uma interpretação, na esfera dos princípios e dos valores em conflito, mas também das normas estritas (regras), passível de conseguir, sempre que possível, a compatibilização, a concatenação e a sincronia. O rumo mencionado objetiva a unidade e integração, de forma a concertar, sempre que se revelar viável, os princípios e dispositivos que estiverem concorrendo ou rivalizando, com a finalidade de afetar e esvaziar no menor grau possível princípios e dispositivos e com o propósito também de evitar a supressão integral dos princípios e dispositivos restringidos, preservando, no mínimo, o núcleo fundamental dos mesmos.

Destacamos, em sexto lugar, a fundamentalidade, primazia e superioridade dos princípios em relação às normas estritas e aos próprios valores.

Julgamos que os princípios são a base essencial do sistema/ordenamento jurídico, dentre outros motivos, por estabelecerem os principais fundamentos, direcionamentos e referências, gerais e/ou setoriais, para o mesmo. Pensamos que a definição nítida de tais alicerces, sentidos e parâmetros é de grande relevância para ultrapassar abordagens parciais e/ou fragmentárias.

Igualmente, entendemos que os princípios possuem a máxima eficácia e efetividade, havendo em relação aos mesmos a presunção da aplicabilidade direta e imediata e da plena eficácia, a menos que ocorram adequados juízos de justificação que relativizem as mencionadas proposições. Consideramos, de outra sorte, que qualquer relativização deve procurar atingir no menor grau possível os princípios em disputa, mantendo, no mínimo, o núcleo essencial dos princípios restringidos.

Verificamos, em sétimo lugar, que a possibilidade de conferir peso e gradação valorativa não ocorre somente em relação aos princípios. Entendemos que existe a possibilidade de atribuição de peso e gradação valorativa também para as normas estritas (regras), do que decorre o questionamento, no âmbito das mesmas, das lógicas do “tudo-ou-nada” e/ou do “valem-não valem”.

1.5. DA DISTINÇÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM RELAÇÃO AOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AOS CONTRATOS EM GERAL

Constatamos no nosso trabalho, de um lado, que uma relevante parcela dos exames relativos aos Convênios da Administração Pública são efetuados tendo como parâmetros, referências e elementos de distinção os Contratos da Administração Pública e os Contratos em geral. De outro lado, verificamos ao longo do presente trabalho uma imensa fragilidade dos principais entendimentos que distinguem os Convênios da Administração Pública dos Contratos da mesma Administração e dos Contratos em geral.

Trabalhamos o tema, em primeiro lugar, a partir da verificação das concepções doutrinárias que estão na origem das mesmas distinções, que julgamos podem ser encontradas nas diferenciações dos denominados Acordos, Convenções, Pactos, Atos Complexos e/ou Atos Coletivos em relação aos Contratos. Nas mesmas são apresentados como elementos relevantes para as mencionadas

diferenciações os elementos antagonismo ou convergência entre as partes/partícipes, e, ainda, existência ou ausência de obrigações recíprocas entre as partes/partícipes, como também o estabelecimento, ausência ou precariedade da vinculação bilateral, obrigacional e/ou contratual, direitos, deveres, obrigações, pretensões, responsabilidades, ações e/ou sanções.

Demonstramos, em segundo lugar, no que se refere às diferenças entre os Convênios da Administração Pública e os Contratos da Administração Pública e os Contratos em geral, a insuficiência das análises que vinculam os primeiros aos conceitos de convergência e comunhão e os últimos às noções de antagonismo e contraposição de interesses, objetivos e resultados pretendidos pelos partícipes.¹⁹

A fragilidade dos mesmos exames fica evidente, de um lado, pelo reconhecimento da existência, pela doutrina e pelas codificações dos séculos XIX, XX e atual, no Brasil e no mundo, de contratos com atividade em proveito alheio e de contratos associativos, cooperativos, de parceria e de comunhão de escopo.

Entendemos, de outro lado, que a problematização mais desestruturadora da mesma distinção entre os Convênios da Administração Pública e os Contratos da mesma Administração e os Contratos em geral se origina nos entendimentos que enxergam a relação contratual como totalidade e processo, e, ainda, que ultrapassa a mera relação entre partes/partícipes e se coloca também na perspectiva de terceiros, da sociedade e ordenamento jurídico, e, também, como relação onde temos a afirmação, como elemento central e não meramente subsidiário, da cooperação, colaboração e parceria.

Comprovamos, em terceiro lugar, quando do exame do conceito de obrigações recíprocas²⁰, a insuficiência dos entendimentos que associam obrigatoriamente a mesma noção aos Contratos da mesma Administração e/ou aos

¹⁹ Verifique-se, por exemplo, o art. 48, do Decreto Federal nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986 (DOU de 24/12/1986). O mesmo Decreto foi encontrado no site www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D93872.htm, em 04 de julho de 2004.

²⁰ O mencionado conceito pode ser encontrado, somente para lembrar, no art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública. Na mesma disposição define-se o denominado Contrato da Administração Pública como ajuste em que ocorre “a estipulação de obrigações recíprocas”.

Contratos em geral e que pensam ou sugerem a ausência da mesma nos Convênios da Administração Pública.

As insuficiências dos mencionados exames decorrem, de um lado, do fato de que, nos Contratos da Administração Pública e nos Contratos, nem sempre as obrigações são semelhantes e equivalentes, de que nem todos os contratos são onerosos, bilaterais e/ou comutativos, como demonstram a ampla aceitação da existência de contratos gratuitos, unilaterais e/ou onde está ausente a comutatividade, pela doutrina e pelas codificações do séculos XIX, XX e atual, no Brasil e no mundo.

Julgamos, de outro lado, que a fragilidade dos argumentos se deve também ao fato de que a realidade dos Convênios da Administração Pública, no Brasil, apontar para a existência nos mesmos tanto de situações de ausência de obrigações recíprocas, como de circunstâncias onde temos a presença das mesmas obrigações.

Evidenciamos, em quarto lugar, o equívoco da visão que julga, por diversos caminhos, os Convênios da Administração Pública como pactos de natureza precária.

Discordamos de que ocorra a referida precariedade nos ajustes de natureza convencional, de um lado, a partir de considerações de que nos mesmos estão ausentes ou existem de forma instável a composição e o acordo de vontades, e, ainda, a vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual,²¹ geradora de direitos, deveres, obrigações, pretensões, responsabilidades, ações, sanções e/ou penalizações, bem como que entendem os mencionados ajustes, ou parcela dos mesmos, como meras declarações, protocolos, pautas e/ou acordos de intenções, programáticos e/ou políticos.

Entendemos que os princípios, normas estritas e valores presentes na Constituição de 1988, com destaque para o artigo 37, caput e incisos XXI e §§ 4º, 5º e 6º, o art. 70, caput e parágrafo único, o art. 71, caput, incisos II, VI, VIII e XI, e o art. 199, § 1º, e, também, os seus desdobramentos no âmbito infraconstitucional, na

²¹ Lembramos que no art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, também conceitua o cognominado Contrato da Administração Pública como ajuste onde haja “acordo de vontades para a formação de vínculo”.

sua dimensão legal, regulamentar ou administrativa,²² problematizam seriamente os exames antes referidos, na medida que criam um grande número de condicionamentos que incidem sobre os ajustes públicos em geral, inclusive os Convênios da Administração Pública. Os condicionamentos mencionados tornam implausíveis exames que não apontam no sentido de os ajustes convenientes se constituírem como fatos jurídicos que adentram o mundo jurídico e, ainda, estabelecem relações/vinculações jurídicas e obrigacionais, como regra, no plano da existência, da validade e da eficácia, do que derivam, em princípio, direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilizações, sanções e/ou penalizações.

De outro lado, destacamos que têm impacto relevante sobre as conclusões que esboçamos em relação aos Convênios da Administração Pública e congêneres, a nítida superação, nos dias atuais, dos entendimentos que concebem para as normas constitucionais uma dimensão onde estão ausentes a normatividade e/ou a juridicidade e para as quais se atribui um caráter restritamente político e/ou programático. Julgamos, como decorrência dos entendimentos indicados, não serem aceitáveis compreensões, dentre outras, que restrinjam a normatividade, a

²² Destacamos o estabelecido na normatização legal, regulamentar ou administrativa que trata mais diretamente dos Convênios e congêneres, como é o caso, dentre outras, da Lei Federal nº 8.666/93, Dos Contratos da Administração Pública e das Licitações Públicas, da Lei Federal nº 4.320/64, Do Direito Orçamentário e da Contabilidade Pública, da Lei Complementar Federal nº 101/00, Da Responsabilidade Fiscal, da Lei Federal nº 10.028/00, Dos Crimes resultantes da Inobservância da Lei de Responsabilidade Fiscal, do Decreto-Lei nº 200/67, Da Reforma da Administração Pública Federal, da Lei Federal nº 11.178/05, Das Diretrizes para a Elaboração Orçamentária de 2006, do Decreto Federal nº 93.872/88, e, ainda, da Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios.

Ainda, salientamos o regulado, nos principais Códigos pátrios, e, ainda, na Lei Federal nº 4.717/65, Da Ação Popular, na Lei Federal nº 7.347/85, Da Ação Civil Pública, na Lei Federal nº 8.429/92, da Improbidade Administrativa, na Lei Federal nº 3.164/57, Do Seqüestro e Perda de Bens Adquiridos por Servidor Público por Influência ou Abuso de Cargo ou Função Pública, na Lei Federal nº 3.502/58, Do Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos, Seqüestro e Perda de Bens Adquiridos por Influência ou Abuso de Cargo ou Função, na Lei Federal nº 1.079/50, Da Responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador Geral da República, dos Governadores e dos Secretários dos Estados, no Decreto-lei nº 201/67, da Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores, e na Lei Federal nº 8.443/92, Da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

juridicidade e a responsabilidade nos ajustes públicos de natureza convencional, como também que entendam os mesmos pactos como meras declarações, protocolos, pautas e/ou acordos de intenções, programáticos e/ou políticos.

Igualmente, questionamos entendimentos que enxergam como de natureza precária e instável os Convênios da Administração Pública, diferentemente dos Contratos da Administração Pública e dos Contratos em geral, pela possibilidade de nos primeiros, ao contrário do que nos últimos, serem possíveis a ocorrência de retiradas unilaterais e denúncias.

Julgamos que as mencionadas concepções se demonstram frágeis pela possibilidade de ocorrerem alterações ou “rescisões”²³ unilaterais nos Contratos da Administração Pública, que podem ser considerados como fatores geradores de situações instáveis e prenes de precariedade. Ainda, os mencionados entendimentos se revelam insuficientes também pelas constatações, na doutrina e nas codificações, do Brasil e do mundo, de que existem inúmeros Contratos onde ocorrem resilições unilaterais e denúncias.

Igualmente, evidenciamos, em quinto lugar, a fragilidade dos entendimentos que consideram presentes, como regra, a igualdade e/ou igualdade jurídica entre os partícipes nos Convênios da Administração Pública. Tais exames servem, de um lado, como elemento para estabelecer a distinção dos mesmos com os Contratos da Administração Pública, como também, de outro lado, de critério que colabora para a fixação da precariedade dos mesmos.

Entendemos necessário, tendo como parâmetro breves análises sobre o Federalismo na Alemanha e rápidos exames sobre a Federação Brasileira, buscar viabilizar os novos e positivos preceitos trazidos pela Constituição de 1988, que se orientam no sentido de uma Federação-República que rompa as desigualdades existentes entre os componentes do pacto federativo. O que não pode nos levar, escudados na igualdade e falta de hierarquia jurídica entre os que compõem a Federação, a qualquer subestimação das imensas desigualdades de fato, sobretudo no Brasil, baseadas notadamente no aspecto econômico e financeiro, na medida em que as mesmas ganham incidência concreta sobre os ajustes de natureza convencional,

²³ Anotamos, ao longo do trabalho, o uso impróprio do termo “rescisão”, a partir de exames presentes em qualificada doutrina.

gerando situações de desigualdade de fato e, em muitas situações, de direito no âmbito dos mesmos pactos.

Consideramos que nos Convênios da Administração Pública a desigualdade, de fato e também de direito, ocorre também quando estamos diante, por exemplo, de situações de adesão, onde um dos partícipes tem a possibilidade de definir unilateralmente, o conjunto ou a parte mais relevante, das cláusulas do ajuste. Ainda, constatamos no trabalho que nos Convênios e nos Contratos da Administração Pública os partícipes ficam submetidos a uma ampla variedade de princípios, normas estritas e valores, que, no mínimo, limitam consideravelmente a discussão do conteúdo do ajuste na fase preliminar, tendendo a gerar, em princípio, ajustes com cláusulas definidas e/ou impostas unilateralmente, ou seja, situações de adesão e não paritárias, que ocorrem de forma mais marcante quando temos um pacto entre a Administração Pública e os particulares, mas também quando os partícipes do ajuste forem somente pessoas ou entidades da Administração Pública.

Destacamos, ainda, que as situações de adesão, de falta de paridade e de desigualdade se dão, mesmo que com características particulares, tanto nos Contratos da Administração Pública, como nos Contratos de Direito Privado e nos Convênios da Administração Pública.

Ainda, consideramos que de uma possível verificação da igualdade entre os partícipes nos chamados Convênios da Administração Pública, ou da falta da mencionada paridade, não se deve deduzir maiores conclusões sobre a ocorrência ou não de natureza instável e precária nos mencionados ajustes.

Julgamos que desautorizam a associação das idéias de igualdade entre os partícipes com a precariedade e instabilidade do pacto, a constatação de que temos um reduzido percentual de negativas no sentido da aceitação do recebimento de verbas e das assinaturas dos acordos de natureza convenial, devido cláusulas, condições e normatizações vinculadas aos mesmos ajustes, e, ainda, uma reduzida dimensão, na esfera dos pactos conveniais, de retiradas unilaterais, denúncias e/ou de disputas judiciais.

1.6. DE ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De outro lado, após exames e conclusões que julgamos efetuam uma desestruturação das concepções majoritárias, na doutrina administrativista pátria, sobre a temática Convênios da Administração Pública, a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, como também da visão tradicional relativa à distinção entre os mesmos e os Contratos da Administração Pública e os Contratos, que pensamos apontam para a natureza contratual dos primeiros, fizemos esforço no sentido de fixar algumas das características próprias dos Convênios da Administração Pública e congêneres.

Destacamos, em primeiro lugar, que, tendo como referência sobretudo a doutrina e a prática administrativa nacional, que os Convênios da Administração Pública se caracterizam, nas relações entre os partícipes, pela cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, bem como pela ausência nas mesmas relações, no mínimo, dos elementos lucro, preço e/ou remuneração. Ao mesmo tempo que salientamos que as mesmas definições sobre o caráter dos Convênios da Administração Pública, não são obstáculo para a constatação da existência de outros Contratos associativos, cooperativos, de parceria e de comunhão de escopos e/ou de outros Contratos onde não se faça presente o lucro, o preço e/ou a remuneração.

Definimos os Convênios da Administração Pública, de um lado, como pacto de cooperação, colaboração, coordenação e parceria, em razão de pensarmos que os mencionados conceitos são os que expressam da melhor forma os Convênios na sua forma mais tradicional, que costumam vincular e associar em relação de comunhão pessoas e entidades da Administração Pública e também as mesmas com pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem fins lucrativos.

Destacamos, de outro lado, que os termos cooperação, colaboração, coordenação e parceria são largamente utilizados, na doutrina e prática administrativa, para caracterizar relações e ajustes que se notabilizam pelos elementos associação e comunhão de escopos, como constatamos no presente estudo.

Salientamos que da leitura dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, sobretudo os que se relacionam à organização do Estado e à ordem social,

emergem com nitidez, no mínimo, os conceitos de cooperação, associação e coordenação.²⁴

Igualmente, ressaltamos que a utilização notadamente dos conceitos de cooperação e colaboração decorre igualmente do fato de que a doutrina contemporânea, no Direito Privado e no Direito Público, têm afirmado de forma relevante as citadas noções nas relações obrigacionais e contratuais, como elementos centrais, não somente subsidiários, das mencionadas relações.

Ainda, consideramos os Convênios da Administração Pública, para além de ajustes que se particularizam pela cooperação, colaboração, coordenação e parceria, também como ajustes que se caracterizam pelos elementos auxílio e ajuda, que consideramos podem compreender, dentre outros, as atividades de fomento, os auxílios, as ajudas, os benefícios, as contribuições e as subvenções.

De outra parte, procuramos examinar a adequação e a capacidade de resistência dos muitos conceitos trazidos, notadamente presentes na doutrina e na prática administrativa pátria, como definidores do afastamento dos Convênios da Administração Pública e congêneres, tendo em conta inclusive as inúmeras dimensões que podem tomar os mesmos e, ainda, o ordenamento jurídico e a prática administrativa pátria. Os conceitos de que falamos são, dentre outros, o lucro, o preço, a remuneração, a contraprestação, o pagamento, o patrimônio, a vantagem, o benefício, a renda, o rendimento, o proveito e/ou o ganho

O detalhamento das mencionadas noções, nos levaram a considerar os Convênios da Administração Pública, nas relações entre os partícipes, para além dos elementos cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, como pacto onde encontramos, como traços marcantes e como conceitos resistentes, a ausência do lucro, do preço e/ou da remuneração, compreendidos os mesmos em sua dimensão técnica.

De outra forma, os exames efetuados indicam a fragilidade da utilização genérica e apriorística sobretudo das noções de contraprestação, pagamento, renda, rendimento, patrimônio, vantagem, benefício, proveito ou ganho para distinguir os Contratos dos Convênios da Administração Pública e afastar a utilização dos

²⁴ Anotamos, dentre outros, o art. 23, caput e parágrafo único, o art. 199 e o art. 241 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-1998), da Constituição Federal de 1988.

últimos. As mesmas noções devem ser vistas a luz das situações concretas, principalmente pelo fato de que as mesmas podem, tanto se apresentarem associadas, como dissociadas, dos conceitos de cooperação, colaboração, parceria, auxílio e/ou ajuda, como também das noções de lucro, preço e/ou remuneração. No rumo indicado, entendemos, somente para exemplificar, que receber um recurso e/ou uma verba repassada através de Convênio da Administração Pública pode significar, sim, ter vantagem, benefício, proveito ou ganho, mesmo em situações de ausência do lucro, preço e/ou remuneração. A vantagem, benefício proveito ou ganho pode se dar pelo acréscimo de reconhecimento político, público, profissional, científico, cultural e artístico, como resultado da obra realizada, da pesquisa efetuada, da peça de teatro apresentada e do show musical efetivado, etc.

As análises efetuadas, portanto, aconselham o uso contextualizado e econômico das noções que tanto podem tratar de situações que se vinculam ao instituto jurídico dos Convênios da Administração Pública, como a circunstâncias que os afastam e deslocam.

De outro lado, verificamos que, na esfera dos Convênios da Administração Pública, mas fora das relações entre os partícipes, ocorrem, em diversas situações, relações contratuais com terceiros, onde constatamos, como regra, a incidência dos elementos lucro, preço e/ou remuneração. Entendemos que na ocorrência das citadas circunstâncias é necessário que as mesmas contratações com terceiros sejam precedidas de procedimentos licitatórios públicos ou análogos, de dispensa ou de inexigibilidade²⁵, como também procedimentos de contratação relativos à Administração Pública, obedecendo notadamente aos princípios e dispositivos que orientam a Administração Pública e a Lei Federal nº 8.666/93, das Licitações e dos Contratos da Administração Pública.

Salientamos, em segundo lugar, que os Convênios a Administração Pública também se caracterizam, nas relações entre os partícipes, como pactos onde temos também compromissos e obrigações de destinar recursos, verbas e/ou contrapartidas para a realização do objeto e do ajustado, e, ainda, de utilizar, gerir,

²⁵ Indicam no sentido do exposto, por exemplo, a previsão do art. 116, caput e § 3º, II, da Lei Federal nº 8.666/93, do art. 27, da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, de 1997, Dos Convênios, e do art. 12, inciso XV, da Instrução Normativa da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul de nº 01, de 2005, Dos Convênios.

gerenciar e/ou administrar os mesmos de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, como também que sujeita os partícipes e envolvidos no ajuste a fiscalização, controle e prestação de contas sobre a feitura do objeto e sobre o respeito ao ajustado e ao ordenamento jurídico. Igualmente, pensamos que a estipulação das mesmas particularidades como caracterizadoras dos Convênios e congêneres, não impedem que se possa verificar a existência dos mesmos elementos em outros Contratos.

Consideramos que nos ajustes de natureza convenial temos compromissos e obrigações, no sentido de que, parte ou a totalidade dos partícipes, coloquem à disposição recursos, verbas e/ou contrapartidas, próprios ou de terceiros, geralmente públicos, provenientes principalmente dos concedentes, e/ou, quando couber, dos convenientes, para realizar notadamente o objeto e o ajustado, atendido, se houver, estipulações dos partícipes e regulamentares que se aplicarem ao caso e o previsto no ordenamento jurídico.

Pensamos, ainda, que no acordo referido os mesmos recursos, verbas e/ou contrapartidas, são utilizados, gerenciados e/ou administrados, de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, por parcela ou totalidade dos partícipes, como regra o conveniente, e/ou, ainda, o executor institucional ou a organização encarregada para a gestão, buscando a concretização do objeto e do ajustado, e, também, atendidas as estipulações, quando for o caso, de pessoas ou entidades partícipes, e/ou regulamentar, como também respeitados os princípios, normas estritas (regras), diretivas e valores constitucionais e infraconstitucionais.

Julgamos também que as atividades de fiscalização, de controle e de prestação de contas são elementos fundamentais nos Convênios, congêneres e/ou ajustes e procedimentos de natureza convenial. Destacamos especialmente a fiscalização, o controle e a prestação de contas exercido pelos partícipes e os envolvidos no ajuste. Entendemos, ainda, que as verbas, recursos e/ou contrapartidas trazidas para o acordo convenial, mas também os direitos, deveres, obrigações, pretensões, responsabilidades assumidos em face do ajustado, de regramentos de toda espécie e do ordenamento jurídico, exigem a possibilidade de fiscalização, controle e prestação de contas exercida pelo chamado controle interno (Controladorias, Auditorias ou serviços de contabilidade e de prestação de contas), pelo denominado controle externo (Tribunais de

Contas e Poder Legislativo) e do Poder Judiciário, como também a ocorrência, sempre mais ampla, do exame, da observação e da vigilância da cidadania, da comunidade e/ou popular.

Pensamos, a partir de ampla motivação buscada no plano da teoria, do ordenamento jurídico e da prática administrativa brasileira, que os repasses e transferências de recursos públicos, a título de cooperação, de colaboração, de coordenação, de parceria, de auxílio e/ou de ajuda, devem ser viabilizados, como regra, pelos Convênios da Administração Pública e congêneres, ao mesmo tempo em que descartamos opiniões que consideram que os mesmos repasses e transferências devam ser viabilizados através de Contratos de Doação. Julgamos igualmente que as concepções e práticas administrativas que enxergam os mesmos repasses como meras doações e/ou como recursos a “fundo perdido” trouxeram e trazem, como regra, prejuízos relevantes.

Entendemos que os recursos, verbas e/ou contrapartidas destinadas a título, dentre outros, de fomento social, de auxílios, de ajudas, de contribuições correntes, de subvenções sociais e de bolsas, devem ser, em princípio, viabilizados através de Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou por ajustes e procedimentos de natureza convenial. A condição para tanto é que, nas relações entre os partícipes, fique caracterizada uma vinculação que tenha como elementos que a particularize, além do aqui tratado, a cooperação e associação e, ainda, a ausência de lucro, preço e/ou remuneração, entendidos os mesmos em seu sentido técnico.

Pensamos que a mencionada alternativa convenial predomina notadamente pelo fato de que no fomento social, nos auxílios, nas ajudas, nas contribuições correntes, nas subvenções sociais e nas bolsas pesquisa e estudo, inexistem, nas relações entre os partícipes, situações que gerem a remuneração, o preço e/ou o lucro, embora possam estar presentes nos mesmos as noções, dentre outras, de benefício e vantagem e, inclusive, de acréscimo patrimonial e rendimento.

Igualmente, julgamos que tende a não afastar a utilização dos Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou os pactos e procedimentos de cunho convenial, as relações de natureza indenizatória, como, por exemplo, as verbas pagas a título de auxílio de custo, diárias, transporte e/ou alimentação, pelo fato de que nas referidas relações não temos a remuneração, o preço e/ou o

lucro. Outrossim, destacamos que a hipótese indenizatória está intimamente associada, dentre outras, às noções de custo e preço de custo, com as ressalvas efetuadas aos conceitos de custo técnico-econômico e custo figurativo que incorporam as noções de lucro, juro e/ou remuneração.

Pensamos, em sentido contrário, que os repasses de verbas, os auxílios e as ajudas, que tenham natureza remuneratória, deslocam a utilização dos Convênios, congêneres e/ou os ajustes e procedimentos de natureza convencional. Consideramos, por exemplo, que têm caráter remuneratório, por exemplo, alguns dos denominados auxílios e ajudas, como também alguns tipos de bolsas.

De outro lado, entendemos que os repasses de verbas públicas, a título de fomento econômico, subvenções econômicas e subsídios econômicos, têm grande possibilidade de não se demonstrarem congruentes com os Convênios da Administração Pública, congêneres e com os ajustes e procedimentos de natureza convencional. Assim julgamos em razão de que nos citados repasses de verbas, nas relações entre os partícipes e beneficiários dos mesmos fomento econômico, subvenções econômicas e subsídios econômicos, embora exista, de regra, a cooperação, a colaboração, a coordenação, a parceria, o auxílio e/ou a ajuda, constatamos, também, em muitas situações, a remuneração, o preço, o juro e/ou o lucro.

Destacamos, em terceiro lugar, que os exames dos chamados Convênios da Administração Pública, a título de cooperação, de colaboração, de coordenação, de parceria, de auxílio e/ou de ajuda, tal como ocorrem no sistema jurídico nacional, bem como na prática administrativa, apontam para a existência de ajustes convenientes, da mesma forma que acontece nos Contratos, onde podemos encontrar situações de bilateralidade e também de unilateralidade, de onerosidade e ainda de gratuidade, de comutatividade e igualmente de ausência das mesmas, de igualdade e também de ausência de paridade, dentre as quais temos as situações de adesão.

Entendemos, no mesmo rumo que está indicado para o Direito Privado, a bilateralidade do ajuste sobretudo como número de partes/partícipes sobre as quais recai dever jurídico e a unilateralidade do acordo quando somente uma parte/partícipe tem dever jurídico. Ainda, compreendemos que a onerosidade existe no acordo quando o conjunto das partes/partícipes possui ônus, o que não significa obrigatoriamente a existência de lucro, preço e/ou remuneração entre os mesmos,

enquanto a gratuidade ocorre quando uma das partes/partícipes não tem ônus. Igualmente, consideramos que a comutatividade ocorre quando temos entre os partícipes a semelhança ou equivalência de obrigações, como também ausente à comutatividade em situações de inexistência das mesmas. Ainda, pensamos possível a existência de igualdade quando ocorre uma situação de paridade entre as partes/partícipes e que a igualdade não existe quando a paridade está ausente nas relações entre os partícipes, como ocorre, dentre outras, nas situações e ajustes de adesão.

1.7. A NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Salientamos, em quarto lugar, que a natureza contratual dos Convênios da Administração Pública é decorrência, de um lado, de argumentos e constatações aqui trazidos que desestruturam os elementos que sustentavam as noções de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e Ato Coletivo em contraposição ao conceito de Contrato, quais sejam, dentre outras, as dicotomias antagonismo ou convergência de interesses, objetivos e resultados, obrigações recíprocas ou ausência das mesmas, vinculações jurídicas e obrigacionais ou inexistência/instabilidade das mesmas, estipulações de direitos, deveres, obrigações, pretensões, responsabilidades, ações, sanções e penalizações ou falta/precariedade das mesmas. Destacamos, de outro lado, que a ampla maioria da doutrina e as codificações dos séculos XIX, XX e atual efetuam a denominada ampliação do conceito de contrato e definem o mesmo, por exemplo, como acordo para produção de efeitos jurídicos notadamente entre as partes/partícipes, que obtenha reconhecimento ou que não tenha oposição do ordenamento jurídico.

Recordamos que a negação da natureza contratual também tem origem em frágeis exames que vêem a precariedade e instabilidade nos Convênios da Administração Pública também como decorrência da possibilidade de ocorrer nos mencionados pactos a retirada unilateral e a denúncia, ao contrário do que aconteceria nos Contratos Administrativos e dos Contratos em geral. Quando verificamos que, seguidos as referências estipuladas para os Convênios, poderíamos enxergar instabilidade e precariedade nos Contratos acima enunciados.

Assim poderia ser entendido, de um lado, pela possibilidade de modificação e “rescisão” unilateral nos Contratos da Administração Pública e, de outro lado, pela existência de inúmeros Contratos onde se fazem presentes a rescisão unilateral e a denúncia.

Igualmente, a precariedade e instabilidade dos Convênios da Administração Pública, nas relações entre partícipes, ficam desmentidas pelo reduzido número de negativas, no sentido de aceitar a transferência de recursos através dos mesmos pactos e de assinatura dos mencionados ajustes, tendo em vista cláusulas, condições e regramentos que se vinculam aos citados ajustes, mas também como decorrência da constatação, nos mencionados vínculos, de um baixo percentual de denúncias, retiradas unilaterais, resoluções, “rescisões” e de disputas judiciais nos mesmos.

Ainda, verificamos a tentativa de distinção dos Convênios da Administração Pública com os Contratos da Administração Pública a partir de análises que enxergam relações de igualdade, de fato e/ou de direito, entre os partícipes dos primeiros, ao contrário do que se daria com os segundos. Julgamos que as referidas análises não subsistem à realidade dos pactos de natureza convenial, afetados de forma ponderável pelas relações desiguais existentes no âmbito da Federação brasileira e/ou pelas situações de adesão que permitem a falta de paridade e, ainda, a desigualdade, de fato e/ou de direito, entre os partícipes do citado ajuste.

A artificialidade dos argumentos decorrem também da constatação de que a desigualdade e ausência de paridade entre os partícipes, como também as situações de adesão, podem ser encontradas, resguardadas as peculiaridades e dimensões próprias dos diferentes tipos de ajustes, tanto nos Contratos da Administração Pública, como nos Contratos de Direito Privados e nos Convênios da Administração Pública.

Pensamos também que de uma possível constatação da igualdade entre os partícipes nos chamados Convênios da Administração Pública, ou da ausência da mesma, não se deve inferir sobre a ocorrência ou não de natureza instável e precária nos citados pactos.

Recordamos, robustecendo ainda mais a idéia da natureza contratual dos Convênios da Administração Pública, que os próprios elementos presentes nos acordos como traços fundamentais particularizadores, não impedem o

reconhecimento de que os citados elementos existem também, de diferentes formas, em diversos Contratos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Destacamos, em quinto lugar, que a desestruturação dos exames que consideram os Convênios da Administração Pública como acordo, pacto ou ajuste de natureza não contratual, não significa desconhecer que os mesmos possuem regime jurídico próprio, diferente, por exemplo, dos cognominados Contratos da Administração Pública ou das Concessões Públicas.

1.8. DO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entendemos que são características fundamentais que particularizam e estabelecem uma identidade dos Convênios da Administração Pública e congêneres, dentre outras: a ocorrência, nas relações entre os partícipes, da cooperação, da colaboração, da coordenação, da parceria, do auxílio e/ou da ajuda e, ainda, a ausência de lucro, de preço e/ou de remuneração; o compromisso e obrigação notadamente de parcela ou da totalidade dos partícipes no sentido de destinar recursos, repassar verbas e/ou efetuar contrapartidas para realizar o objeto e o ajustado; o compromisso e obrigação, de regra, de parte ou de todos os partícipes de utilizar, gerir, gerenciar e/ou administrar os mesmos recursos, verbas e/ou contrapartidas, de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, a partir dos parâmetros traçados pelo acordado, pelas regulações estabelecidas como aplicáveis ao pacto e pelos princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais; a submissão às fiscalizações, aos controles e/ou as prestações de contas das pessoas e entidades partícipes e das que se envolverem nos ajustes, através, por exemplo, dos controles efetuados pelos partícipes e pelos envolvidos no ajuste, pelo controle interno (Controladorias, Auditoriais, serviços de contabilidade e de prestação de contas), pelo controle externo (Tribunais de Contas e Poder Legislativo), pelo Poder Judiciário e, ainda, pela cidadania, pela sociedade e pelo povo.

Anotamos, porém, que as citadas definições, as identidades principais verificáveis nos Convênios da Administração Pública e congêneres, bem como o regime próprio dos mesmos, não são obstáculo para a constatação da existência de

outros Contratos onde ocorrem, com os mais diversos traços e dimensões, os elementos que caracterizam os primeiros.

1.9. ALGUNS TEMAS SOBRE OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DOS PARTICÍPES, DA CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES PARA A GESTÃO E DAS LICITAÇÕES E PROCEDIMENTOS ASSEMELHADOS

Salientamos, após, alguns poucos temas de uma forma mais específica, tratando da questão dos partícipes nos Convênios da Administração Pública e congêneres e, ainda, da possibilidade de se criar organizações para a gestão dos mencionados ajustes, como também sobre a necessidade da licitação pública ou de procedimentos assemelhados nos referidos pactos.

Destacamos, em primeiro lugar, quando nos referimos a questão dos partícipes, que julgamos normal e aceitável que a maioria dos Convênios da Administração Pública e congêneres ocorra entre pessoas e entidades vinculadas à Administração Pública, especialmente no que se diz respeito às pessoas e entidades da Administração Pública Federal e dos Estados.

Pensamos, porém, não serem razoáveis entendimentos que excluam ou limitem de forma drástica a possibilidade dos mesmos ajustes ocorrerem com particulares. Salientamos, no rumo indicado, a existência de reconhecimento da possibilidade dos Convênios envolverem particulares, no regramento constitucional, infraconstitucional e administrativo pátrio.²⁶

²⁶ Destacamos no sentido apontado o estabelecido, somente para lembrar, no art. 199, § 1º, da Constituição Federal, no art. 116, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações Públicas e dos Contratos da Administração Pública, no art. 12, § 2º, e § 3, inciso I, e no art. 16, da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, Do Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública, no art. 31 a 35 da Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, Das Diretrizes Orçamentárias de 2006, no art. 1º, § 1º, incisos III, IV e V, da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, de 15 de janeiro de 1997 (DOU 31/01/1997) e no art. 2º, incisos IV, V e VI, da Instrução Normativa da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul nº 01, de 15 de março de 2005 (DOE-RS 15/03/2005).

Igualmente, destacamos a existência inúmeras restrições no ordenamento jurídico nacional para a feitura de Convênios com entidades de fins lucrativos²⁷. O que não significa, no nosso entendimento, a exclusão da possibilidade ocorrerem Convênios com entidades ou empresas de fins lucrativos, em situações que as mesmas atuem em colaboração e parceria com a Administração Pública e não busquem o lucro, o preço e/ou a remuneração.

Ainda, constatamos que os Convênios da Administração Pública devem ser afastados, mesmo entre pessoas e entidades da Administração Pública, quando na relação entre os partícipes ocorrerem notadamente o preço e/ou a remuneração.

De outra forma, verificamos a existência de restrições no que se refere à realização de Convênios e similares com pessoas físicas, na medida em que constatamos, em estipulações constitucionais, infraconstitucionais e administrativas, a menção, por exemplo, a “instituições privadas”²⁸, a “organizações interessadas”²⁹ ou “organizações particulares”.³⁰ Defendemos a compreensão de que, a despeito da existência, em muitas ocasiões, de inegáveis inconvenientes da Administração Pública efetuar ajustes de natureza convenial com pessoas físicas, os mesmos não podem ser afastados num grande número de situações.

Tomamos conhecimento, em segundo lugar, de significativo debate e das mais variadas opiniões, quando se trata da possibilidade de se criar organizações para a gestão dos Convênios da Administração Pública.

Pensamos que as soluções devem ser flexíveis, respeitando a autonomia das escolhas efetuadas pelos partícipes e pelas comunidades envolvidas, pelo fato

²⁷ Ressaltamos que indicam no rumo citado as estipulações presentes, somente para anotar, no art. 199, § 2º, da Constituição Federal, no art. 12, § 3, inciso I, e no art. 19, da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, Do Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública, e no art. 31 a 35 da Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, Das Diretrizes Orçamentárias de 2006.

²⁸ A formulação pode ser encontrada no art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

²⁹ Verificamos, no sentido apontado, o art. 116, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos Administrativos.

³⁰ Constatamos, no rumo indicado, o art. 1º, § 1º, incisos III, IV e V, da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, de 15 de janeiro de 1997.

dos mesmos instrumentos serem utilizados para os mais variados objetos, finalidades, envolvendo partícipes, situações e valores de diferentes dimensões. Somos favoráveis a que em cada instrumento convenial, quando se entender indispensável estabelecer uma organização comum dos partícipes para a gestão dos Convênios, se especifique a mesma necessidade, como também a forma como a mesma se dará.

Julgamos que o respeito às opções dos partícipes e das comunidades estão condicionados a obediência ao pactuado e ao ordenamento jurídico. Ainda, pensamos que, na hipótese, não se deve admitir qualquer burla aos princípios e normas de Direito Público e da Administração Pública, a fuga ao controle, fiscalização e prestação de contas para a Administração, para o Parlamento, para o controle interno (Controladorias, Auditorias e serviços de contabilidade), para o controle externo (Tribunais de Contas), como também para a cidadania e para a comunidade.

Questionamos, em terceiro lugar, quando é tratada a questão das licitações públicas e dos procedimentos assemelhados nos Convênios da Administração Pública, os pontos de vista, presentes de forma majoritária na doutrina nacional, que sustentam peremptoriamente a desnecessidade de licitação nos mesmos ajustes.

Constatamos, de um lado, que grande número dos exames que sustentam a desnecessidade de licitação nos pactos conveniais têm umbilical vinculação com as concepções doutrinárias que estabelecem a diferenciação dos Contratos com os Convênios e, também, dos Contratos com os Acordos, Convenções, Pactos, Atos Complexos e Atos Coletivos. Entendemos que a desestruturação efetuada pelos nossos exames fragiliza de forma relevante os mencionados pontos de vista.

De outra forma, entendemos necessário objetar alguns argumentos que se fizeram constantes nas análises antes citadas. Pensamos, por exemplo, que: a mútua colaboração entre os partícipes em muitas situações não impede e/ou inviabiliza e/ou torna inaplicável a competição; a existência de interesse comum não singulariza obrigatoriamente o objeto, nem torna sempre a finalidade tão específica, direta e determinada que impossibilite a participação de outros interessados; a inexistência de lucro, preço, remuneração e/ou interesse patrimonial entre os partícipes, não impede a existência de concorrência e competição entre as

propostas, e nem inviabiliza a possibilidade de comparação e seleção da melhor e mais qualificada das propostas.

Julgamos que na maioria das situações é possível a comparação e seleção entre diversas propostas, mesmo inexistindo o preço, a remuneração e/ou lucro. Em decorrência do que julgamos que sempre que o resultado e a finalidade do Convênio puderem ser alcançados por várias pessoas ou entidades, públicas ou privadas, e/ou existirem vários candidatos a conveniente, diversos interessados em participar do ajuste, é necessário que se efetue licitação e/ou procedimentos assemelhados, simplificados ou não, para definir com quem será estabelecida a cooperação, a colaboração, a coordenação, a parceria, o auxílio e/ou a ajuda, como forma a se garantir a competição, e, ainda, a observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como também o atendimento dos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação a um instrumento convocatório e do julgamento objetivo das propostas apresentadas.

Entendemos que as exceções ao dever de licitar devem ficar restritas, mesmos nos Convênios da Administração Pública, às hipóteses, no que couber, de inexigibilidade e de dispensa, necessariamente justificadas, transparentes e públicas.

Julgamos, porém, que não podem persistir dúvidas, no que se refere aos Convênios da Administração Pública, quanto à necessidade de licitar ou de efetuar procedimentos análogos ou assemelhados, no mínimo, nas contratações ocorridas junto a terceiros que não sejam partícipes, quando da execução e do cumprimento do ajustado nos pactos de natureza convenial.³¹

1.10. A PRETENSÃO DE CONTINUAR OS ESTUDOS SOBRETUDO EM RELAÇÃO AO TEMA CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E

³¹ Salientamos, no rumo indicado, o que consta no artigo 116, § 3º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, no art. 27, da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01/1997, de 15 de janeiro de 1997 (DOU 31.01.1997) e no art. 10, inciso II, letra “f”, da Instrução Normativa da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul nº 01, de 15 de março de 2005 (DOE-RS 15/03/2005).

CORRELATOS E, AINDA, TRABALHAR COM QUESTÕES COMO O FOMENTO PÚBLICO E AS SUBVENÇÕES PÚBLICAS

Destacamos a nossa pretensão de, na seqüência da presente Dissertação, realizar trabalhos e estudos, em primeiro lugar, para tratar e enfrentar de forma mais particularizada muitos outros pontos sobre o tema Convênios da Administração Pública e congêneres.

O objetivo é principalmente sistematizar e opinar sobre as temáticas mais específicas que envolvem os Convênios da Administração Pública e congêneres, aqui abordados, como regra, de uma forma muito geral, como forma de favorecer a discussão dos mesmos assuntos, e, também, fornecer elementos para a fixação de regulações jurídicas, no âmbito legal, regulamentar e/ou administrativo, que superem o tratamento limitado e fragmentário que ocorre atualmente na matéria. Assim pretendemos inclusive pela compreensão de que tais situações, de um lado, criam dificuldades, não poucas vezes, para os que desejam atuar de forma correta e regular, e, de outro lado, favorecem os que utilizam as lacunas doutrinárias, legais, regulamentares e/ou administrativas para perpetrar toda espécie de agressões aos princípios, normas estritas e valores que conformam o Direito Público e o nosso ordenamento jurídico.

No mencionado trabalho pretendemos detalhar e especificar temas vinculados aos Convênios da Administração Pública, dando mais conseqüência e aplicação aos princípios, normas estritas (regras), valores e diretivas constitucionais e infraconstitucionais, como também, dentro da perspectiva citada, dizer o que cabe ou não das disposições da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, para os pactos de natureza convenial.

Salientamos, em segundo lugar, o nosso propósito de aprofundar o estudo da doutrina estrangeira e das experiências internacionais sobre o assunto Convênios da Administração Pública, que foram tratadas na presente Dissertação de forma incidental e breve.

Ainda, ressaltamos, em terceiro lugar, a nossa intenção de trabalhar algumas temáticas que se relacionam ao objeto do presente estudo, quais sejam, notadamente os assuntos fomento público e subvenções públicas, à luz da doutrina e da experiência nacional e estrangeira, que foram abordados no presente trabalho de passagem e rapidamente.

Igualmente, pensamos que algumas matérias devem merecer uma atenção maior de nossa parte. Destacamos, dentre outros, os seguintes objetos: os Consórcios Públicos, os Contratos de Consórcio Público e os Contratos de Programa (Lei Federal nº 11.105/05); as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e os Termos de Parceria (Lei Federal nº 9.790/99); as Organizações Sociais e os Contratos de Gestão (Lei Federal nº 9.637/98); as transferências fundo a fundo e os ajustes e procedimentos simplificados de natureza convencional.

2. DOS PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS E INTERPRETATIVOS

Pretendemos aqui afirmar, mesmo que com brevidade, alguns entendimentos fundamentais notadamente na esfera metodológica e interpretativa, que foram colhidos, como regra, em ampla e qualificada doutrina, a despeito de assumirmos a inteira responsabilidade pelo que enunciamos no presente trabalho.

Julgamos que os mesmos exames e entendimentos, servem, como regra, de parâmetro para o exame e a valoração de fenômenos, fatos, atos e negócios jurídicos. Pensamos que as mencionadas compreensões são de grande utilidade também para as situações jurídicas que envolvem o instituto jurídico dos Convênios da Administração Pública, onde enfrentamos um tema com regramentos que se demonstram insuficientes, lacunosos e fragmentários.

2.1. DO PRIMADO DO SISTEMA/ORDENAMENTO JURÍDICO, TENDO A CONSTITUIÇÃO COMO SEU PONTO MAIS ELEVADO

O primeiro entendimento que queremos sustentar é o do primado do sistema/ordenamento jurídico, tendo a Constituição como o seu ponto mais elevado. A mencionada compreensão exige sejam os fenômenos jurídicos verificados à luz do conjunto do sistema/ordenamento e da Carta Magna, buscando verificar os princípios, normas estritas (ou regras), valores e diretivas presentes, bem como visando estabelecer a definição, classificação e hierarquização de sentidos, finalidades e diretivas encontradas.

Nas análises referidas temos o princípio da unidade, que estipula também a relevante obrigação de exames que estejam atentos à ligação das diversas parcelas do sistema/ordenamento jurídicos e da Constituição, uma vez que as partes não existem apartadas, incomunicáveis ou dissociadas do conjunto.

A idéia da primazia do sistema/ordenamento, tendo a Carta Magna como seu ápice, deriva, de um lado, do reconhecimento de que a ordem jurídica compõe uma unidade, apesar da multiplicidade de áreas que abarca e, de outro, da

admissão da superioridade hierárquica dos dispositivos constitucionais, como também decorre da exigência de respeito ao Estado Democrático de Direito tal como moldado pelo Constituinte e/ou pelo Legislador.

Claus-Wilhelm Canaris, após destacar a idéia de sistema em uma série de significativos pensadores, constata, num primeiro momento, que das mesmas contribuições surgiram afirmadas as idéias de ordenação e unidade, para, num segundo momento, afirmar o sistema como ordem axiológica ou teleológica. Com o direcionamento referido temos as lições que seguem:

Há duas características que emergiram em todas as definições de sistema: a de ordenação e a da unidade.(...) No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este fator modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir a uns quantos princípios fundamentais. (...)

Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica (...).¹

Ensina Norberto Bobbio que:

1. Novidade do problema do ordenamento

Esta obra se liga diretamente à anterior **Teoria da Norma Jurídica**². Uma e outra formam em conjunto uma completa Teoria do Direito, principalmente sob o aspecto formal. No primeiro livro havia estudado a norma jurídica, isoladamente considerada; neste, estudaremos aquele conjunto ou complexo de normas que constituem o ordenamento jurídico.

¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução Menezes de Cordeiro. 2ª. edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 12, 13 e 66. 311 p. Original alemão: *Sistemdenken Und Systembegriff In Der Jurisprudenz*, 2. Auflage, 1983. Duncker Un Humblot. Berlin.

² BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Arani Bueno Sudatti. 2ª edição. São Paulo: EDIPRO, 2003. 192 p. Título original: *Teoria della Norma Giuridica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

A exigência da nova pesquisa nasce do fato de que, na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (...).

4. Construção escalonada do ordenamento

A complexidade do ordenamento, sobre a qual chamamos atenção até agora, não exclui sua unidade.³

Juarez Freitas, referindo-se ao sistema jurídico como rede axiológica e hierarquizada de princípios, normas estritas (regras) e valores, assim como se encontram na Constituição, entende que:

O primeiro grande desafio hermenêutico consiste em desenvolver, ainda que de maneira aproximada, um conceito de sistema jurídico, à base do qual se torne plausível iluminar o processo de interpretação normativa, desvendando-o. (...)

Em contrapartida, força admitir, sem abstração do mundo real, a imprescindibilidade ineliminável de consistência lógica do ordenamento jurídico, de sorte a dele se procurar ter uma percepção conceitual harmônica no que tange à concatenação de princípios, normas estritas (ou regras) e valores, fazendo-os ora complementares, ora mútua e parcialmente excludentes. Todavia, em todos os casos, pondo-os em consonância com as mutações históricas, ao lado de atentar para os imperativos (deontológicos e axiológicos, nada obstante as distinções) de coerência e de unidade (...).⁴

Entende Juarez Freitas superada a rígida dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, dentre outros entendimentos, pela constatação da superação de abordagens unilaterais e de que o sistema jurídico é um só e, ainda, pela verificação do avanço do fenômeno da constitucionalização do Direito. O jurista referido diz que:

10.1. Dialética entre Direito público e Direito privado

Prosseguindo com o ânimo de elencar possíveis efeitos da interpretação tópico-sistemática, devidamente assimilada em sua condição dialética,

³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Cláudio De Cicco. 2^a. reimpressão. São Paulo: Polis; Brasília: Editora UNB, 1991, pp. 19 e 48. 184 p. Título original: *Teoria Dell'Ordinamento Giuridico*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1982.

⁴ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4^a. edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 25, 29 e 30. 328 p.

convém aduzir que o seu exercício conduz à transcendência da dicotomia rígida e algo anacrônica entre o Direito público e o Direito privado, dicotomia essa que, na perspectiva adotada, não apresenta maior consistência em face da superação de abordagens unilaterais e em virtude da compreensão de que o sistema jurídico é um só, compreensão facilitada, sobremaneira, pelo fenômeno da constitucionalização do Direito.⁵

José Joaquim Gomes Canotilho, no exame do princípio da unidade da Constituição, anota que:

(...) o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...). Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema unitário (...).⁶

Lembra Celso Ribeiro Bastos, abordando igualmente o princípio da unidade da Constituição, que “as normas constitucionais devem sempre ser consideradas coesas e mutuamente imbricadas” e que “não se poderá jamais tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma”.⁷

A aceitação da unidade do sistema/ordenamento não afasta o reconhecimento da imensa e intrincada multiplicidade de objetos tratados pela ordem jurídica.

Luís Roberto Barroso, tratando da unidade da ordem jurídica e do princípio da unidade da Constituição, anota que:

A despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência da natural soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito do seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado em sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupõe-se reciprocamente. O elo de

⁵ FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª. edição. Op. cit., pp. 225 e 227.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.149. 1.414 p.

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 103. 191 p.

ligação entre esses elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.⁸

De outro lado, estamos convencidos das grandes limitações e das nefastas conseqüência de análises que subestimam a primazia do sistema/ordenamento jurídico e centradas predominantemente no exame dos princípios, normas estritas (regras) e valores jurídicos verificados isoladamente ou estudados restritamente no âmbito de ramos do Direito ou de “microssistemas”⁹ do mesmo, como também referenciadas no elemento particular ou no fragmento do mesmo sistema/ordenamento. As questões suscitadas e as situações gestadas pelos exames restritamente ou demasiadamente enfocados no singular terminam por exigir uma visão ordenada e sistemática do Direito.

Ressalta Eros Roberto Grau que “não se interpreta o direito em tiras”, ou seja, “não se interpretam textos de direito, isoladamente, mas sim o direito, no seu todo”.¹⁰ Destaca Ricardo Aronne que “a *ratio* de qualquer área do Direito – seja o tributário, o penal, o administrativo, seja qualquer outra área – não pode estar em descompasso com o todo, e o mesmo deve acontecer com o Direito Civil”.¹¹

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 181. 300 p.

⁹ As noções de descodificação e microssistema foram desenvolvidas notadamente por Natalino Irti e trazidas para a doutrina pátria pioneiramente por Orlando Gomes.

Veja-se: IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4ª. Edizione. Milano: Giuffrè, 1999. 220 p.; e, ainda, GOMES, Orlando. A Agonia do Código Civil. In: **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, nº 7, 1988, pp.1 e seguintes.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113. 226 p.

No mesmo sentido, temos: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. 7ª. edição. São Paulo: Malheiros: 2002, pp. 194-195. 383 p.

¹¹ ARNONE, Ricardo. **Por Uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados**: Das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 91. 454 p.

Pietro Perlingieri, tratando do tema Realidade Social e Ordenamento, como também dos temas Constituição, Código Civil, Descodificação, Fragmentação em Microsistemas, Valores Fundamentais da República, dentre outros, ensina que:

(...) O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos micoordenamentos e em diversos microsistemas, com ausência de um desenho global. (...) O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre o poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos.¹²

Entende Gustavo Tepedino, quando aborda as premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, como “politicamente indesejável” e inadmissível “diante da realidade constitucional”, uma visão polissistêmica e fragmentária do sistema jurídico, com pretensão de constituir universos e microsistemas isolados e independentes, e tida como “reflexo da inelutável multiplicação de grupos sociais em ascensão, de corporações e centros de interesse novos e diversificados que passaram a habitar o universo jurídico”.¹³

Retrata Ricardo Luis Lorenzetti os perigos dos exames restritamente polissistêmicos e fragmentários do sistema jurídico, que conduzem “à perda da globalidade” e da “pretensão de regular a sociedade em seu conjunto”.¹⁴

Ricardo Luis Lorenzetti, examinando a temática casuísmo e sistema, lembra que:

¹² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6. 369 p. Título original italiano: Profili del Diritto Civile. Nápoles: Edizione Schientifiche Italiane, 1994.

¹³ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 12 e 13. 527 p.

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora RT, 1998, p. 57. 613 p. Título original: Las Normas Fundamentales de Derecho Privado. Santa Fé, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, 1995.

O pensar sistemático parte de uma totalidade, já o pensamento casuístico procede de modo inverso, pode contar com conhecimentos fragmentários. O primeiro foi criticado por racionalista e desvinculado do caso e do mundo real. (...)

A análise de casos é enriquecedora e realista, porém pode levar ao caos social, se a única perspectiva são os interesses dos indivíduos. É necessário saber que benefícios ou prejuízos sofre no conflito bilateral o terceiro ausente, que é a sociedade, o que torna imprescindível dispor de uma perspectiva sistemática. (...).¹⁵

Outrossim, nos ensinamentos de Juarez Freitas, além do dever racional de efetuar a ordenação sistemática, é fundamental que se tenha em conta, quando tratarmos do conceito de sistema, a contemporânea afirmação da razão dialógica e do paradigma da complexidade, do que decorre que “mais e mais convém que o Direito seja visto como um sistema geneticamente aberto e, pois, como potencialmente contraditório, normativa e axiológicamente”.¹⁶ O mesmo autor aponta como forma de superar a potencialidade contraditória, normativa e axiológica, do sistema, a aplicação notadamente da hierarquização axiológica, que ordena, “a prevalência, no caso concreto, do princípio axiológicamente superior, mesmo no conflito (à primeira vista) apenas de regras”, ao mesmo tempo que valoriza o emprego também dos “princípios ou subprincípios hermenêuticos da unidade, da concordância prática, da proporcionalidade, da valorização da relevância dos pontos de vista, da eficácia integradora e da força normativa da Constituição”.¹⁷

De outro lado, julgamos que o entendimento do primado do sistema/ordenamento jurídico, tendo com como vértice a Constituição, não queda abalado por determinados exames “pós-modernos” que entendem superados ou obsoletos na época atual, como resultado de uma realidade complexa, múltipla, plural e fragmentada, as sistematizações e as sínteses de maior significação, com pretensão de afirmar na sociedade, dentre outros, os valores da razão, da pessoa e da justiça.

¹⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Op. cit., p. 80.

¹⁶ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª edição. Op. cit., pp. 48-49.

¹⁷ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª edição. Op. cit., pp. 124-130.

Ainda, anotamos que nos dias que correm podemos estar construindo como vértice do sistema/ordenamento jurídico, além da Carta Magna de um país, também a Constituição de uma área continental, como se esboça no caso europeu.

José Joaquim Gomes Canotilho lembra, por ocasião de Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho, que algumas correntes pós-modernas “acreditam pouco numa directividade normativa, numa directividade do centro, e acreditam mais num esquema difuso”.¹⁸

Anota o mestre português, discutindo a eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno, que:

A idéia de *Drittwirkung* ou de eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projeto da modernidade: modelar a sociedade civil segundo os valores da razão, justiça, progresso do Iluminismo. Este código de leitura – pergunta-se – não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções múltiplas e débeis da pós modernidade? Coloquemos entre parêntesis a caracterização de pós-modernidade (alguém sabe?). (...) Por que a imperatividade da *equal protection clause* em vez da singularidade e das diferenças nas relações humanas, justificativas do triunfo da negociação, da flexibilidade, da adaptabilidade e da permissividade? É bem de ver que estas interrogações pressupõem já um outro mundo: o da absolutização das diferenças e da singularidade, o da complexidade, da indeterminação e do relativismo! Numa palavra: o mundo da pós-modernidade. Mas não é só. É também o mundo do globalismo e da arbitragem, da desestatização e da privatização da ordem liberal mundial da bolsa e do comércio. Poderá ainda a ordem normativo-constitucional e dos respeitáveis valores da razão, da pessoa e do progresso abarcar a desordem, a indeterminação, a globalização e o diferencialismo?¹⁹

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Canotilho. Intervenção na Jornada sobre Canotilho e a Constituição Dirigente, promovida pela Universidade Federal do Paraná. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizador); participantes Agostinho Ramalho Marques Neto... [et al.]. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14. 144 p.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? - A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros Roberto; e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 108-115, p. 114. 557 p.

Entendemos que, nos dias atuais, é possível, desejável e mesmo uma obrigação apostar na possibilidade de ser alcançadas sistematizações e sínteses jurídicas de maior relevância e significação, com o objetivo de processualmente fazer avançar, no âmbito de países e/ou de áreas continentais e/ou mundialmente, os valores, dentre outros, da razão, da pessoa e da justiça, mesmo diante de uma realidade complexa, múltipla, plural e com acentuados graus de diversidade e enfrentando mecanismos e interesses poderosos.

Lembramos que Edgar Morin sustenta adequadamente a necessidade do pensamento complexo, aberto, dialógico, multidimensional, democrático, crítico/auto-crítico e racional e faz contundentes objeções ao pensamento reducionista, simplificador, fechado, monológico, unidimensional, autoritário, domesticado, auto-suficiente e/ou racionalizador, e, ainda, constata a imensa ausência de adequação “entre, de um lado, saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro, as realidades ou problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários”.²⁰

O mesmo autor entende de forma pertinente como manifestação do pensamento simplificador a incapacidade de “conceber a conjunção do uno e do múltiplo (*unitas multiplex*): ou ainda unifica abstratamente ao anular a diversidade, ou, pelo contrário, justapõe a diversidade sem conceber a unidade”.²¹ Ainda, pensando a relação indivíduo/sociedade/democracia, considera que “Indivíduo e Sociedade existem mutuamente” e que “a democracia favorece a relação rica e complexa indivíduo/sociedade, em que os indivíduos e a sociedade podem ajudar-se, desenvolver-se, regular-se e controlar-se mutuamente”.²²

²⁰ MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya, revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2000, p. 36. 118 p. Título original: *Les Sept Savoirs Nécessaires à l'Éducation du Futur*. Paris: UNESCO, 1999.

²¹ MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Tradução Dulce Matos. 3ª. edição. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 18. p. 137 p. Título original: *Introduction à la pensée complexe*. Paris: ESF, 1990.

²² MORIN, Edgar. MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. Op. cit., p. 107.

Edgar Morin pensa necessário, julgamos que adequadamente, a construção de sistematizações e sínteses de maior relevo, quando especifica os princípios do conhecimento pertinente. O insigne pensador anota que:

Existe um problema capital, sempre ignorado, que é o da necessidade de promover o conhecimento capaz de apreender problemas globais e fundamentais para neles inserir os conhecimentos parciais e locais.

A supremacia do conhecimento fragmentado de acordo com as disciplinas impede freqüentemente de operar o vínculo entre as partes e a totalidade, e deve ser substituída por um modelo de conhecimento capaz de apreender os objetos em seu contexto, sua complexidade, seu conjunto.

É necessário desenvolver a aptidão natural do espírito humano para situar todas essas informações em um contexto e um conjunto. É preciso ensinar os métodos que permitam estabelecer as relações mútuas e as influências recíprocas entre as partes e o todo em um mundo complexo.²³

Ainda, entendemos que a afirmação do primado do sistema/ordenamento jurídico, tendo como vértice a Constituição, no âmbito de países e/ou de áreas continentais, não consegue ser atingida por análises submissas aos fatos tais como se apresentam, ao fator econômico, ao mercado, ao poder, aos poderosos e/ou a “globalização”, etc.

Gustavo Tepedino, pronunciando-se sobre a passagem do sujeito de direito à pessoa humana, destaca a apresentação de Natalino Irti, na 4ª. edição de sua obra mais importante, onde com o título *L'Età de la Decodificazione-Vent'Anni Dopo*, o mencionado autor reabre a polêmica por ele instaurada no final da década de setenta.²⁴ Gustavo Tepedino anota que Natalino Irti entende que:

(...) se a progressiva erosão do Código Civil representou prevalência de um projeto social assistencialista, evidenciado nos chamados microssistemas, o momento presente assistiria a nova e radical transformação. As Cartas Constitucionais entram em crise, esgotando-se a sua força propulsora. Caem por terra noções como a soberania estatal e federalismo, ruindo por conseguinte os pilares de sustentação das relações entre cidadão e Estado. Os princípios contidos nas leis especiais e nas Constituições são

²³ MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. Op. cit., p. 14.

²⁴ IRTI, Natalino. **L'Età della Decodificazione**. 4ª. ed. Op. cit., 1999.

substituídos por normas uniformes supranacionais, ditadas pelo mercado, e destinadas a restaurar a autonomia privada.²⁵

Natalino Irti, pronunciando-se recentemente sobre niilismo e método jurídico, defende, dentre outras opiniões, não ser possível nos dias atuais qualquer regulação jurídica presidida pelos critérios de coerência, unidade e previsibilidade, e, ainda, considera inevitável a aceitação de um pensamento sem centro e direção, como também defende a rendição do pensamento a lógica revelada objetivamente no âmbito da tecno-economia e do mercado planetário, a partir de uma realidade onde os indivíduos e os Estados nacionais pouco ou nada podem e onde os atores do mercado estão separados e agindo uns contra outros.²⁶

Julgamos que a história dos séculos XIX, XX e atual não permitem prever a possibilidade de qualquer subestimação do papel de intervenção dos indivíduos, da cidadania, da sociedade civil, dos movimentos políticos, sociais e de massa, do Estado e do Direito e da capacidade dos mesmos/das mesmas de alterar a realidade.

Enuncia Gustavo Tepedino que:

À força devastadora do mercado global não se pode submeter a cultura jurídica e as inúmeras conquistas da sociedade civil. E, malgrado as mudanças estruturais da economia mundial, as alterações do direito privado, submetido legalidade constitucional de cada sociedade, não podem ser examinadas como mera contingência técnica, que se altera ao sabor das leis de mercado.²⁷

Entendemos, referenciados em qualificados doutrinadores, que no Direito Privado, para exemplificar, pode ser verificada uma tendencial afirmação da perspectiva de publicização e constitucionalização do mesmo, como também a proclamação da sua despatrimonialização ou repersonalização, através sobretudo

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Editorial: do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC** - vol. 2. Rio de Janeiro: Padma, abril a junho de 2000, p. V-VI, p. V.

²⁶ IRTI, Natalino. Niilismo e Método Jurídico. Tradução de Danilo Doneda. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, vol. 15, ano 4. Rio de Janeiro: Padma, ano 4, julho a setembro de 2003, pp. 133-143, pp. 135, 137 e 142.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. Editorial: do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC** - vol. 2. Op. cit., p. V.

da valorização da dignidade da pessoa humana, da personalidade, dos valores existenciais, da liberdade, da ética, da igualdade, da solidariedade, da função social, da equidade e da justiça, bem como pode ser constatado um crescente abandono dos enfoques predominantemente individualistas, de divinização do sujeito proprietário, do patrimônio, do produtivismo e do mercado.

Ainda, consideramos que na mencionada esfera do Direito pode ser presenciada a ampliação da repulsa às situações onde se fazem presentes o erro, o dolo, a lesão, o estado de perigo, a coação, a fraude, o abuso de direito e o enriquecimento sem causa.

Igualmente, julgamos que pode ser verificado que ganham relevância, no âmbito dos Contratos de Direito Privado, para exemplificar, os princípios da boa-fé, da confiança, do equilíbrio econômico, da equivalência das prestações, da equivalência material, da função social, da equidade e da justiça.

No rumo indicado, Gustavo Tepedino salienta que o “processo de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública”, como também destaca que “propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização da dignidade da pessoa humana”.²⁸

Igualmente, Eugênio Facchini Neto, efetuando reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado, destaca que:

Da constitucionalização do Direito Civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter parís*, o princípio da dignidade da pessoa humana.²⁹ Disso deriva,

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Editorial: do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC** - vol. 2. Op. cit., p. VI.

²⁹ O autor destaca, em relação ao tema dignidade da pessoa humana, manifestações presentes nos trabalhos que seguem:

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª. edição. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75. 458 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Humanos**. 3ª. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 311. 416 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46. 152 p.

necessariamente, a chamada repersonalização do Direito Civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do Direito Civil. Ou seja, recoloca-se no centro do Direito Civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% dos seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações), sendo substituído pela consideração com a pessoa humana. Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade, que o novo Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seis primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil. Discorrendo sobre o tema, Perlingieri ressalta que a transformação despatrimonializadora no Direito Civil se produz fundamentalmente como conseqüência do maior relevo dado à pessoa. Daí por que entende ele ser possível afirmar que “interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico”.^{30 31}

Teresa Negreiros, questionando as críticas à perspectiva civil-constitucional a partir da idéia de um Estado submisso ao mercado e/ou da “retórica da globalização”, lembra que:

(...) a força dos fatos diante da normativa constitucional remete a um debate já antigo, mas que se revigora, neste contexto de contraposição entre aqueles que postulam a eficácia dos princípios constitucionais e os que entendem que a Constituição nada pode. Trata-se do embate entre o sociologismo cético de Ferdinand Lassale e a bandeira da normatividade constitucional defendida por Konrad Hesse.³²

CARRIÓ, Genaro. **Los Derechos Humanos e Su Protección**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d., p. 64.

³⁰ PERLINGIERI, Pietro. Editoriale. In: **Rassegna di Diritto Civile**, nº 1, 1983, p. 2.

³¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 13-60, pp. 32-33. 357 p.

³² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 78-79. 552 p.

A autora trata do tema a força normativa da Constituição em face da globalização, pp. 79-84, trazendo principalmente os ensinamentos de Konrad Hesse (**A Força Normativa da Constituição**,

O princípio da força normativa da Constituição é afirmado, em Konrad Hesse, visando enfrentar pontos de vista que desembocam na perspectiva traçada por Ferdinand Lassale³³. O último pensador considera que as “questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas”, que expressam restritamente as “relações de poder” dominantes num determinado país e “as relações fáticas” resultantes das mesmas, não passando a Constituição jurídica de “um pedaço de papel”, cuja “capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real do país”.³⁴

Entende Konrad Hesse, abordando o tema da força normativa da Constituição, que:

(...) A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.³⁵

Ensina Pietro Perlingieri, quando examina as normas constitucionais nas relações privadas, o conhecimento jurídico, o dogmatismo jurídico e o pragmatismo jurídico, que:

Op. cit., pp. 11, 15 e 19), Pietro Perlingieri (Normas Constitucionais nas Relações Privadas. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ** n^{os}. 06 e 07. Op.cit., p. 65), Antonio Pinto Monteiro (**Sumários de Introdução ao Estudo do Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1978, pp. 41-42) e Gustavo Tepedino (Editorial: Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 5. Op. cit., p. V).

³³ LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969, pp. 54, 117 e 118. 119 p.

³⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 9. 34 p. Original: Die Normative Kraft der Verfassung. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen.

³⁵ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Op. cit., p. 15.

(...) O objeto da ciência jurídica é unitariamente a realidade concreta, os fatos concretos e a norma jurídica, fato e norma concretas que estão em contínua dialética. A realidade não pode ser dividida, mas sim estudada unitariamente. Não há realidade econômica distinta da realidade jurídica, como também não há realidade ética ou religiosa divorciada da realidade jurídica. Por isto o Estado de Direito não pode se limitar ao estudo das leis. Os instrumentos da ciência jurídica, as noções, as definições, os conceitos não são fins em si mesmos, mas sim instrumentos para o conhecimento da realidade. Por isto, devem ser instrumentos adequados à realidade. Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: (...).

O ponto de partida é este: cada instrumento, cada realidade deve sempre ser estudada em dois perfis, quais sejam, os perfis da estrutura da realidade e da função do instrumento do Direito. (...) O dogmatismo jurídico, por sua vez, é a utilização exasperada dos conceitos, dos dogmas do Direito, esquecendo-se de que a aplicação dos conceitos vem da análise do ordenamento jurídico e da realidade, para não se tornarem aqueles preconceitos (pré-noções estanques e fossilizadas que guardam inteira dissonância com as novas realidades em que sobrevivem á força). O dogmatismo jurídico é, então, a valorização exasperada dos conceitos, dos dogmas, sem a averiguação oportuna dos interesses e dos valores que são objeto da investigação. (...)

Por outro lado temos o pragmatismo jurídico. (...) É a vitória da natureza das coisas, da força das coisas. Partindo da empostação do caso concreto, busca-se neste a solução para seus problemas. O pragmatismo se baseia na efetividade: é assim porque é assim. Isto é a negação do Direito, porque o Direito é dever-ser. O Direito promove a mudança da realidade, e para tal não pode sucumbir aos fatos. (...) Nem sempre o Direito fotografa a realidade, porque pretende mudá-la. (...) A realidade é também econômica, e não só econômica. A realidade econômica é apenas um ponto de referência -do que consiste a realidade para a construção jurídica, mas o pragmatismo a enxerga como se fosse a realidade.³⁶

Pensamos que se afirma, em face das relevantes contribuições aqui trazidas sobretudo por Konrad Hesse, a perspectiva de um direito que se referencia na realidade econômica, social, política, cultural e comportamental, mas que de forma alguma aceita a submissão aos fatos e a realidade tal como a mesma está

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, nºs. 06 e 07. Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1988-1989, pp.63-77, pp. 63, 64 e 65. 468 p.

posta, pelo fato de que o Direito também é dever-ser, como também é normatividade jurídica que pretende, num processo complexo, aberto, democrático e dialógico, ordenar, conformar, fornecer parâmetros e mesmo alterar a sociedade e a realidade. Ainda, julgamos que no âmbito da mencionada perspectiva se revelam de grande importância os questionamentos promovidos por Pietro Perlingieri em relação ao que ele denomina de dogmatismo jurídico e de pragmatismo jurídico.

2.2. DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E DA SUPERIORIDADE HIERÁRQUICA DOS PRINCÍPIOS, NORMAS ESTRITAS (REGRAS), DIRETIVAS E VALORES PRESENTES NA CARTA MAGNA

Destacamos, referenciados em boa doutrina, o entendimento da supremacia da Constituição no interior do ordenamento/sistema jurídico, do que decorre a superioridade hierárquica dos princípios, normas estritas (regras), valores e diretivas existentes na Carta Magna. Consideramos que a falta de reconhecimento, no sentido teórico e/ou prático, da superioridade hierárquica do definido constitucionalmente significa concretamente a ausência de adesão, verificável em diversos graus, à Lei Maior, desatendendo o princípio da legalidade constitucional.

Ressaltamos que o princípio da supremacia da Constituição exige que a interpretação do sistema/ordenamento ocorra a partir da Constituição e também significa uma rejeição de tentativas de principiariar a mesma pelas pelos princípios, normas estritas (regras), diretivas e valores presentes nas regulações infraconstitucionais.

Entendemos que a Constituição como norma jurídica de maior hierarquia sujeita, penetra e cria ligação umbilical direta com todos os institutos e relações jurídicas, públicas e privadas, o que implica no reconhecimento de não ser aceitável qualquer contraposição rígida entre o Direito Público e o Direito Privado. A contraposição referida também não encontra sustentação em face da ordem jurídica ser una.

No rumo indicado, Pietro Perlingieri destaca que:

(...) A Constituição ocupa o lugar mais alto na hierarquia das fontes, (...).
Daí a obrigação – não mais livre escolha – imposta aos juristas de levar em

consideração a prioridade hierárquica das normas constitucionais, sempre que se deva resolver um problema concreto.

(...) A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam.³⁷

Igualmente lembra Celso Ribeiro Bastos, ao tratar da supremacia da Constituição, que:

Na Constituição, o fenômeno hierárquico ganha um sentido próprio, evidenciado pela circunstância de que não há um conjunto de normas às quais se pudessem filiar os preceitos da Constituição.

Deve-se evitar qualquer infringência dessa particularidade, reconhecendo-se que a Constituição é a norma superior em qualquer ocasião. (...)

O postulado da supremacia da Constituição repele todo tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição.³⁸

Considera Luís Roberto Barroso, ao examinar a mencionada supremacia da Constituição, que:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental. (...).³⁹

Gustavo Tepedino, quando examina as premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil, anota que “a rigor, não há espaços de liberdade

³⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Op. cit., pp. 4-5.

³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. Op. cit., pp. 101 e 102.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora**. Op. cit., p. 150.

absoluta, ou territórios, por menores que sejam, que possam ser considerados invulneráveis ao projeto constitucional”.⁴⁰

Destaca Maria Celina Bodin Moraes, quando traça os caminhos para um direito civil constitucional, que:

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado. (...)

(...) toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve ser harmonizar.

Negar tal atitude hermenêutica significa admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a tecido axiológico próprio, desprovido de unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional.⁴¹

Pensa Gustavo Tepedino, quando trata das relações de consumo e a nova teoria contratual, que:

(...) A Constituição Federal não pode ser considerada como mero limite ao legislador ordinário. E nem mesmo como mero limite ao intérprete, reprimindo os atos ilícitos.

A Constituição Federal cuidou analiticamente de diversos institutos do direito privado, embora tenha tido o cuidado de fixar, em seus primeiros artigos, os fundamentos e os princípios da República, de moldes a vincular o legislador infraconstitucional e o intérprete a uma reunificação axiológica que independa da regulamentação específica de cada um dos setores do ordenamento.

É preciso pois superar os velhos limites das doutrinas do direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não auto-aplicáveis. Toda regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. In: **Temas de Direito Civil**. Op. cit., p. 21.

⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de Um Direito Civil Constitucional. In: **Revista de Direito Civil**, nº 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 21-32, pp. 24 e 26.

A Constituição é toda ela norma jurídica, seja qual for a classificação que se pretenda adotar, hierarquicamente superior a todas as demais leis da República, e, portanto, deve condicionar, permear, vincular diretamente todas as relações jurídicas, públicas e privadas.⁴²

2.3. OS PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS DEVEM SER INTERPRETADOS COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE POSSÍVEL, COMO TAMBÉM TENDO EM CONTA A POTENCIALIDADE DA APLICAÇÃO DIRETA E IMEDIATA DOS PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS MENCIONADOS E DA EFICÁCIA PLENA DOS MESMOS

O princípio da força normativa da Constituição surge da compreensão, de um lado, de que os princípios e dispositivos constitucionais são normas jurídicas e possuem imperatividade, em razão do que não ocupam um lugar meramente acessório e de reforço, nem uma posição simplesmente auxiliar na aplicação do Direito. Igualmente, os mesmos não podem ser vistos como simples lembrança, advertência e limitação contra conteúdos em sentido contrário e/ou como meras manifestações de boas intenções de cunho programático.

Ruy Samuel Espíndola, tratando da juridicidade e normatividade dos princípios, destaca que:

O conceito de princípio jurídico, a partir da década de cinquenta até os dias atuais, ensejou grandes estudos e reflexões no âmbito discursivo da Teoria do Direito. Autores como Joseph Esser⁴³, Jean Boulanger⁴⁴, Jerzy

⁴² TEPEDINO, Gustavo. In: **Temas de Direito Civil**. Op. cit., p. 205.

⁴³ Citamos sobre o mesmo autor: ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Tradução Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. 498 p. Título original: Grundsatz Und Norm In Der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1956.

⁴⁴ Verificamos sobre o autor, referência encontrada em Josef Esser, op. cit., pp. 11 e 12, como segue: BOULANGER, Jean. La Méthode de l'Interpretation Juridique. In: **Riv. Dir. Comm.** 49, 1951, pp. 257 e ss.

Wróblewski⁴⁵, Ronald Dworkin⁴⁶, Karl Engisch⁴⁷, Claus-Wilhelm Canaris⁴⁸, Genaro Carrió⁴⁹, entre outros, proclamaram a normatividade dos princípios, em bases teóricas, dogmáticas e metodológicas muito superiores à das teses até então consagradas, que defendiam uma mera posição subsidiária,

Igualmente, anotamos sobre o autor, em Eros Grau, na obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 370, o que segue: BOULANGER, Jean. *Principes Généraux du Droit Positif et Droit Positif*. In: **Le Droit Privé Français au Milieu du XXe. Siècle: Études Offertes a Georges Ripert**. Paris: LGDJ, 1950.

⁴⁵ Anotamos sobre o autor, como encontramos em Eros Grau, no trabalho *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, como segue: WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Application du Droit*. In: **Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit**. Paris: LGDJ, 1988.

Ainda: *Principes du Droit*. In: **Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit**. Paris: LGDJ, 1988.

Também: **Constitución y Teoria General de la Interpretación Jurídica**. Tradução de Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 1985.

⁴⁶ Citamos do referido autor: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira e revisão da tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p. Original inglês: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977.

Ainda: **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo e revisão de tradução Silvana Vieira. 2ª. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 513 p. Título original: *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

Também: **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges e revisão da tradução de Silvana Vieira. 2ª. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Título original: *A Matter of Principle*. Harvard University Press, 1995.

⁴⁷ Salientamos do autor citado: ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 8ª. edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. 393 p. Título original: *Einführung in das Juristische Denken*. Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1983.

⁴⁸ Destacamos do mencionado autor: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução Menezes de Cordeiro. 2ª. edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 12, 13 e 66. 311 p. Original alemão: *Sistemdenken Und Systembegriff In Der Jurisprudenz*, 2. Auflage, 1983. Duncker Un Humblot. Berlin.

⁴⁹ Anotamos do referido autor: CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4ª. edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

Ainda: **Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d. 75 p.

uma auxiliar função integrativa na aplicação do direito, cabível aos princípios enquanto “princípios gerais do Direito”, (...).

Atualmente, entende-se que os princípios estão inclusos, tanto no conceito de lei quanto no de princípios gerais do direito, (...) (Eros Grau⁵⁰ e Norberto Bobbio⁵¹). Essa tendência tem sido chamada de pós-positivista. Seus postulados vão muito além: entendem os princípios como normas jurídicas vinculantes, dotadas de efetiva juridicidade, como quaisquer outros preceitos encontráveis na ordem jurídica; (...).

Porém, é no Direito Constitucional que esta tendência ganhou prestígio e estabeleceu aprofundadas e conseqüentes reflexões, com autores como Vézio Crisafulli⁵², Robert Alexy⁵³, Eduardo Garcia de Enterría⁵⁴, José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁵, entre outros (...).⁵⁶

⁵⁰ Anotamos do citado autor: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. 7ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2002. 383 p.

Ainda: **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. 226 p.

Também: **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2000. 209 p.

⁵¹ BOBBIO, Norberto Bobbio. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Op. cit.

⁵² Anotamos sobre o mesmo autor, referencia encontrada na obra mencionada de Norberto Bobbio, p. 158: CRISAFULLI, Vézio. Per la Determinazione del Concetto dei Principi Generali del Diritto. In: **Riv. Int. Fil. Dir.**, XXI, 1941, pp. 41-64, 157-82, 230-65. Ainda: **La Costituzione e le sue Disposizione de Principio**. Milão: 1952, pp. 38-42.

Igualmente, verificamos sobre o citado autor, em Eros Grau, no *Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 85, o que segue: CRISAFULLI. Per la Determinazione del Concetto dei Principi Generali del Diritto. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, 1941, XIX, pp. 261-262.

⁵³ Algumas obras do autor, como segue: ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés e revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 607 p. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Suhrkamp-Verlag, 1986.

Ainda: **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. 355 p. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*. Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main.

Também: **El Concepto y la Validez del Derecho**. Tradução: Jorge M. Seña. 2ª. edição. Barcelona: Gedisa, 1997. 208 p.

Igualmente: **Teoria del Discurso y Derechos Humanos**. Tradução Luis Villar Borda. 2ª. reimpressão. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. 137 p. Título original: *Juristische Interpretation un Rationaler Diskurs y Diskurstheorie und Menschenrechte*.

Entende Paulo Bonavides, tratando do percurso que vai dos princípios gerais de direito aos princípios constitucionais, que:

A juricidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça. (...)

A segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária (...).

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século.⁵⁷ As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. (...)⁵⁸

⁵⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª. edição e 2ª. reimpressão. Madrid: Civitas, 1981. 264 p.

Ainda: Constituição como Norma. In: **Revista de Direito Público**, nº 78. São Paulo: Editora RT, a. XIX, abr./jun. 1986.

⁵⁵ Alguns trabalhos do autor, como segue: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª. edição. Coimbra: Almedina, 1992. 1.214 p.

Ainda: **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 1999. 1.414 p.

Também: **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. 539 p.

Igualmente: Rever a ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In: **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 15. São Paulo: Editora RT, ano 4, abr./jun. 1996, pp. 7-17.

⁵⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora RT, 1998, pp. 27-29. 274 p.

⁵⁷ Bonavides está falando do século XX.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 232, 235 e 237. 766 p.

Destaca Ruy Samuel Espíndola, tratando da juridicidade e normatividade dos princípios na atualidade, que:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo⁵⁹, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos, o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa⁶⁰ sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, (...).⁶¹

Romeu Felipe Bacellar Filho, falando da normatividade dos princípios constitucionais, ressalta que:

A doutrina constitucional tradicional nega às normas constitucionais abertas o status normativo. Considera-as lembretes, recados para o legislador.

Porém, esta postura é incompatível com uma teoria constitucional comprometida com a supremacia material e formal da Constituição. Negar caráter normativo às regras e aos princípios constitucionais importa refutar a validade de quase todo o texto constitucional. (...)

A doutrina brasileira igualmente inclina-se pela postulação da normatividade dos princípios constitucionais. Aponte-se Clémerson Merlin Clève⁶², Luis Roberto Barroso⁶³, Carlos Ari Sundfeld⁶⁴ e Cármen Lúcia Antunes Rocha⁶⁵.

⁵⁹ Em relação ao tema o autor elogia o Capítulo 8 - Dos Princípios Gerais do Direito aos Princípios Constitucionais, de Paulo Bonavides, presente na obra **Curso de Direito Constitucional**, já referida no presente trabalho.

⁶⁰ Aquí, segundo Ruy Samuel Espíndola, apenas como qualidade de norma = normatividade.

⁶¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. Op. cit., p. 55.

⁶² CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1995, pp. 19, 22 e 23. 484 p.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação Constitucional**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. Op. cit., p. 141.

⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 139. 183 p.

⁶⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 42.

Juarez Freitas (...) afirma, a “presencialidade normativa do princípio independentemente de regulamentação” e salienta “a possibilidade, embora com limites, de obtenção do Direito, de modo mais coerente com os princípios fundamentais, os quais não configuram meros conselhos abstratos, sendo dotados de eficácia, em todos os casos, vinculantes sobretudo para o intérprete jurídico”.^{66 67}

O princípio da força normativa da Constituição também tem o sentido, tal como foi proposto por Konrad Hesse, de que o intérprete deve conceder ampla atenção, embora destituída de subserviência, em relação às possibilidades e condições históricas e à realidade em que a Constituição está inserida e que inegavelmente condicionam a mesma, para que possa ocorrer a afirmação/reafirmção da mencionada força normativa, e, ainda, significa o entendimento de que por sua juridicidade e imperatividade a Carta Constitucional cria a possibilidade de incidência, conformação e transformação das citadas condições e realidades.

Ressalta Konrad Hesse, referindo-se a força normativa da Constituição, que:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas e expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).⁶⁸

Konrad Hesse, falando sobre o procedimento de concretização de normas constitucionais, destaca que “deve, na resolução dos problemas jurídicos-constitucionais, ser dada a preferência àqueles pontos de vista que, sob os

⁶⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 42-43.

⁶⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2ª. edição. São Paulo: Max Limonad, 2003, pp. 145-147. 405 p.

⁶⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Op. cit., p. 24.

respectivos pressupostos, proporcionem às normas da Constituição força de efeito ótima”.⁶⁹

Lembra Inocêncio Mártires Coelho, examinando o princípio da força normativa da Constituição, que o mesmo significa que “na interpretação constitucional devemos dar primazia às soluções que, densificando as suas normas, as tornem eficazes e permanentes”.⁷⁰

Outrossim, o princípio da máxima efetividade significa exigir que os dispositivos constitucionais devem ser interpretados sempre no sentido de conceder aos mesmos a maior eficiência e eficácia possível.

No rumo indicado, José Joaquim Gomes Canotilho, examinando o princípio da máxima efetividade, ensina que:

3. O princípio da máxima efetividade

Este princípio, também designado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. (...) ⁷¹

Luís Roberto Barroso, abordando o princípio da efetividade, diz que:

A idéia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Liga ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas

⁶⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 68. 576 p. Título original: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. C.F. Muller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg, 1995.

⁷⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a Interpretação Constitucional. In: **Revista Diálogo Jurídico** (Internet) v.1, n° 5. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, agosto de 2001, p. 17. 31 p. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 28 de outubro de 2001.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. cit., pp. 1149 e 1151.

constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso.⁷² (...)

As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral.⁷³

Entende Celso Ribeiro Bastos, falando do princípio da maior efetividade possível, que:

O princípio da máxima eficiência (Canotilho) significa que, sempre que possível, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia.(...)

O postulado é válido na medida em que por meio dele se entenda que não se pode empobrecer a Constituição. (...)

(...) Na Constituição não devem existir normas tidas como não-jurídicas, pois todas têm de produzir algum efeito. (...)⁷⁴

Igualmente, pensamos que é necessário que os princípios e dispositivos constitucionais, com destaque para as estipulações referentes aos direitos fundamentais, sejam interpretados levando em conta a potencialidade da imediata e direta aplicação e da plena eficácia dos mesmos. Julgamos também que as limitações e restrições que podem atingir os dispositivos e direitos mencionados, devido ponderação e justificação que se demonstrarem pertinentes, devem evitar o esvaziamento do núcleo essencial dos mesmos.

⁷² Luís Roberto Barroso, em nota de rodapé, especifica os seguintes autores:

HESSE, Konrad. La Interpretación Constitucional. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 50-51. 112 p.;

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª. edição e 2ª. reimpressão. Madrid: Civitas, 1991, pp. 63 e ss. 264 p.;

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 2. 2ª. edição. Coimbra: Coimbra Ed., 1983, p. 229.;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª. edição. Coimbra: Almedina, 1991, p. 233. 1.214 p.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora. Op. cit., pp. 218 e 225.

⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. Op.cit., pp. 104-105.

No sentido apontado, Pietro Perlingieri, quando trata da aplicação das normas constitucionais, destaca que:

(...) As normas constitucionais se aplicam por si mesmas, mesmo que faltem normas *ad hoc* ordinárias. Que se apliquem, portanto, as normas ordinárias, mas de acordo com os valores constitucionais; em não existindo, que não haja falsos pudores na aplicação das normas constitucionais quanto aos fatos concretos. (...) ⁷⁵

Ensina Juarez Freitas que:

(...) Nesse passo, urge recordar a diretriz de interpretação constitucional sistemática que indica: o interprete deve guardar vínculo com a excelência ou otimização máxima da efetividade do discurso normativo da Constituição. Sob a égide de preceito eminentemente integrador, resulta que, havendo dúvida sobre se uma norma apresenta eficácia plena, contida ou limitada, é de se preferir a concretização endereçada à plenitude, adotando-se a imperatividade como padrão. Nesta medida, devem-se evitar, entre as alternativas aquelas inviabilizadoras de qualquer eficácia imediata. Do contrário estar-se-ia cometendo o contra-senso de admitir norma-princípio sem eficácia alguma. Nada mais contrário e lesivo à interpretação, pois no núcleo essencial todos os princípios gozam de aplicabilidade direta e imediata, (...). ⁷⁶

Ingo Wolfgang Sarlet, defende especialmente a outorga da máxima eficácia e efetividade possível aos direitos fundamentais e, ainda, entende de que milita em relação aos mesmos a presunção de imediata aplicabilidade e de plenitude eficaz, como segue:

No que diz com a eficácia dos direitos fundamentais propriamente dita, há que ressaltar o cunho eminentemente principiológico da norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, impondo aos órgãos estatais e aos particulares (ainda que não exatamente da mesma forma), que outorgem a máxima eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, em favor dos quais (seja qual for a categoria a que pertençam e consideradas as distinções traçadas) milita uma presunção de imediata aplicabilidade e plenitude eficaz. Também no plano da eficácia dos direitos fundamentais assume

⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, nºs. 06 e 07. Op. cit., p. 69.

⁷⁶ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª. edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91. 367 p.

lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao princípio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser.⁷⁷

2.4. DA HIERARQUIZAÇÃO SUBSTANCIAL E AXIOLÓGICA DOS PRINCÍPIOS, NORMAS ESTRITAS E VALORES PRESENTES NO SISTEMA/ORDENAMENTO JURÍDICO E NA CONSTITUIÇÃO

Igualmente, julgamos relevante destacar o reconhecimento da existência, no âmbito dos princípios, normas estritas, diretivas e valores presentes no sistema/ordenamento, a iniciar pela Carta Magna, de uma hierarquia do ponto de vista substancial e axiológico, para além da assertiva formal de que os mesmos são de padrão único ou idêntico.

Ocorrendo a mencionada hierarquização como resultado da inegável existência, no interior do sistema/ordenamento, que possui a Constituição como seu ponto mais elevado, de princípios, normas estritas e valores com maior grau de destaque, que prevalecem na competição com os demais. Os mesmos ganham evidência e predominância, por exemplo, a partir da eleição do constituinte, da lógica e da ordenação do sistema jurídico constitucional examinado, e ainda, da preponderância de determinados valores na sociedade.

Salientamos, porém, que a aceitação da idéia de hierarquização não significa o estabelecimento de critérios rígidos e absolutizados aplicáveis para todas as hipóteses.

Igualmente, destacamos a possibilidade de convivência do princípio da unidade do sistema/ordenamento jurídico e da Constituição com o critério da hierarquização no interior da mesma.

No rumo indicado, Luís Roberto Barroso ressalta que:

Tudo que se viu até aqui em nome da unidade constitucional reforça o papel dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação das

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 373 e 374. 386 p.

normas da Lei Maior. São eles que conferem unidade e coerência ao sistema e é a eles que se recorre na solução de tensões normativas. A grande premissa sobre a qual se alicerça o raciocínio desenvolvido é a de que inexistem hierarquia normativa entre normas constitucionais, sem qualquer distinção entre normas materiais ou formais ou entre normas-princípio e normas-regras. (...).

Não obstante isso, é inegável o destaque de algumas normas, quer por expressa eleição do constituinte, quer pela lógica do sistema. (...)

Porque assim é, deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação de valores constitucionais, (...).⁷⁸

Francisco Meton Marques de Lima destaca que:

Enfim, sob o aspecto formal, dogmático, todas as normas corporificadas na Constituição - regras e princípios – possuem o mesmo e único padrão hierárquico, e detêm a eficácia que a Constituição lhes confere. (...)

Se a Constituição é fruto de um processo político, logicamente as escolhas feitas pelo poder constituinte não de se pautarem em esquemas de prevalência e de classificação de bens mais ou menos importantes. (...)

Do exposto, percebe-se que, a mesma proporção da dúvida quanto à hierarquia formal das normas da constituição, revela-se a certeza quanto ao aspecto material, onde se sobressai a prevalência de alguns bens jurídicos, direitos e faculdades (valores, enfim) sobre outros.⁷⁹

Anota Romeu Felipe Bacellar Filho, quando trata das características funcionais dos princípios constitucionais, que “vigora no sistema brasileiro, o princípio da unidade normativa da Constituição, o que não impede a afirmação da hierarquia axiológica (material e não formal)”.⁸⁰

Entende José Souto Maior Borges que “é nítida – tão nítida quanto estranhamente desapercibida – a valoração constitucional dos princípios” e, ainda, que “a CF, base empírica da ciência dogmática do Direito Constitucional, corrobora

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Op. cit., p. 187.

⁷⁹ LIMA, Francisco Meton Marques de. **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional**. Fortaleza: ABC Editora, 2001, pp. 232, 234 e 237. 400 p.

⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. Op. cit., pp. 148-149.

portanto a proposta doutrinária pela hierarquização dos princípios.”⁸¹ Outrossim, Ivo Dantas considera que “a existência de variados tipos de princípios, dentro da própria Constituição, implica, como decorrência, o reconhecimento de uma hierarquia interna no próprio texto da Lei Maior”.⁸²

Leciona Juarez Freitas, tratando, dentre outras, da questão da hierarquização de normas constitucionais, que:

Digno de notar que (...) numa interpretação sistemática bem empreendida, não resulta impossível admitir a existência (certamente lastimável) de normas constitucionais derivadas que se afigurem inconstitucionais, por mais intrigante que a questão possa parecer à primeira vista,⁸³ em virtude de contradição no âmbito da Lei Fundamental, uma vez que só aparentemente as normas constitucionais possuem grau idêntico, ao menos se compreendido o Direito numa visão que transcenda o formalismo e assuma a sua dialética vitalidade.⁸⁴ (...)

8. É certo que se considera a hierarquia mais que se considera a hierarquia do ponto de vista substancial ou axiológico, consoante o qual sempre há

⁸¹ BORGES, José Souto Maior. Pro-Dogmática: Por Uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, 1/1993. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 140-146, p. 145.

⁸² DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p.105. 119 p.

⁸³ O autor anota e comenta sobre o tema, em nota de rodapé, opiniões presentes nas obras de: BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução José Manoel Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977, p. 92. Título original: Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1951.

Ainda: BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Também: MENDES, Gilmar Ferreira **Controle da Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo; Saraiva, 1990, pp. 95-105.

⁸⁴ O autor, em nota de rodapé, diz que: “Neste passo, tem razão Francesco Ferrara (**Interpretação e Aplicação das Leis**, p. 137) quando assinala: “Ora, isto pressupõe que o intérprete não deve limitar-se a simples operações lógicas, mas tem de efetuar complexas apreciações de interesses, embora dentro do âmbito legal. E daqui a dificuldade da interpretação, que não é simples arte lingüística ou palestra de exercitações lógicas, mas ciência da vida e metódica do Direito”.

hierarquização possível, em face da completabilidade potencial do sistema jurídico (...).⁸⁵

2.5. DO PRINCÍPIO DA CONCORDÂNCIA PRÁTICA OU DA HARMONIZAÇÃO

Julgamos que a existência de uma hierarquização, do ponto de vista substancial e axiológico, de princípios, normas estritas, diretivas e valores, no âmbito do sistema/ordenamento, a iniciar pela Constituição, não minimiza a importância do princípio da concordância prática ou da harmonização.

Entendemos que o princípio mencionado exige que busquemos, num primeiro momento, estabelecer uma interpretação, na esfera dos princípios e dos valores em conflito, mas também das normas estritas, passível de conseguir, sempre que possível, a compatibilização, a concatenação e a sincronia dos mesmos/das mesmas. A postura mencionada visa a unidade e a integração no âmbito do sistema constitucional, de forma a concertar, sempre que for viável, os princípios e dispositivos que estiverem concorrendo ou rivalizando. O objetivo é afetar e esvaziar no menor grau possível os princípios e dispositivos, quando da ocorrência, de um lado, do processo de concessão de primazia e valorização para determinados postulados, e, de outro, a diminuição do alcance de outros. O propósito é também evitar a supressão integral dos princípios e dispositivos restringidos, preservando, no mínimo, o núcleo fundamental dos mesmos.

Entende José Joaquim Gomes Canotilho, tratando do princípio da concordância prática ou da harmonização, que:

Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.⁸⁶

⁸⁵ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4^a. edição. Op. cit., pp. 108 e 109.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. cit..p. 1.150.

Anota Celso Ribeiro Bastos, referindo-se ao princípio da harmonização, que:

Através do princípio da harmonização se busca conformar as diversas normas ou valores em conflito no texto constitucional, de forma que se evite a necessidade da exclusão (sacrifício) total de um ou alguns deles. (...)

A simples letra das normas será superada mediante um processo de cedência recíproca. No caso de dois princípios que, em face de determinado caso, mostrem-se, aparentemente, antagônicos, hão de harmonizar-se. Devem esses princípios abdicar da pretensão de serem aplicados de forma absoluta. Prevalerão, portanto, apenas até o ponto a partir do qual deverão renunciar à sua pretensão normativa em favor de um princípio que lhe é divergente. (...) ⁸⁷

2.6. DA FUNDAMENTALIDADE, PRIMAZIA E SUPERIORIDADE DOS PRINCÍPIOS EM RELAÇÃO ÀS NORMAS ESTRITAS E AOS PRÓPRIOS VALORES

Entendemos indispensável, diante das contribuições de vasta e idônea doutrina, fixar a fundamentalidade, primazia e superioridade dos princípios em relação às normas estritas (regras) e aos próprios valores.

Os princípios são a base essencial do sistema/ordenamento jurídico, dentre outros motivos, por estabelecerem os principais fundamentos, direcionamentos e referências, gerais e/ou setoriais, para o mesmo. A definição nítida de tais alicerces, sentidos e parâmetros do sistema/ordenamento jurídico são de grande relevância para ultrapassar abordagens parciais e/ou fragmentárias, tendo em vista também, como lembra Juarez Freitas, “a compreensão de que o sistema jurídico é um só” ⁸⁸.

De outro lado, a busca de uma compreensão adequada do conjunto do sistema/ordenamento jurídico, quando tem em conta a dialética todo/parte, certamente criará melhores condições também para o reconhecimento, a

⁸⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. Op. cit., pp.106 e 107.

⁸⁸ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4^a.edição. Op. cit., p. 127.

compreensão e a valorização da complexidade, da multiplicidade e da singularidade presente no sistema/ordenamento jurídico.

O estabelecimento de tais fundamentos e nexos devem servir de balizamentos para exames, em face do sistema/ordenamento jurídico e do caso enfrentado concretamente, visando auxiliar, no âmbito dos próprios princípios, o intérprete na definição da importância e do peso axiológico de cada um deles, para enfrentar a concorrência e colisão dos mesmos e visando notadamente precisar juízos de ponderação, de adequação, de necessidade, de proporcionalidade, de razoabilidade, de harmonização, de hierarquização e de justiça.

Outrossim, lembrando as lições de Juarez Freitas, quando trata dos princípios⁸⁹, e de Ingo Wolfgang Sarlet, quando aborda o tema direitos fundamentais⁹⁰, entendemos que os princípios possuem a máxima eficácia e efetividade, havendo em relação aos mesmos presunção de aplicabilidade direta e imediata e de plena eficácia, a menos que ocorram adequados juízos de justificação que procedam a relativização das mencionadas proposições. De outra sorte, qualquer relativização deve procurar atingir no menor grau possível os princípios em disputa, mantendo, no mínimo, o núcleo essencial dos princípios restringidos.

A definição de tais alicerces e sentidos devem também construir parâmetros para estabelecer normas estritas (ou regras) que configurem, dêem concretude e assegurem uma maior e crescente efetividade aos princípios, não sendo admissíveis normas estritas (ou regras) que se caracterizem pela retirada de vigor e pela redução da potência dos princípios.

Entende Celso Antonio Bandeira de Mello, referindo-se aos princípios, que:

3. Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmonioso. É o conhecimento dos princípios que preside a

⁸⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. 4^a. edição. Op. cit., p. 229.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Op. cit., pp. 373 e 374.

intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.⁹¹

Carlos Ari Sunfeld, analisando os princípios no Direito, anota que:

Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. (...)

Pela própria circunstância de propiciar a compreensão global de um sistema, a identificação dos princípios é o meio mais eficaz para distingui-lo de outros sistemas. (...)

(...) E os princípios são verdadeiras normas jurídicas; logo, devem ser tomadas em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos. (...)

O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de por em risco a globalidade do ordenamento jurídico. (...)⁹²

Constata Paulo Bonavides, como uma conclusão do tema dos princípios gerais do direito aos princípios constitucionais, após amplo exame de consagrados autores estrangeiros e nacionais, que na atualidade temos a “total hegemonia e preeminência dos princípios”⁹³. Entende o mestre, sobre os princípios, que:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.⁹⁴

Ensina Juarez Freitas, referindo-se aos princípios fundamentais, normas estritas (ou regras) e valores, que:

Por princípios fundamentais, entendem-se, por ora, os critérios ou diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. edição. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 841 e 842. 960 p.

⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. Op. cit., pp. 137, 139 e 140.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 265.

⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 265.

hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e aos próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas.

Diferenciam-se das regras não propriamente por generalidade, mas por qualidade argumentativa superior, de modo que, havendo colisão, deve ser realizada interpretação em conformidade com os princípios (dada a “fundamentalidade” dos mesmos), sem que as regras, por supostamente apresentarem fundamentos definitivos, devam preponderar. A primazia da “fundamentalidade” faz com que – seja na colisão de princípios, seja no conflito de regras – um princípio, não um regra, venha a ser erigido como preponderante. Jamais haverá um conflito de regras que não se resolva à luz dos princípios, (...).

Então devem as normas estritas ou regras ser entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios. Existem justamente para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais, não para debilitá-los ou deles subtrair a nuclear eficácia direta e imediata. Tais regras, por isso, nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das regras implica, em todos os casos, uma simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento.⁹⁵

Juarez Freitas, quando abordou, em versão recente, a interpretação sistemática e a superação da dicotomia rígida entre Direito Público e Direito Privado, efetuou de maneira didática o aprofundamento da temática referente às diferenças e semelhanças entre princípios e regras, fixando as mesmas através de tábuas.⁹⁶

2.7. DA POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE PESO E GRADAÇÃO VALORATIVA TAMBÉM PARA AS NORMAS ESTRITAS (OU REGRAS) E DO DECORRENTE QUESTIONAMENTO, NO ÂMBITO DAS MESMAS, DAS LÓGICAS “TUDO-OU-NADA” E/OU “VALEM-NÃO VALEM”

Sustentamos, amparado na melhor doutrina, que existe a possibilidade de conferir gradação valorativa também para as normas estritas (ou regras), não

⁹⁵ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª. edição. Op. cit., pp. 56 e 58.

⁹⁶ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª. edição. Op. cit., pp. 228-230.

ocorrendo a referida atribuição somente para os princípios. A concessão de peso axiológico se realiza sobretudo a partir de exames do sistema/ordenamento jurídico e da Carta Magna, da análise do caso concreto, da utilização de juízos de ponderação, de adequação, de necessidade, de proporcionalidade, de razoabilidade, de harmonização, de hierarquização e de justiça. O que implica em questionar a estipulação de ser aplicável para as normas estritas (regras) a lógica do “tudo-ou-nada” e do “valem ou não valem”.

Ronald Dworkin considera, discutindo a diferença entre princípios e regras jurídicas, que as últimas são aplicáveis à maneira “tudo-ou-nada”, como segue:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁹⁷

Assinala Eros Roberto Grau que:

Os textos de Dworkin suscitaram inúmeras críticas, (...) Refiro-me, por todos os seus críticos, a Genaro Carrió (1990: 226 e 353): “Não é certo que as regras são sempre aplicáveis na base do “tudo ou nada”. Tampouco é certo que as regras permitem, ao menos em teoria, enumerar de antemão todas as suas exceções. (...) Por outra parte, os conflitos entre regras nem sempre se resolvem negando a validade de uma delas; muitas vezes é necessário fundar a decisão – que pode inclusive assumir a forma de compromisso – em algo muito semelhante ao “peso” relativo de uma ou outra pauta no contexto particular do caso”.⁹⁸ (...)

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira e revisão da tradução de Silvana Vieira. Op. cit., p. 39.

⁹⁸ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Op. cit., pp. 226 e 353.

O texto de Genaro Carrió, que traduzimos tal como o encontramos na obra de Eros Grau, é o que segue: “No es cierto que las reglas son siempre aplicables a manera “todo-o-nada” Tampoco es cierto que las reglas permiten, al menos en teoría, enumerar de antemano todas sus excepciones. (...) Por otra parte, los conflictos entre reglas no siempre se resuelven negando la validez de una de ellas; muchas veces es menester fundar la decisión - que puede incluso asumir la forma de un compromiso – e algo muy semejante al “peso” relativo de una y otra pauta en el contexto particular del caso (...)”.

(...) parece-me assistir razão a Genaro Carrió quando afirma que a dimensão de peso não é exclusiva dos princípios, visto que ela também pode se manifestar, em determinados casos concretos, afetando as regras. Cumpre, por fim, lembrar que não se manifesta jamais antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas – viu-se - operam a concreção daqueles. Assim, quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, sendo que as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas; não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico.⁹⁹

No sentido apontado, julgamos que devem merecer reparos também as opiniões presentes em Robert Alexy, onde o mesmo atribui caráter definitivo às regras. Com relação ao tema em exame o mesmo destaca que:

Uma primeira propriedade importante que resulta do que até aqui se disse é o do diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fácticas. Por outro lado, não contém mandatos definitivos, somente *prima facie*. Do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o que o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo. Os princípios apresentam razões que podem ser afastadas por outras razões opostas. (...)

Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contém uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fácticas. Esta determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fácticas, o que pode conduzir a sua invalidez; porém, se tal não é o caso, vale então definitivamente o que a regra diz.¹⁰⁰

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. Op. cit., p. 155, 157e 179.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Op. cit., pp. 98-99.

O texto, que traduzimos da edição espanhola, é o que segue:

“Una primera propiedad importante que resulta de lo hasta aqui dicho es el diferente carácter *prima facie* de las reglas e principios. Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. (...)

Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas.

Humberto Ávila, tratando dos princípios e das regras, no que diz respeito à atribuição aos mesmos de uma dimensão de peso, leciona que:

(...) a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. (...)

(...) não é coerente afirmar que somente os princípios possuem uma dimensão de peso. Como demonstram os exemplos antes trazidos, a aplicação das regras exige o sopesamento de razões, cuja importância será atribuída (ou coerentemente intensificada) pelo operador. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores que elas visam a resguardar. (...)

Em segundo lugar, há incorreção quando se enfatiza que os princípios possuem uma dimensão de peso. A dimensão de peso não é algo que esteja incorporado a um tipo de norma. As normas não regulam a sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referência é que deve ser atribuída uma dimensão de importância.¹⁰¹

Enuncia Juarez Freitas, falando sobre princípios, regras e valores, que acredita:

(...) na possibilidade de melhor compreender a rede de princípios, regras e valores numa lógica que não é a do “tudo-ou-nada”, mas que haverá de ser dialética sempre, no campo dos princípios e no plano das regras, não se constatando uma zona de vinculação pura sem espaço à ponderação ou à hierarquização axiológica. (...) ¹⁰²

Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice”.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 50-51. 127 p.

¹⁰² FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª. edição. Op. cit., p. 58.

3. DOS FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DA DISTINÇÃO ENTRE CONVÊNIO E CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DAS PRINCIPAIS OBJEÇÕES AOS MESMOS

Destacamos que o instituto jurídico do Convênio da Administração Pública, tem sido tratado igualmente como Convênio Administrativo, como Convênio Público, como Convênio de Colaboração, como Convênio de Cooperação ou somente como Convênio.

3.1. DOS FUNDAMENTOS DOUTRINÁRIOS DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE O CONVÊNIO E O CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1.1. Do debate doutrinário relativo à distinção entre o conceito de Contrato e as noções de Acordo, Convenção e Pacto, que fundamentam a diferenciação entre Convênio e Contrato da Administração Pública

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, considera o convênio, como um “acordo de direito público”, estabelecido a partir da “distinção existente entre contratos e acordos, ambos tipos de pactos”.¹

O mesmo jurista, ao discutir os novos institutos consensuais da ação administrativa, entende que “contratos e acordos, ambos modalidades da figura jurídica do pacto, diferem entre si por várias características”, mas aborda no texto notadamente “a que se apóia na natureza das prestações colimadas, pois é nesta que se pode apreciar a diferença entre comutatividade e integração”.² O mesmo

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 45. 335 p.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 334. 436 p.

autor ressalta que “enquanto as prestações contratuais são recíprocas, voltada cada uma delas ao atendimento de interesses distintos dos contratantes, as prestações dos acordos são integrativas, voltadas ao atendimento de interesses comuns”.³

Verificamos, portanto, que o autor referido trata o pacto como gênero que incorpora as espécies contratos e acordos.

De outro lado, lembramos que no Direito Romano se considera o pacto (*pactum*) como espécie que se diferencia e que em alguma medida se contrapõe a espécie contrato (*contractum*).⁴

Juarez Freitas destaca que, tendo em conta o aspecto formalista do Direito Romano, era inevitável que no mesmo se fizesse a distinção entre contrato (*contractum*) e pacto (*pactum*).⁵ O jurista mencionado ressalta que em relação ao primeiro que “é um acordo de vontades ao qual somam-se certas formalidades para, então configurar-se de modo pleno um contrato, gerando direitos e deveres recíprocos em virtude do *iuris vinculum* formado entre as partes”, em decorrência do

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. 2006. Op. cit., p. 334.

⁴ O mencionado entendimento pode ser encontrado em diversas obras de Direito Romano, tais como:

ALVES, José Carlos Moreira . **Direito Romano** - Volume II. Instituições de Direito Romano: B) Parte Especial: Direitos das Obrigações; Direito de Família; Direitos das Sucessões. 6ª. edição, revista e acrescentada, 8ª. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 108-109 e 195-201. 510 p.;

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 5ª. edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1968, pp. 388-389. 527 p.;

FREITAS, Juarez. **Direito Romano e Direito Civil Brasileiro: Um Paralelo**. Porto Alegre: Acadêmica, 1987, pp. 52-54. 147 p.;

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. 21ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998. pp. 245-247. 503 p.;

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 2ª. edição revista. São Paulo: Editora RT, 2003, pp. 241-243. 287 p.;

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, com revisão de Maria Armanda de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 227. 522 p. Título do original: *Römisches Privatrecht*. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.

⁵ FREITAS, Juarez. **Direito Romano e Direito Civil Brasileiro: Um Paralelo**. Op. cit., 1987, p. 53.

que “tem o credor o direito à *actio*, caso o devedor não cumpra suas obrigações”.⁶ Enquanto o segundo, “apesar de decorrer de um acordo de vontades, não gera qualquer obrigação”, do que decorre que o credor, “ao invés de protegido por uma *actio*, o é por uma *exceptio*”.⁷

No mesmo sentido, Ebert Chamoun anota que “a simples convenção para cuja causa não se exigia uma forma se denominava *pactum*, *pactio*, *pactum conventum*, *nudum pactum* e se caracterizava por não gerar obrigações e ser, portanto, desprovida de ação (*nuda pactio obligationem non parit*)” e que “nesse sentido, o pacto se opunha ao contrato, *contractus*”.⁸

Ainda, José Carlos Moreira Alves registra que “em Roma, nem todo acordo de vontade lícito gera obrigações: contrato (*contractum*) e pacto (*pactum*, *conuentio*) eram acordos de vontade, mas, ao passo que aquele produzia obrigações, este, em regra, não”.⁹

Juarez Freitas ensina que “lenta mas constantemente, foi se desenvolvendo no período pós-clássico, uma jurisprudência favorável à criação de obrigações em virtude de certos pactos”.

Igualmente, leciona José Carlos Moreira Alves, que “do direito clássico ao justiniano, o sistema contratual romano sofreu alterações profundas, observando-se, nessa evolução, uma constante: o alargamento gradativo do círculo de acordos de vontade a que a ordem jurídica concede a eficácia de gerar obrigações”.¹⁰

Informa Diogo de Figueiredo Moreira Neto que a distinção entre o tipo contrato e acordo “se aperfeiçoou desde o fim do século dezenove, muito devendo-

⁶ FREITAS, Juarez. **Direito Romano e Direito Civil Brasileiro**: Um Paralelo. Op. cit., p. 53.

⁷ FREITAS, Juarez. **Direito Romano e Direito Civil Brasileiro**: Um Paralelo. Op. cit., p. 53.

⁸ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 5ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 388.

⁹ ALVES, José Carlos Moreira . **Direito Romano** - Volume II. Instituições de Direito Romano: B) Parte Especial: Direitos das Obrigações; Direito de Família; Direitos das Sucessões. 6ª. edição, revista e acrescentada, 8ª. tiragem. Op. cit., p. 109.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira . **Direito Romano** - Volume II. Instituições de Direito Romano: B) Parte Especial: Direitos das Obrigações; Direito de Família; Direitos das Sucessões. 6ª. edição, revista e acrescentada, 8ª. tiragem. Op. cit., p. 109.

se à doutrina alemão¹¹ precisar-lhes as diferenças”.¹² O mencionado autor lembra as distinções clássicas entre o contrato e o acordo, que serão questionadas em aspectos relevantes no presente trabalho, como segue:

Definem-se duas diferenças lógicas entre os contratos (*Vertrag*) e os acordos (*Vereinbarung*): na estrutura e na função.

A distinção estrutural se refere ao conteúdo da vontade conformadora de cada instituto; no contrato, cada parte pretende um resultado diverso, enquanto no acordo, todas se voltam ao mesmo resultado.

A distinção funcional diz respeito ao interesse a ser satisfeito por um ou por outro instituto; no contrato, as partes têm interesses contrapostos e afinal os compõem mediante concessões recíprocas, para satisfazê-los através de prestações mútuas, ao passo que no acordo as partes têm interesses comuns, ajustando, para satisfazê-los, prestações convergentes, integrando suas vontades e meios.¹³

Orlando Gomes, quando trata do conceito acordo, enuncia que:

232. Acordo.

Com o nome de *Vereinbarung*, a doutrina germânica delineou uma figura de negócio plurilateral que possui traços realmente distintos do contrato. No vocábulo neo-latino inexistente palavra que traduza o termo alemão com o mesmo vigor expressivo. (...)

¹¹ O autor se refere aos seguintes trabalhos:

BINDING, K. Die Grundung des Norddeutschen Bundes. In: **Festgabe für B. Windscheid**. Leipzig, 1889, pp. 67 e ss.;

JELLINEK, George. **System der subjektiven Rechte**. Freiburg, 1892, pp. 193 e ss.;

TRIEPEL, H. **Völkerrechte und Landesrechte**. Leipzig, 1899, pp. 45 e ss.;

WALD, G. A. Die Vereinbarung als Rechtsfigur des öffentlichen Rechte. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 59, 1928, pp. 161 e ss.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação). In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 214. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1998, pp.35-53, p. 44.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação). In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 214. Op. cit., pp. 44-45.

O conteúdo de acordo não é unívoco. (...)

Contrato e acordo são negócios que devem ser distinguidos pelo modo de constituição. Por este critério, a distinção baseia-se na estrutura do concurso de vontades. No contrato as partes têm interesses contrapostos ou, pelo menos, divergentes, motivo por que procuram harmonizá-los, ajustando as respectivas declarações a uma vontade comum, ou (...) o contrato resulta de manifestação de duas partes com intentos recíprocos. No acordo, os sujeitos têm o mesmo intento. Concorrem para a formação do negócio *ex diversis motibus animi in unum consentium*, pelo que constituem uma soma de vontades ligadas entre si. Por outras palavras, no acordo aos diversos móveis corresponde uma causa. (...)

Há até quem distinga o acordo do contrato salientando que, naquele, os interesses são paralelos ou convergentes para um fim comum, enquanto nestes se contrapõem.(...)

Mas, para se admitir a existência dos acordos, (...). Necessário tão-só, se reconheça a existência de negócios plurilaterais dos quais não resultam para as partes, pelo menos imediatamente, direitos e obrigações recíprocas como se verifica com os contratos. São negócios nos quais as declarações de vontades dos sujeitos não são interdependentes, mas justapostas. (...)¹⁴

Edmir Netto de Araújo, quando diferencia a noção de contrato da de convenção, enuncia que:

(...) é necessário distinguir-se a noção de contrato da noção de convenção, que é mais ampla e genérica. Convenção “é acordo de duas ou mais pessoas sobre um objeto de interesse jurídico”¹⁵, ao passo que o caráter específico do contrato é a produção de obrigações, envolvendo interesses opostos, prestações distintas.¹⁶

¹⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 4ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 332-336. 589 p.

¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Obrigações - Tomo 2**. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 14.

¹⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora RT, 1987, p. 14. 162 p.

Temos, diferenciando o contrato do convênio e o contrato do acordo, para exemplificar, a definição de Hely Lopes Meirelles, repetida exaustivamente, de que “convênio é acordo, mas não é contrato”.¹⁷

De outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que “o convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas”.¹⁸ Por sua vez, Diógenes Gasparini enuncia que o convênio “é ajuste administrativo” e “não se trata, portanto, de contrato, nem mesmo administrativo”.¹⁹ Enquanto que Fredja Szklarowsky entende que “convênio e contrato são acordos, mas aquele não é contrato”, além de anotar que “o contrato e o convênio têm pontos em comum, mas também divergentes entre si”.²⁰

Edmir Netto de Araújo, estabelecendo distinções entre os convênios e os contratos administrativos, enuncia que:

Convênios administrativos são convenções, mas não são contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns.²¹

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 387. 798 p.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 292. 751 p.

¹⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 399. 924 p.

²⁰ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). S/local: Âmbito Jurídico, Set/1998, p. 01. 06 p. Encontrado em: <http://ambito-juridico.com.br/aj/da0005.html>. Acesso em 23 de julho de 2003. O mesmo artigo poderá também ser encontrado: In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina, a. 1, n. 20, out.1997. 07 p. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/>.... Acesso em 09 de fevereiro de 2005.

²¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676. 1.289 p.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando trata da diferenciação do contrato administrativo em relação ao acordo administrativo²², entende que existem distinções para além das clássicas já mencionadas de contrato e acordo. O autor constata a existência de elementos de ordem estrutural (balizados pelo conteúdo da vontade, voltada, respectivamente, para resultados diversos ou que se voltam para os mesmos resultados) e de cunho funcional (referidos aos interesses, respectivamente, contrapostos ou convergentes das partes). Julga o mencionado autor que existem também diferenciações sob os critérios relativos à teleologia e à patrimonialidade. Enuncia os mesmos pontos de vista, como segue:

Observe-se, em reforço, que o contrato administrativo, além das distinções clássicas referidas, estrutural e funcional, apresenta outra nítida e importante diferença do acordo administrativo sob o critério teleológico; enquanto o contrato administrativo tem sentido finalístico, pactuado para atender direta e concretamente um interesse público específico cometido ao Estado através de uma prestação da parte privada, o acordo administrativo tem sentido instrumental, pois é ajustado para coordenar a atuação das entidades acordantes, em regime de cooperação ou de colaboração.

Em outros termos: no contrato administrativo, o ente estatal realmente exerce, embora em parceria e através de prestação do contratante privado, uma função pública que lhe é própria, ao passo que no acordo administrativo, o ente estatal apenas dispõe como pretende exercê-lo em concurso com outras entidades, sejam públicas ou privadas.

Por fim, outra distinção relevante entre esses dois institutos, tão comum e indevidamente confundidos, diz respeito à patrimonialidade, um interesse presente nos contratos e ausente nos acordos. É sempre útil recordar que o contrato é a expressão do direito subjetivo dos contratantes de criar obrigações recíprocas, ao passo que o acordo é a expressão do poder

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação). In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 214, em nota de rodapé, p. 45, diz que no seu **Curso de Direito Administrativo**, o tratamento dos mencionados institutos tem mantido suas respectivas identidades, com as referidas características distintivas, desde a primeira edição, em 1970, e até a última edição da época, 11^a. edição, em 1998, (Rio de Janeiro: Forense, p. 136).

jurídico dos acordantes de disporem como atuarão no exercício de seus respectivos poderes e faculdades.²³

Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera “acordos que não tenham natureza contratual”, somente para exemplificar “o consórcio, o convênio, o acordo de programa e outros pactos específicos deste gênero”.²⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto anota o seu entendimento de que “a coordenação é gênero na qual se inserem a cooperação, ajustada entre entes público, e a colaboração, entre entes públicos e privados”.²⁵

Destacamos, de um lado, que o conceito de cooperação, como desenvolvido pelo mencionado autor, é encontrado no art. 23, parágrafo único, e no art. 241, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 05.06.1998, da Constituição Federal de 1988. Nas referidas normas constitucionais temos o termo cooperação utilizado para tratar de atividades conjuntas entre os entes da Federação.

O art. 23, da Constituição Federal de 1988, que trata da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, fixa, no seu parágrafo único, que “Lei Complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação). In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 214. Op. cit., p. 45.

Ainda, trata da mesma conceituação em: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 276. 683 p.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Op. cit., p. 176

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação). In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 214, Op. cit., p. 45, em nota de rodapé, lembra que os mencionados conceitos estão presentes no seu **Curso de Direito Administrativo**, 11^a. edição, Op. cit., pp. 134 e 197.

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

De outra parte, é indispensável destacar que os conceitos de cooperação e colaboração, tratados muitas vezes como sinônimos, são utilizados mais recentemente, de forma crescente, no âmbito do direito obrigacional, de um lado, para caracterizar tipos de obrigações, tanto de direito público, quanto de direito privado, onde temos interesses e objetivos comuns ou elevado grau de convergência entre os participantes da relação jurídica²⁶, e, de outro lado, para definir as referidas noções como elementos fundamentais da própria relação obrigacional ou como princípio geral da disciplina obrigacional.²⁷

²⁶ Verificamos os citados exames, somente para exemplificar, em:

ASCARELLI, Tullio. O Contrato Plurilateral. In: **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, pp. 271-332, pp. 274-278. 593 p.;

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico** – Tomo II. Tradução de Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 1969, pp.193-209. 500 p.; ou BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico** – Tomo II. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, pp. 142-154. 376 p.; ou **Teoria General del Negocio Jurídico**. Tradução de A. Martin Perez. Madrid: Revista de Derecho Privado, s/d., pp. 222-228. 464 p.;

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XXXVIII - - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Bilaterais e Negócios Jurídicos Plurilaterais. Pressupostos. Vícios de Direito. Vícios do Objeto. Evicção. Redibição. Espécies de Negócios Jurídicos Bilaterais e de Negócios Jurídicos Plurilaterais. 3^a. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp. 6-12. 472 p.;

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 4^a. edição, 2^a. tiragem. São Paulo: Editora RT, 2004, pp. 79-97. 1.109 p.;

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 169-173 e 187-189. 397 p.;

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de.; WALD, Alexandre de M. **Direito de Parceria e a Lei de Concessões: Análise das Leis nºs. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente**. 2^a. edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 36 e 37. 963 p.

²⁷ Podemos encontrar as mencionadas formulações, por exemplo, em:

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil** – Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações – Volume V – Tomo I (Artigos 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 20-30. 782 p.;

Emilio Betti, em texto lembrado por Eros Roberto Grau²⁸, diz que doutrinariamente se efetua a distinção entre contrato e acordo, a partir sobretudo dos interesses opostos ou paralelos em jogo na relação:

“O negócio (bilateral ou plurilateral) de interesses opostos ou divergentes é o contrato; pelo contrário, o negócio (sobretudo plurilateral, mas também o bilateral) com interesses paralelos ou convergentes, costuma qualificar-se como acordo, no sentido mais restrito que, doutrinariamente, se convencionou dar a este termo.²⁹,

De outro lado, salientamos que Emilio Betti, logo a seguir, adverte em relação à relatividade e limitações da distinção efetuada restritamente a partir da dicotomia interesses divergentes/convergentes e, ainda, aponta para uma perspectiva de relação obrigacional que deve ser vista, para além de ser meio de obtenção da composição de conflito, sobretudo como instrumento de colaboração. O autor leciona que:

Para compreender bem a distinção entre contrato e acordo em sentido estrito, é preciso ter em conta a relatividade destas qualificações. Contrato e Acordo não designam categorias de negócios claramente antitéticas (que elas não são antitéticas, é logo demonstrado pelas simples reflexão de que o acordo, no sentido mais lato, é o primeiro requisito do contrato: art. 1.325, nº 1, do Cód. Civil). Acontece que, uma e outra categoria correspondem a duas concepções diferentes do negócio bilateral ou plurilateral.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e *Taxis*: A Boa-Fé nas Relações de Consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito Privado**: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado. São Paulo: Editora RT, 2002, pp. 611-661, pp. 612 e 631-633. 861p.;

BETTI, Emilio. **Teoría General de las Obligaciones** – Tomo I. Tradução José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 1-4, 37-38 e 69-74. 420 p.;

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. Op. cit., p. 189.

²⁸ GRAU, Eros Roberto. Convênio e Contrato. In: **Enciclopédia Saraiva do Direito** – Volume 20. Coordenação do Prof. R. Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 378-380, p. 379. 520 p.

²⁹ BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo II. Tradução de Fernando de Miranda. 1969. Op. cit., p. 198. 500 p.

Ainda, temos recente edição brasileira: BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico** – Tomo II – Anotações de Acordo com o Novo Código Civil. 2003. Op. cit., p. 146.

As mencionadas lições podem ser encontradas, na edição espanhola: BETTI, Emilio. **Teoria General del Negocio Jurídico**. s/d.Op. cit., p. 225.

Corresponde a uma orientação privatística do pensamento herdado da tradição jurídica romana, considerar as partes de um negócio bilateral como estando em conflito de interesses uma com a outra, e ver no negócio celebrado a composição obtida entre pretensões contrárias. Mas na medida em que, pelo contrário, é possível afirmar uma orientação publicística da ciência jurídica, logo se desenha, ao invés, a necessidade da colaboração entre as partes no negócio bilateral ou plurilateral, e este é encarado, desde o princípio, mais do que como meio para obter a composição de um conflito individual, como instrumento de colaboração, destinado a realizar entre interesses, mesmo divergentes, uma convergência que corresponda à utilidade social.³⁰

José Abreu Filho, examinando a distinção entre o contrato e o acordo, lembra que:

(...) Santoro-Passarelli é dos que não encontra cabimento para tal diversificação, parecendo-lhe que tudo, afinal, se traduz em ato de natureza contratual. Nos seus estudos o civilista italiano, embora admita que a doutrina separa, conceitualmente, contrato e acordo, entendido o primeiro o negócio que resolva um conflito de interesses e o segundo como sendo o negócio que dê satisfação a interesses distintos, mas concorrentes, inclina-se, contudo, para o posicionamento igualitário, que engloba as duas figuras como espécies de natureza contratual.^{31 32}

Ainda, Francesco Santoro-Passarelli, nega relevo à distinção entre contrato e acordo, ao menos no direito privado patrimonial, como também entende que aos contratos plurilaterais se aplica, como regra, a disciplina geral dos contratos. O mencionado jurista italiano se manifesta como segue:

³⁰ BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo II. 1969. Op. cit., pp. 198-199.

Ainda, temos edição brasileira: BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico** – Tomo II – Anotações de Acordo com o Novo Código Civil. 2003. Op. cit., pp. 146-147.

Igualmente, verificamos na edição espanhola: BETTI, Emilio. **Teoria General Del Negocio Jurídico**. s/d. Op. cit., pp. 225-226.

³¹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida Editora, 1967, pp. 176-177. 293 p. Título Original: Dottrine Generali del Diritto Civile. 8^a. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964.

³² ABREU FILHO, José. **O Negócio Jurídico e Sua Teoria Geral**. 5^a. edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78. 415 p.

Contrato e acordo. Assente a identificação legislativa do negócio patrimonial com duas ou mais partes com o contrato, torna-se necessário negar relevo, ao menos no direito privado patrimonial, à distinção entre contrato e acordo, o que aliás resulta da própria definição legislativa do contrato como o acordo de duas ou mais partes (art. 1321º).

Segundo aquela distinção, é contrato o negócio que resolva um conflito de interesses, é acordo o negócio que dê satisfação a interesses distintos, mas concorrentes (para uma aplicação relativamente a negócios de direito público, arts. 5º prel., e 2.063º).³³ Não se nega que existam também no direito privado patrimonial, ao lado dos negócios em que apenas se encontram e compõem interesses contrapostos, outros negócios que visam além disso a realização de um fim comum às partes; pelo contrário, a hipótese está textualmente prevista numa norma de carácter geral (art. 1.420º). Mas o que importa estabelecer é que a lei também reconhece e considera decisivo nestes negócios o momento da combinação de interesses contrapostos, e por isso considera-os e define-os como contratos.

Neste sentido, entendemos que não pode admitir-se a existência de acordos de direito patrimonial e que todos os negócios com várias partes entram, por uma razão não apenas terminológica, mas também substancial, na figura geral do contrato.

Identificação do negócio plurilateral com o contrato plurilateral. O Código contém um grupo de normas próprias de alguns negócios com mais de duas partes, denominados contratos plurilaterais (arts. 1.420º, 1.446º, 1.459º e 1.466º)³⁴, fórmula a que deveria corresponder a de contratos bilaterais para designar os contratos com duas partes, embora se continue a chamar bilateral ao contrato com prestações correspectivas (art. 1.453º e ss.). Pertencem à categoria dos contratos plurilaterais os contratos de

³³ O autor menciona as obras que seguem:

CASERTA. Accordo e Contratto. In: **Annali dell'Università di Bari**. Bari: 1943, pp. 213 e ss.;
TRIMARCHI. Accordo (Teoria Generale). In: **Enciclopedia di Diritto**, I. Milano: Giuffrè, 1958, pp. 297 e ss.

³⁴ O autor lembra os seguintes trabalhos:

ASCARELLI. Il Contratto Plurilaterale. In: **Studi in Tema di Contratti**. Milano: Giuffrè, 1952, pp. 97 e ss.;
Noterelle Critiche in Tema di Contratto Plurilaterale, ivi, pp. 157 e ss.;
Contratto Plurilaterale e Totalizzatore, ivi, pp. 169 e ss.;
FERRI, G. Contratto Plurilaterale. In: **Novissimo Digesto Italiano**, IV. Torino: UTET, 1959, pp. 678 e ss.

associação, sociedade, consórcio e sindicato de acionistas. Mas não há dúvida de que aos contratos plurilaterais se aplica, no demais, a disciplina geral dos contratos”.³⁵

Destacamos que Ronaldo Porto Macedo Jr., de um lado, entende que “a cooperação assume um caráter central no contrato”,³⁶ e, enuncia, de outro lado, quando trata dos temas Acordo e Contrato, que “à medida que entra em crise o pressuposto (...) da existência de interesses antagônicos nas relações contratuais, começa a perder funcionalidade a distinção dogmática entre contrato e acordo”.³⁷

Ainda, tratando das características do contrato, Hely Lopes Meirelles entende o mesmo como sendo “sempre bilateral, e, em regra, formal, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*”.³⁸ O mesmo autor, esclarece os conceitos enumerados, como segue:

Com isso se afirma que é um acordo de vontades (e não um ato unilateral e impositivo da Administração); é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencionada; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuitu personae* porque exige a pessoa do contratado para sua execução.(...)³⁹

Jacinto Arruda Câmara, estabelecendo noções gerais sobre os contratos administrativos, considera os contratos administrativos como “atos jurídicos, na medida em que, por seu intermédio, são introduzidas normas no ordenamento”, ao passo que “quanto à formação, são qualificados como bilaterais, pois são atos

³⁵ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**. 1967. Op.cit., pp. 176-177.

³⁶ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. Op. cit., p. 189.

³⁷ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. Op. cit., pp. 82-83.

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11^a. edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 157. 420 p.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes **Licitação e Contrato Administrativo**. 11^a. edição. Op. cit., p. 157.

jurídicos que dependem da vontade conjugada das partes envolvidas para serem constituídos”.⁴⁰

3.1.2. A distinção entre as noções de Ato Complexo e Contrato, de Ato Administrativo Complexo e Contrato da Administração Pública, como fundamento para a diferenciação entre Convênio e Contrato da Administração Pública

Igualmente, lembramos que parte da doutrina que questiona o caráter contratual do Convênio da Administração Pública, vincula o mesmo aos atos administrativos complexos.

O tema ato complexo, segundo elementos trazidos pelos trabalhos de José Cretella Júnior⁴¹, Edmir Netto de Araújo⁴², Sandra Julien Miranda⁴³ e Elival da Silva Ramos⁴⁴, foi abordado pioneiramente no direito alemão, por Otto Gierke, e tratado após, na doutrina tedesca, dentre outros, por Karlowa, Binding, Kuntze,

⁴⁰ CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 29. 198 p.

⁴¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2ª. edição, 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 133-150. 576 p.

Ainda, podem encontrar-se formulações no mesmo sentido em: CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo – Volume II – Teoria do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, pp. 82-96. 426 p.

⁴² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Editora RT, 1992, pp. 149-164. 223 p.

⁴³ MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 43-61. 143 p.

⁴⁴ RAMOS, Elival da Silva. Do Ato Administrativo Complexo no Direito Italiano e Brasileiro. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo** nº 32. São Paulo: Centro de Estudos – Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez.1989, pp. 173-177. 265 p.

George Jellinek, Triepel, Fritz Fleiner, Ludwig Ennecerus, Otto Mayer, Ernest Forsthoff.⁴⁵

O assunto foi examinado no direito italiano, segundo lembram os autores mencionados, somente para exemplificar, por Vittorio Brondi, Donato Donati, Umberto Borsi, Silvio Trentin, Nicola Coviello, Bracci, Santi Romano, Arturo Ríspoli, Oreste Ranelletti, Ugo Forti, Umberto Fragola, Cino Vitta, Guido Zanobini e Renato Alessi.⁴⁶

⁴⁵ Os autores destacam em relação ao debate sobre o tema ato complexo, no direito alemão, as obras de:

GIERKE, Otto. **Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung**. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung, 1887.;

KARLOWA. Zur Lehre von den Juristischen Personem. Zeitschrift für das Privat-und öffentl. In: **Recht der Gegenwart** vol. XV. 1888.;

BINDING. Die Grundung des Norddeutschen Bundes. In: **Festgabe der Leipziger Juristenfakultat für B. Windscheid**. Leipzig, 1888.;

KUNTZE. Der Gesamttakt, ein neue Rechtsbegriff. In: **Festgabe der Leipzig Juristenfakultat, für O. Müller**. Leipzig, 1892.;

JELLINEK, George. **System der subjectiven öffentlichen Rechte**. Freiburg im Breisgau, 1892.;

TRIEPEL. **Voelkerrecht und Landesrecht**. 1899. Tradução italiano Torino, 1913.;

FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Tradução de Charles Eisenmann. Paris: Dellagrave, 1928-1933.;

ENNECERUS, Ludwig. **Tratado de Derecho Civil**, vol II. Tradução espanhola de Blas Peres Gonzáles e José Alguér. Barcelona: Bosch, 1935.;

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán** - Parte General – Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1949.;

FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: 1958.

⁴⁶ Salientam os autores que abordam o tema ato complexo, no direito italiano, os trabalhos de:

BRONDI, Vittorio. L'Atto Complesso nel Diritto Pubblico. In: **Studi Giuridici Dedicati e Offerti a Francesco Schupfer nella Ricorrenza del XXXV Anno del sua Insegnamento** – Parte 3ª. Torino: 1898.;

DONATI, Donato. Atto Complesso, Autorizzazione, Aprovazione. In: **Archivio Giuridico Filippo Serafini**, vol. XII, pp. 3-105. Modena: 1903.;

BORSI, Umberto. L'Atto Complesso. In: **Studi Senesi**, vol. XX. 1903.;

BORSI, Umberto. Le Funzioni del Commune Italiano. In: **Primo Trattato de Orlando** – vol. II – 2ª. Parte. Milano, 1913.;

Os autores destacam que o tema mereceu análise também no direito francês, por exemplo, em Du Bézin, Maurice Hauriou, Gaston Jèze, Marc Réglade, Leon Duguit e André de Laubadère.⁴⁷ Na Espanha, temos assinalado os estudos de Recaredo Fernandez de Velasco Calvo, José Gascón y Marin e Carlos Garcia Oviedo.⁴⁸ Na América Latina, temos anotado, somente para exemplificar, os

TRENTIN, Silvio. L'Atto Amministrativo. In: **Contributi allo Studio della Manifestazione di Volontà della Amministrazione**. Roma: Athenaeum Società Editrice Romana, 1915.;

COVIELLO, Nicola. **Manuale di Diritto Civile Italiano**. Milano: Società Ed. Libreria, 1924.;

BRACCI. **L'Atto Complesso in Diritto Amministrativo**. Siena, 1927.;

ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Amministrativo**. 3^a. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937.;

RÍSPOLI, Arturo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. 3^a. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1938.;

RANELLETTI, Oreste. **Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali**. 7^a. ed. Milano: A. Giuffrè Editore, 1945.;

FORTI, Ugo. **Lezioni di Diritto Amministrativo – Parte Generale – Vol. II – Il Rapporto – La Teoria degli Atti**. 4^a. ed. e 2^a. ristampa. Napoli: Raccolte dal Dott. C. C.M. Iaccarino, 1950.;

FRAGOLA, Umberto. **Gli Atti Amministrativi**. Milano: Torino: Unione Editrice Torinese, 1952.;

VITTA, Cino. **Diritto Amministrativo – vol. I**. 4^a. ed.. Torini: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954.;

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo – v. I**. 8^a. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958.;

ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo – v. I**. 3^a. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974.

⁴⁷ Os autores anotam que tratam do tema ato complexo, no direito francês, os trabalhos de:

BÉZIN, Du. **Exposé des Doctrines Allemandes et Italiennes sur L'Acte Complexe**. Toulouse: Recueil de L'Académie de Legislation de Toulouse, 1905.;

DUGUIT, Leon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Alberto Fontemoing Editeur, 1907.;

RÉGLADE, Marc. **De la Nature Juridique de L'Acte D'Association**. Bordeaux, 1920.;

JÈZE, Gaston. **Principes Généraux de Droit Administratif**. Paris: Giard e Brière, 1926.;

HAURIOU, Maurice. **Precis de Droit Administratif et de Droit Public**. Paris: Sirey, 1927.;

JÈZE, Gaston. **Principios Generales del Derecho Administrativo – vol. III**. Buenos Aires: Depalma, 1949.;

LAUBADÈRE, André de. **Traité Élémentaire de Droit Administratif – vol. I**. Paris: Librairie General de Droit et Jurisprudence, 1963.

⁴⁸ Destacam os autores que examinam o assunto ato complexo, no direito espanhol, os estudos de:

CALVO, Recaredo Fernandez de Velasco. **El Acto Administrativo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1929.;

MARIN, José Gascón y. **Tratado de Derecho Administrativo – v. 1**. 5^a. ed. Madrid: C. Bermejo, 1933.;

trabalhos de Gabino Fraga, Enrique Sayagués Laso, Manuel Maria Diez, Rafael Bielsa e Augustin Gordillo.⁴⁹

Os autores assinalados destacam que, na literatura nacional, a questão foi tratada inicialmente por Mário Masagão, Tito Prates Fonseca, J. Guimarães Menegale, Temístocles Brandão Cavalcanti, Ruy Cirne Lima, Seabra Fagundes e Vitor Nunes Leal.⁵⁰ Nos dias atuais, o tema é tratado pela maioria dos administrativistas pátrios, embora as sensíveis diferenças que podem ser verificadas nos enfoques dados para o assunto pelos mesmos.

José Cretella Júnior, aborda o surgimento da teoria dos atos complexos. Destacamos, dos ensinamentos do mencionado administrativista, que:

OVIEDO, Carlos Garcia. **Derecho Administrativo**. 7^a. edição. Madrid: 1959.

⁴⁹ Na América Latina, aborda-se a temática ato complexo, nas obras de:

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 14^a. ed. México: Porrúa, 1971.;

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de Derecho Administrativo** - v. 1. Montevideo: Martin Bianchi Altina, 1952.;

DIEZ, Manuel Maria. **Derecho Administrativo** – v. II. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1965.;

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo** – v. II. 6^a. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.;

GORDILLO, Augustín. **El Acto Administrativo**. 2^a. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

⁵⁰ No Brasil, salienta-se o tema ato complexo, nos estudos de:

MASAGÃO, Mário. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 1933, 114 p.;

FONSECA, Tito Prates. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.;

MENEGALE, J. Guimarães. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**. Rio de Janeiro Borsói, 1957.;

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo** – v. I. 5^a.edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.;

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5^a. edição. São Paulo: Editora RT, 1982. 229 p. ;

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3^a.edição. Rio de Janeiro: Forense, 1957.; a mesma obra foi publicada pela Editora Forense, na 7^a. edição, em 2005, contendo 556 p.;

LEAL, Vitor Nunes. Valor das Decisões do Tribunal de Contas. In: **Revista de Direito Administrativo** – Vol. 12. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril-junho de 1948, pp. 418-431.

Deve-se aos teóricos alemães⁵¹ a formulação da teoria do ato complexo, já que a figura do contrato era insuficiente para explicar determinadas situações em que o concurso de manifestações não gerava obrigações recíprocas entre as partes.

Foi Otto Gierke (...) o primeiro tratadista a demonstrar o engano em que incidiam os que consideravam como típica figura contratual o ato constitutivo de sociedade por ações ou de uma associação. Ponderava Gierke que “o ato do estabelecimento de associação não é contrato, mas sim ato coletivo unilateral, que não encontra símile no direito Individual” (*Die Genossenschaftstheorie*, p. 133) e que “a noção de contrato de sociedade é também inexata no que concerne à constituição dum Estado ou duma Igreja e não pode mais servir de fundamento às corporações de direito privado, como às de direito público (*Die Genossenschaftstheorie*, pp. 133-134, nota 3)⁵² (...)

Na própria Alemanha, expressa e categórica aplicação do novo conceito ao campo do direito público se deve, logo depois, à obra de Jellinek (**System der subjectiven öffentlichen Rechte**, 1892) que, caracterizando o nome de *Vereinbarung* a formação da Confederação Germânica do Norte, delinea os pontos salientes que a tornam distinta do contrato.

Escreveu Jellinek: “A *Vereinbarung* é a produção, por muitos atos de vontade individuais, duma declaração de vontade, una, juridicamente relevante, quer se trate de vontade de pessoas autônomas, quer emane de órgãos de uma coletividade. O contrato, ao contrário, é o acordo entre várias pessoas para a execução e a recepção de prestações. A *Vereibarung* é a união de vontades, em vista de um fim comum; o contrato é a união de vontades em vista a satisfação de interesses opostos, ou pelo menos de interesses não concordantes” (**System der subjectiven öffentlichen Rechte**, 1892, pp.193-194).(…) ⁵³ ⁵⁴

⁵¹ O autor questiona opinião de Ruy Cirne e Lima, que entende “o ato complexo não é mais que a revivescência moderna de antiqüíssimo preceito romano, não transmitido ao direito contemporâneo, ao influxo do qual se desconhecia qualquer unidade entre as obrigações múltiplas nascidas do mesmo negócio jurídico” (**Sistema de Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Tipografia Santa Maria, 1953, p. 153).

No mesmo sentido, podemos encontrar formulação em: LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1982, pp. 88-89. 229 p.

⁵² GIERKE, Otto. **Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung**. Op. cit., pp. 133 e ss.

⁵³ JELLINEK, George. **System der subjectiven öffentlichen Rechte**. 1892. Op. cit., pp. 193-194.

⁵⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2ª. edição, 2ª. tiragem. Op. cit., pp. 139-142.

Assevera Edmir Netto de Araújo, examinando o nascimento da teoria do ato complexo, em sentido similar ao lecionado por José Cretella Júnior, que:

Os juristas são concordes em atribuir a Gierke⁵⁵ a construção da teoria do ato complexo (“*Gesammtakt*”), ao contestar a natureza de ato contratual ao ato constitutivo da sociedade por ações, por ele considerado como ato coletivo unilateral, sem similar no direito individual; também inexata (natureza contratual) para a constituição de Estado ou Igreja, não sendo ainda aplicável às corporações de direito privado ou de direito público. Imediatamente, G. Jellinek⁵⁶ impulsionou a teoria, estabelecendo os pontos que tornam a *vereinbarung* (acordo ou união não contratual, nome por ele dado à personalizada formação da Confederação Germânica do Norte) diferente do contrato: no primeiro produz-se, por muitos atos individuais, uma declaração de vontade una, juridicamente relevante, seja de pessoas autônomas, seja de órgãos de uma coletividade, caracterizando-se como união de vontades para um fim comum, ao contrário do contrato, que é a união ou acordo de vontades tendo em vista a satisfação de interesses opostos ou ao menos não concordantes.⁵⁷

Sandra Julien Miranda, lembrando o surgimento conceitual do ato complexo, anota que:

Historicamente considerado o assunto, ensina a melhor doutrina haver sido o teórico alemão Otto Gierke, em sua obra, hoje clássica, *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung*, o primeiro tratadista a demonstrar que o estabelecimento de uma associação não é contrato, mas um ato coletivo unilateral, que não encontra símile no direito individual.

Nessa obra Gierke teria utilizado a expressão *Gesammtakt* em lugar de contrato, que considerou impróprio e diverso do fim, para explicar o surgimento das corporações que se constituem pela voluntária deliberação de cada um dos participantes e relativamente às quais o Estado não intervém, senão prescrevendo, de maneira geral, os pressupostos da voluntária constituição, ou de modo acessório, com a aprovação do ato de fundação. (...)

Ainda, podem encontrar-se formulações no mesmo sentido em: CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo** – Vol. II – Teoria do Ato Administrativo. Op. cit., pp. 86-89.

⁵⁵ GIERKE, Otto. **Die Gossenschaftstheorie und Deutsche Rechtsprechung**. Op. cit., pp. 133 e ss.

⁵⁶ JELLINEK, Georges. **Sistem Der Subjective Offentlichen Recht**. 1892. Op. cit., pp. 193-194.

⁵⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. Op.cit., p. 158.

Estas primeiras formulações do conceito de ato complexo partiam, sem dúvida, de uma contraposição à idéia de contrato, vislumbrando-se na figura do *Gesammtakt* uma manifestação de vontades paralelas, colocando como personagem central no ato complexo a *Vereinbarung*, que é o acordo de várias vontades para dar vida a um ato com um escopo comum a todos os participantes, ainda que colidentes, como no contrato. (...)

Na ocasião os exemplos típicos utilizados pelos alemães para caracterizar o ato administrativo complexo eram a união de indivíduos para formar uma corporação e a união de Estados para formar uma confederação.⁵⁸

Lembra Elival da Silva Ramos que temos na doutrina alemã (Gierke, 1887) “a formulação primeira da teoria do ato complexo, já que a figura do contrato era insuficiente para explicar determinadas situações em que o concurso de vontades não gerava obrigações recíprocas entre as partes”.⁵⁹

Vicente Ráo anota que se costuma “atribuir a construção da doutrina do ato complexo a Gierke (*Die Genossenschaftstheorie und Deutsche Rechtsprechung*, 1877), embora sua origem possa ser encontrada nas fontes mais remotas dos princípios reguladores das declarações conjuntas e unitárias de múltiplas vontades”.⁶⁰ O mencionado jurista, tratando dos atos jurídicos simples e complexos, registra que “simples se consideram os atos produzidos pela declaração de vontade de um só agente, ou de dois ou mais agentes constituídos em partes reciprocamente contrapostas”, ao mesmo tempo que se dizem “complexos, em sentido amplo, os atos resultantes do concurso de várias vontades paralelas”.⁶¹ Conceitua o mesmo autor que “no

⁵⁸ MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. Op. cit., pp. 44-46.

⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. Do Ato Administrativo Complexo no Direito Italiano e Brasileiro. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo** nº 32. Op. cit., p. 174.

⁶⁰ RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. Noção, Pressupostos, Elementos Essenciais e Acidentais. O Problema do Conflito entre os Elementos Volitivos e a Declaração. 4ª. edição anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 57. 426 p.

⁶¹ RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. Noção, Pressupostos, Elementos Essenciais e Acidentais. O Problema do Conflito entre os Elementos Volitivos e a Declaração. 4ª. edição anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2ª. tiragem. Op. cit., p. 57.

ato complexo (...) vários elementos se encontram, tais: a) o concurso de várias vontades; b) sua atividade homogênea; c) o exercício do mesmo poder ou faculdade; d) a perseguição do mesmo fim, ou seja, de um fim comum”.⁶²

Edmir Netto de Araújo, trata também do desenvolvimento da teoria dos atos complexos pela doutrina italiana. Das lições do mesmo, anotamos que:

O precursor da assim chamada doutrina italiana do ato complexo, não obstante reportando-se à doutrina alemã, foi sem dúvida Coviello⁶³, ainda na área do direito privado, do qual ao direito administrativo se irradia. Como os alemães, também distingue os “*atti complessi* (“*Gesammtakte*”, atos complexos) dos contratos porque nestes se encontram dois sujeitos contrapostos, cujas vontades se cruzam, e naqueles, dois ou vários sujeitos agem da mesma parte”, declarando vontades paralelas.

Mas com notável clareza, acrescenta que, se o contrato vincula a vontade das partes sem unificá-las, o ato complexo opera a fusão de vontades de igual conteúdo para a formação de uma vontade coletiva: por isso, no contrato uma parte se obriga perante a outra e no ato complexo os participantes não se obrigam reciprocamente (donde a inadmissibilidade de permanência obrigatória nos convênios, p.ex.), mas objetivam produzir, para terceiros ou para a coletividade (no caso do direito público), os efeitos comuns por todos desejados.⁶⁴

Destaca Edmir Netto de Araújo, no exame do desenvolvimento da doutrina italiana relativa aos atos complexos, que:

O que fica claro, na análise da evolução da doutrina italiana, é que não é suficiente a soma de manifestações de vontades, (como votos pró ou contra, p. ex.), mas sim que haja configuração da conjugação de vontades unitárias para um fim comum, de forma paralela e não contrapostas (como nos contratos), para caracterizar o ato administrativo complexo.⁶⁵

⁶² RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. Noção, Pressupostos, Elementos Essenciais e Acidentais. O Problema do Conflito entre os Elementos Volitivos e a Declaração. 4^a. edição anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2^a. tiragem. Op. cit., p. 57.

⁶³ COVIELLO, Nicola. **Manuale di Diritto Civile Italiano**. Op. cit., pp. 320 e ss.

⁶⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. Op. cit., p. 160.

⁶⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. Op. cit., p. 162.

Sandra Julien Miranda, examinando os critérios para definir o ato administrativo complexo, afirma que “teríamos um primeiro grupo de autores partidários do critério que leva em conta como elemento essencial na conceituação (...) o número de declarações de vontade, consagrando, assim, um critério puramente volitivo”⁶⁶, ao passo que “um segundo grupo de autores está baseado em critério que coloca em primeiro plano a natureza da fonte de onde emana o ato”.⁶⁷ A referida autora lembra que “finalmente, no Brasil, José Cretella Jr., Celso Antonio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apenas para citar alguns exemplos, adotam o critério orgânico, considerando básico para a conceituação (...) o elemento órgão”.^{68 69}

⁶⁶ O critério volitivo para definir o ato complexo, pode ser encontrado, por exemplo, em:
 VITTA, Cino. **Diritto Amministrativo** – vol. I. 4^a. ed. Op.cit., pp. 394-395.;
 ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo** – v. I. 3^a. ed. Op. cit., p. 378.;
 FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 14^a. ed. Op. cit., p. 244.,
 CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo** – v. I. 5^a.edição. Op. cit., p. 244.;
 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3^a.edição. Op. cit., pp. 53-54; a 7^a. edição da presente obra foi recentemente publicada, conforme referencias já fornecidas.

⁶⁷ O critério da natureza da fonte de onde emana o fato é defendida, dentre outros, por:
 ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo** – v. I. 8^a. ed. Op. cit., pp. 253-254.;
 ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Amministrativo**. 3^a. ed. Op. cit., p. 23.;
 RANELLETTI, Oreste. **Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali**. 7^a. ed. Op. cit., p. 117.;
 RÍSPOLI, Arturo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. 3^a. ed. Op. cit., p. 349.;
 LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de Derecho Administrativo** - v. 1. 1952. Op. cit., p.33.;
 DIEZ, Manuel Maria. **Derecho Administrativo** – v. II. 1965. Op.cit., p. 213.;
 MARIN, José Gáscón y. **Tratado de Derecho Administrativo** – v. 1. 5^a. ed. Op. cit., p. 198.

⁶⁸ As referências dos autores brasileiros citados que defendem o critério orgânico:
 CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume II – Teoria do Ato Administrativo. 1966. Op. cit., p. 83.;
 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9^a. edição. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 263.;
 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 8^a. edição. São Paulo: Atlas, 1997, p. 185.

⁶⁹ MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. Op. cit., p. 47.

Sandra Julien Miranda, tratando do critério volitivo, destaca, a distinção efetuada por Renato Alessi entre atos complexos e contratos, a partir da dicotomia interesses comuns, para os primeiros, e interesses contrapostos, para os segundos. A autora lembra, como segue, o enunciado pelo autor italiano mencionado:

Nessa (...) classe dos atos administrativos compostos em sentido amplo Renato Alessi⁷⁰ menciona, primeiramente, atos complexos, nos quais as distintas atividades, dadas a sua homogeneidade e unidade de fim imediato, fundem-se em um bloco funcional unitário e dirigem-se à satisfação de um interesse comum.

Distingue, a seguir, os contratos, nos quais as distintas atividades, embora sendo homogêneas e dirigidas a uma finalidade imediata comum, quando se fundem em um bloco funcional unitário dirigem-se à satisfação de interesses contrapostos.⁷¹

Registra Sandra Julien Miranda, tratando do critério da fonte do ato, a diferenciação trazida por Guido Zanobini entre os atos complexos e os contratos, referindo-se, de um lado, quando examina os atos complexos, às noções de conteúdo e finalidades unitários e, ainda, de ato unilateral, e, de outro lado, quando trata dos contratos, aos conceitos de conteúdo e finalidades contrapostos e, também, de bilateralidade ou pluralidade. A autora anota o especificado pelo autor italiano mencionado, da seguinte maneira:

(..) da mesma forma que a maioria dos autores, preocupa-se Zanobini⁷² com a distinção do ato administrativo complexo de outras formas de concurso de vontade, particularmente do ato coletivo, do contrato entre entes públicos e do controle estatal sobre as deliberações de entes autárquicos, precisamente pelo requisito que considera essencial aos primeiros, isto é, a unidade de conteúdo e de fim.

Observa, assim, que o ato coletivo também resulta de várias vontades de conteúdo e finalidades iguais, mas distintas e que se unem apenas na manifestação, permanecendo juridicamente autônomas. (...)

Também o contrato ente entes públicos não pode ser assimilado aos atos administrativos complexos, porque, muito embora nele não falte a fusão de

⁷⁰ ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo** – v. I. 3^a. ed.. Op. cit., pp. 377-379.

⁷¹ MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. Op. cit., p. 48.

⁷² ZANOBINI, Guido. **Corso de Diritto Amministrativo** – v. I. 8^a. ed. Op. cit., pp. 252-256.

vontades dos entes que participam, tais vontades têm um fim diverso e habitualmente contraposto, tanto que os sujeitos assumem reciprocamente a posição de partes e o próprio ato é dito bilateral ou plurilateral, expressão que designa interesse, posição distinta e contraposta. É justamente o que falta no ato complexo: a distinção de interesse das partes. É um ato administrativo unilateral, se bem que deliberado por vários sujeitos.⁷³

José Cretella Júnior, tratado da classificação atos complexos iguais ou desiguais, e, ainda, de complexidade interna ou externa, lembra que:

Segundo a terminologia criada pelos doutrinadores italianos⁷⁴, classificam-se os atos complexos em: iguais e desiguais; de complexidade interna e externa.

Chamam-se atos complexos iguais aqueles que se concretizam através de vontades que encerram o mesmo valor jurídico⁷⁵, (...) entendendo-se por atos complexos desiguais aqueles que se concretizam mediante vontades de valor jurídico diversos, preponderando de tal modo uma delas que o ato é formalmente peculiar à vontade dominante, enquanto que as demais vontades, embora, em substância, iguais ou mais decisivas, assumem o valor de meros pressupostos⁷⁶, (...).

Chamam-se atos de complexidade interna aqueles que se concretizam através de vontades que emanam de órgãos ou agentes da mesma entidade

⁷³ MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. Op. cit., p. 51.

⁷⁴ A terminologia foi criada, dentre outros, pelos seguintes autores italianos:
BORSI, Umberto. *Le Funzione del Comune Italiano*. In: **Primo Trattato de Orlando**, vol.II, 2ª parte. Op. cit., p. 22.;
VITTA, Cino. **Diritto Amministrativo**, vol. I. 3ª. ed. Torino: UTET, 1949, p. 372.;
ZANOBINI, Guido. **Corso de Diritto Amministrativo**, vol I. 6ª. ed. Milano: Dott A. Giuffrè-Editore, 1950, p. 205.

⁷⁵ O autor menciona o entendimento no mesmo sentido, por exemplo, de:
BORSI, Umberto. *Le Funzione del Comune Italiano*. In: **Primo Trattato de Orlando**, vol.II, 2ª parte. Op. cit., p. 22.;
ZANOBINI, Guido. **Corso de Diritto Amministrativo**, vol I. 6ª. ed. Op. cit., p. 205.

⁷⁶ Lembra o autor opinião de: RANELETTI, Oreste. **Teoria degli Atti Amministrativi Speciali**. 7ª. ed. Op. cit., pp. 117-118.

e atos de complexidade externa, em caso contrário;⁷⁷ neste último exemplo, tais casos tomam o nome de acordo.^{78 79}

Enuncia Elival da Silva Ramos, referindo-se aos atos complexos iguais e desiguais, que “há atos complexos iguais, que se concretizam por meio de vontades que encerram o mesmo valor jurídico e atos complexos desiguais, que se concretizam mediante vontades de valor jurídico diverso, predominando uma delas”.⁸⁰

O mesmo autor, tratando dos atos de complexidade interna e externa, enuncia que:

(...) Os atos, formados a partir da vontade de vários órgãos de um mesmo sujeito público, seriam aqueles dotados de complexidade interna, ao passo os decorrentes da vontade de vários sujeitos seriam dotados de complexidade externa (p. e., os acordos, os convênios, etc.). Em ambos os casos, é condição indispensável a identidade de conteúdo e a unidade do fim das diversas vontades, que se fundem para formar um único negócio jurídico. (...) ⁸¹

Edmir Netto Araújo, ao examinar situações em que os atos complexos têm caráter negocial ou não, incide sobre os atos complexos iguais ou desiguais, como também trata dos atos de complexidade interna ou externa, como segue:

⁷⁷ Anota o autor que Tito Prates da Fonseca é um dos poucos que, entre nós, mencionam a referida divisão, nos seguintes termos: “A complexidade é interna, quando as vontades integrantes emanam de órgãos ou agentes da mesma entidade. É externa, quando os elementos integrantes da validade da manifestação de vontade pertencem a entidades diferentes” (**Direito Administrativo**. 1939. Op. cit., p. 371).

⁷⁸ ZANOBINI, Guido. **Curso de Direito Administrativo**, vol I. 6^a. ed. Op. cit., p. 205.

⁷⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume II – Teoria do Ato Administrativo. Op. cit., pp. 95-96.

Também, no mesmo sentido: CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2^a. edição e 2^a. Tiragem. Op. cit., pp.149-150.

⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. Do Ato Administrativo Complexo no Direito Italiano e Brasileiro. In: **Revista da Procuradoria Geral de São Paulo** nº 32. Op. cit., p. 177.

⁸¹ RAMOS, Elival da Silva. Do Ato Administrativo Complexo no Direito Italiano e Brasileiro. In: **Revista da Procuradoria Geral de São Paulo** nº 32. Op. cit., p. 175.

Os atos complexos serão ou não negócios jurídicos conforme a personalidade dos manifestantes da vontade e conforme o valor de tais manifestações.

Quanto ao valor de vontade declarada, os atos complexos, serão iguais (vontades com o mesmo valor jurídico) ou desiguais (valor jurídico diverso, predominando uma delas, de tal forma que as demais pareçam meros acessórios ou pressupostos da vontade dominante). Estes são atos administrativos complexos em sentido estrito, cuja característica de unilateralidade quanto à vontade unitária sobressai.

Para manifestar vontade de forma unitária, se pressupõe personalidade jurídica. Portanto, quando os atos se concretizam por órgãos ou agentes da mesma entidade, terão apenas complexidade interna, uma vez que a vontade unitária manifestada será a da entidade que os congrega.

O mesmo não ocorre quando as vontades paralelas emanam de entidades com personalidades diversas, pois então os atos serão de complexidade externa, com vontades unitárias diferentes, embora paralelas, conjugando-se para atingir o objetivo comum. Nesses atos, é possível a incidência do caráter negocial.⁸²

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, referindo-se ao conceito de ato administrativo complexo, leciona que:

Ao tratar dos atos jurídicos em sentido lato, distinguiram-se dois gêneros: os atos unilaterais e os bilaterais, reservada, para os primeiros, a consagrada denominação de ato jurídico, no sentido estrito, e subdividida, a segunda categoria, em atos contratuais e atos complexos.

Essas mesmas categorias se repetem no plano do Direito Administrativo, discriminando-se os atos administrativos unilaterais e os plurilaterais, os pactos, os subdividindo-se, estes, por sua vez, em contratos administrativos e atos administrativos complexos. (...).⁸³

O administrativista citado lembra, segundo segue, como as espécies mais comuns de atos administrativos complexos, os convênios, os consórcios e o acordo programa:

⁸² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. Op. cit., p. 156.

⁸³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 14^a. edição, pp. 184-185. 683 p.

Foram mencionadas três, como espécies mais comuns de atos complexos, no direito administrativo brasileiro: o convênio, o consórcio e o acordo de programa. (...).⁸⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando conceitua o Contrato Administrativo, enuncia que:

São, portanto, os contratos administrativos, manifestações de vontades recíprocas, sendo uma delas da Administração Pública, que, integradas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, um dos quais é público.⁸⁵

O mencionado jurista, falando sobre as características do contrato administrativo, anota que “além das seis características, que são as mesmas do ato administrativo, imperatividade, existência, validade, eficácia, exeqüibilidade e executoriedade, acrescem-se cinco outras, que são próprias do contrato administrativo, a saber: bilateralidade, comutatividade, onerosidade, instabilidade e personalidade”.⁸⁶

Tentando esclarecer a temática em exame, Edmir Netto de Araújo, caracteriza o contrato civil e o contrato administrativo como bilaterais, sinalagmático, no geral comutativos, onde temos a reciprocidade de obrigações e o acordo de vontades opostas. O mesmo entende que:

Da mesma forma que no contrato civil⁸⁷, o contrato administrativo é uma espécie de ato administrativo, bilateral, sinalagmático, quase sempre comutativo, que cria direitos e obrigações recíprocas entre as partes. Para caracterizar o contrato entre os negócios jurídicos, basta acrescentar às

⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 14^a. edição. Op. cit., p. 189.

⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 14^a. edição. Op. cit., p. 163.

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Op. cit., p. 167.

⁸⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Obrigações** - Tomo 2. 1959. Op. cit., p.15.

noções focalizadas neste item até agora a questão da reciprocidade de obrigações e a das vontades opostas em acordo.

Sinalagmático, como se sabe, significa exatamente (como são opostos os interesses que motivam as declarações) a reciprocidade das obrigações contraídas, e comutativo, a equivalência intrínseca das prestações a que os contratantes se obrigam, em equilíbrio contratual.⁸⁸

Além disso, Edmir Netto de Araujo estabelece que os negócios administrativos não se resumem aos contratos administrativos, onde temos vontades opostas, mas incluem os acordos de vontades paralelas, como é o caso dos convênios e consórcios administrativo, e estipula ainda que os negócios administrativos são acordos de natureza bilateral ou trilateral. O mesmo entende que:

Mas não são negócios jurídicos somente os contratos administrativos, pois o conceito pode obrigar o acordo de vontades paralelas e não opostas, resultando em síntese formalizada para produzir efeitos “*ex voluntate*”, antes inexistentes, mas objetivando a consecução de um fim comum, com os partícipes, pessoas jurídicas públicas, situando-se em posição de horizontalidade na relação jurídica, e não com uma delas predominando.

É o caso dos convênios e consórcios administrativos, tratados como atos administrativos complexos por parte da doutrina⁸⁹, mas sem perder a natureza negocial que as declarações paralelas são emitidas por entes personalizados e criam relação jurídica nova, embora decorrente de interesse público concreto.

Negócios jurídicos administrativos são, portanto, acordos (bilaterais ou trilaterais) (...).⁹⁰

José Cretella Júnior, tratando das polêmicas e incertezas em relação à temática do ato complexo, anota que “problemas de toda espécie suscita o aparecimento do ato complexo, no campo do direito administrativo, a partir da conceituação, ponto ainda não pacífico entre os tratadistas da disciplina”, ao mesmo tempo que afirma que “a verdade é que, dentro das espécies de atos

⁸⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., pp. 672-673.

⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 151.

⁹⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 673

administrativos, talvez não haja modalidade mais discutida, mais difícil e cheia de incertezas”.⁹¹

Lembra Sandra Julien Miranda que “é grande a dificuldade para conceituar o ato administrativo complexo, já que a doutrina se encontra consideravelmente dividida em função das linhas adotadas e dos pontos de vista enfocados”.

Entende Vicente Ráo que “a divergência dos autores na qualificação do ato complexo e na construção de sua doutrina, bem revela a incerteza reinante na matéria”.⁹²

Ruy Cirne Lima, quando aborda os atos complexos, entende os mesmos como “arcaísmo jurídico revivido” e, ainda, julga que “é manifestamente preferível a dilatação do conceito básico de contrato, em correspondência, de resto, com o progresso dogmático”.⁹³

3.1.3. A distinção entre as noções de Ato Coletivo, Ato Complexo e o conceito de Contrato, as noções de Ato Coletivo e Ato Complexo Administrativo e o conceito de Contrato da Administração Pública, como elementos para fundamentar a diferenciação entre Convênio e Contrato da Administração Pública

José Cretella Júnior, expõe diversos exames colhidos na doutrina sobre o conceito de ato coletivo, e, ainda, em relação a diferença entre o mesmo e o ato complexo, como segue:

⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2^a. ed. e 2^a. tiragem. Op. cit., p. 144.

Temos indicações em sentido idêntico em: CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume II – Teoria do Ato Administrativo. Op. cit., pp. 90-91.

⁹² RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. Noção, Pressupostos, Elementos Essenciais e Acidentais. O Problema do Conflito entre os Elementos Volitivos e a Declaração. 4^a. edição, 2^a. tiragem, anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. 2^a. tiragem. Op. cit., p. 58.

⁹³ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5^a. edição. Op. cit., p. 89.

Também denominados por alguns autores de atos de complexidade externa, caracterizando-se os atos coletivos pela concorrência ou convergência de várias manifestações volitivas formadoras do ato jurídico, “não porque através dessas declarações venha exercitado poder idêntico do qual todas, a um mesmo tempo, participem, mas porque, no mesmo efeito acham satisfação os vários interesses que a cada uma correspondam e que poderiam sempre ser individualmente perseguidos. Não temos, em outras palavras, nesta hipótese, a fusão de vários impulsos para a consecução de escopo que não poderia individualmente ser realizado, porque depende, simultaneamente, de todos, mas sendo união de várias manifestações, já perfeitas, sempre conservam a consciência autônoma” (Silvio Trentin, **L'atto amministrativo**, 1915, p. 157).⁹⁴

Na mesma ordem de idéias está Arturo Rispoli, que salienta não dever a manifestação final ser fusão das declarações singulares, mas união de diversos processos volitivos, como, por exemplo, a deliberação de diversas comunas para a formação de um consórcio. (**Istituzioni**, 1929, p. 308).⁹⁵

Estabelecendo a diferença entre atos coletivos e atos complexos, esclarece Santi Romano que os primeiros “são aqueles nos quais várias manifestações não se fundem e nem se unificam, como nos atos complexos, mas apenas se unem, embora permanecendo distintas, não em vista de interesse ou escopo único, mas em vista de muitos interesses e finalidades iguais e paralelas e, por conseqüência, sem se voltar uma para outra, isto é, não criando, entre si, vínculo contratual” (**Corso**, 1937, p. 232)⁹⁶. Seguindo a mesma orientação, define Lentini os atos coletivos como “aqueles em que várias vontades não se fundem ou se unificam, mas se unem apenas, embora permanecendo distintas, não para conseguir interesse único ou finalidade única, mas vários interesses e finalidades iguais e, assim, sem criar vínculo bilateral” (**Istituzioni**, 1939, p. 187).⁹⁷

“O ato coletivo” – elucida Zanobini, “resulta de mais de uma vontade de conteúdo e finalidade iguais, mas distintas, as quais se unem apenas na

⁹⁴ TRENTIN, Silvio. **L'atto amministrativo**. 1915. Op. cit., p. 157.

⁹⁵ RISPOLI, Arturo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Torino: Libreria Scientifica Giappichelli, 1929, p. 308

⁹⁶ ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Amministrativo**. 3^a. ed. Op. cit., p. 232.

⁹⁷ LENTINI, Arturo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Società Editrice Libreria, 1939, p. 187.

manifestação, permanecendo juridicamente autônomas. No ato coletivo, a invalidade de uma das pessoas, em separado, não influi sobre a validade do ato, visto que se olha a vontade que permanece; no ato complexo, é obrigatório o concurso dos órgãos prescritos e, dada a fusão que se verifica entre as vontades, o vício relativo a uma delas torna inválida qualquer determinação (**Corso**, 6^a ed., 1950, vol. I, p. 206).⁹⁸

Coletivo e complexo para outros autores (Carlos Tivaroni, **Teoria degli atti amministrativi**, 1939, p. 40⁹⁹, e Gabino Fraga, **Derecho Administrativo**, 1958, 7^a. ed, p. 125¹⁰⁰) designam exatamente a mesma figura, sendo, pois, sinônimos perfeitos. Tais autoridades, porém, constituem minoria, porque a quase totalidade dos tratadistas timbra em acentuar que “do ato complexo se distingue claramente o ato coletivo, passando este a ter existência, quando vários sujeitos ou vários órgãos de um mesmo ente concorrem, por identidade de matéria, para formar, em comum ato jurídico (Rameletti, **Teoria degli Atti Amministrativi Speciali**, 1945, 1945, 7^a. ed., p. 119)¹⁰¹

Entre outros, que distinguem o ato coletivo do ato complexo podemos citar: (...) Tito Prates da Fonseca (“Atos coletivos são aqueles que emanam de diversos órgãos, cada qual com sua finalidade e interesse, reunidos, todavia, pela forma única do ato. O exemplo corrente é dos Decretos referendados por mais de um Ministro de Estado. **Lições**, 1943, p. 318).¹⁰²

¹⁰³

⁹⁸ ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo** – Vol. I. 6^a ed. Op. cit., p. 206.

⁹⁹ TIVARONI, Carlos. **Teoria degli Atti Amministrativi**. Torino: G. Giappichelli-Editore, 1939, p. 40.

¹⁰⁰ FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 7^a. ed.,. México: Porrúa, 1958, p. 125.

¹⁰¹ RAMELETTI, Oreste. **Teoria degli Atti Amministrativi Speciali**. 7^a. ed. Op. cit., p. 119.

¹⁰² FONSECA, Tito Prates. **Lições de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 318.

¹⁰³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2^a. ed. e 2^a. tiragem. Op. cit., pp. 137-138.

Temos, do mesmo autor, com idêntico sentido: **Tratado de Direito Administrativo** – Volume II – Teoria do Ato Administrativo. 1966. Op. cit., pp.84-86; e, **Curso de Direito Administrativo**. 12^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 215-218. 640 p.

José Cretella Júnior, posiciona-se sobre a noção de ato coletivo, dizendo que "para a existência do ato coletivo ou colegiado, duas condições se fazem necessárias: a) proveniência de um só órgão que seja; b) constituído este órgão de vários titulares", e, ainda, define o mesmo "como todo ato que se concretiza pela manifestação da maioria dos membros componentes de um órgão da Administração, constituído por vários titulares", bem como "filiando o ato coletivo ao ato simples, do qual é categoria especial e, contrapondo-o ao ato singular".¹⁰⁴

Joachim Wolfgang Stein, de um lado, entende que o ato colegial ou pluripessoal é um "ato simples praticado por um órgão integrado por várias pessoas" e, ainda, que "na espécie, não se deve usar o termo coletivo, porque, como se perceberá, conceitua um ato diverso do ato simples e do ato complexo e, também, do contrato".¹⁰⁵

O mesmo autor, ao abordar a temática do ato coletivo, expõe as suas características e termina por trazer como exemplo do mesmo ato os convênios e consórcios administrativos:

O ato coletivo resulta da conjugação de várias vontades com igual conteúdo e finalidade, que se unem apenas para a manifestação comum, permanecendo juridicamente autônomas. As distintas vontades não se fundem nem se unificam como no ato complexo, mas se unem apenas, a permanecer diferentes. Há no ato coletivo múltiplos interesses e objetos iguais e paralelos. Não é ato único (complexo) e não se refere a um só sujeito ou órgão, mas é ato comum dos sujeitos ou órgãos que concorrem para formá-lo e, portanto, é ato de cada um deles. (...)

Exemplo clássico do ato coletivo ou ato-união é o convênio de vários Municípios em torno de uma preocupação ou um programa comum, (...).

¹⁰⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2^a. ed. e 2^a. tiragem. Op.cit., pp. 138-139.

Temos, do mesmo autor, com idêntico sentido: **Tratado de Direito Administrativo** – Volume II – Teoria do Ato Administrativo. 1966. Op. cit., p. 86; e, **Curso de Direito Administrativo**. 12^a. edição. Op. cit., pp. 217-218.

¹⁰⁵ STEIN, Joachim Wolfgang. Ato Administrativo Complexo. In: **Justitia**, vol. 89. São Paulo: Ministério Público de São Paulo-Associação Paulista do Ministério Público, ano XXXVII, 2^o semestre de 1975, pp. 17-32, p. 18.

Também os chamados “consórcios regionais para a promoção social”, formados pelos Municípios interessados em conjugar esforços, que separadamente se diluiriam, poderiam ser chamados à colação.¹⁰⁶

Igualmente, o autor citado define o contrato público, de forma a propiciar o estabelecimento de diferenciação do mesmo com ato coletivo e do ato complexo.

Anota que:

Nele, diversas vontades que concorrem têm uma situação igual uma em frente da outra, mas o objetivo e finalidade de cada uma delas é diferente. Nesta hipótese, as manifestações de vontade encontram-se em recíproca interdependência e seus autores têm, um em face do outro, uma situação pessoal que lhes dá, a cada um, o caráter de parte (Gabino Fraga, ob. cit., p. 248). (...) ¹⁰⁷ ¹⁰⁸

3.2. DAS PRINCIPAIS OBJEÇÕES ÀS DISTINÇÕES ENTRE O CONVÊNIO E CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, A PARTIR DAS DIFERENCIAÇÕES ESTABELECIDAS DOUTRINARIAMENTE ENTRE AS NOÇÕES DE ACORDO, CONVENÇÃO, PACTO, ATO COMPLEXO E/OU ATO COLETIVO E O CONCEITO DE CONTRATO

Os principais elementos trazidos até aqui fornecem os exames doutrinários fundamentais que sustentam a distinção entre as noções de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo e o conceito de Contrato.

Na seqüência, passaremos a enunciar alguns exames que entendemos cruciais para denunciar as insuficiências e fragilidades das mencionadas análises teóricas, como também estabelecer algumas objeções e conclusões em relação às mesmas.

As mencionadas análises e questionamentos, como conseqüência, nos levam a entender como de natureza contratual os Convênios da Administração

¹⁰⁶ STEIN, Joachim Wolfgang. Ato Administrativo Complexo. In: **Justitia**, vol. 89. Op. cit., pp. 20-21.

¹⁰⁷ FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 12ª ed. México: Porrúua, 1968, p. 248.

¹⁰⁸ STEIN, Joachim Wolfgang. Ato Administrativo Complexo. In: **Justitia**, vol. 89. Op. cit., p. 21.

Pública, a despeito da inegável existência de um regime jurídico próprio dos mesmos.

3.2.1. A precariedade dos exames que distinguem o Convênio do Contrato da Administração Pública, sobretudo a partir dos elementos antagonismo/convergência de interesses, objetivos e resultados pretendidos pelas partes/partícipes

Julgamos, adiantando brevemente objeções e conclusões que serão aprofundadas em capítulo específico, que revelam grande insuficiência e precariedade as doutrinas utilizadas para fundamentar a distinção doutrinária entre o conceito Contrato e as noções de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo, como também para estabelecer diferenças entre os institutos Contrato e Convênio Administrativo, a partir de exames restritivos e dogmáticos da visão tradicional do instituto contratual, que colocam como pressuposto fundamental para caracterizar as relações contratuais a existência de interesses antagônicos e/ou distintos entre as partes.

A exigência e presunção recebe sérios questionamentos, na medida em que se verifica que a doutrina e as codificações tem consagrado, também em lições antigas e no próprio âmbito da visão tradicional de contrato, a existência de contratos associativos ou cooperativos, onde o objetivo comum se demonstra como traço tendencialmente preponderante.

Pensamos que os exames do instituto contratual que trabalham com base na pressuposição da existência de interesses antagônicos e/ou distintos nas relações contratuais, efetuam uma generalização da figura contrato a partir de realidades tendencialmente mais próximas aos contratos de permuta. Entendemos que a mencionada generalização se revela inadequada, simplista e unilateral, por desconhecer e/ou tratar como fenômeno incomum, a existência dos denominados contratos de comunhão de escopo, associativos, de colaboração e de organização, ao lado dos chamados contratos de permuta, comutativos e de intercâmbio.

Ainda, entendemos prenhe de precariedade a caracterização e distinção dos fenômenos ocorridos no âmbito do Contrato e do Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo, e, ainda, do Contrato Comutativo e do Contrato

Associativo, bem como do Contrato e do Convênio da Administração Pública, exclusivamente e/ou notadamente a partir da dicotomia antagonismo/convergência de interesses, objetivos e resultados pretendidos pelos partícipes, em razão do que deve afastada como critério fundamental de diferenciação. O necessário exame dos tipos de ajuste consegue estabelecer, na melhor das hipóteses, tendências, que serão confirmadas ou não pela ação concreta dos partícipes.

Igualmente, julgamos, antecipando rapidamente objeções e opiniões que serão esmiuçadas em capítulo específico, que se revelam ultrapassadas as análises do instituto contratual que têm como elemento fundamental das relações contratuais a existência de interesses antagônicos e/ou distintos. Tais exames são ultrapassados, na doutrina atual, por ensinamentos que enfocam as relações obrigacionais como um “todo” e como processo, e/ou que enxergam as mesmas relações para além das partes e na perspectiva dos terceiros, da sociedade e do sistema jurídico, e/ou que percebem nas relações referidas a afirmação crescente dos elementos confiança, cooperação, colaboração e parceria entre as partes/partícipes, como também constatam a afirmação, na sociedade e no ordenamento jurídico, no que se refere à matéria contratual, dos princípios, dentre outros da boa-fé, da probidade, do equilíbrio econômico, da equivalência das prestações, da equivalência material, da equidade, da justiça e da função social.

3.2.2. Das insuficiências da noção de Obrigações Recíprocas para diferenciar entre o conceito de Contrato e as noções de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo, como também para fundamentar a distinção entre o Contrato e o Convênio da Administração Pública

De igual forma, consideramos, no sentido da ampla fundamentação trazida anteriormente, que se revela insuficiente e precária a noção de Obrigações Recíprocas para distinguir o conceito de Contrato e as noções de Acordo, Convenção, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo e para fundamentar a diferenciação entre o Contrato e o Convênio da Administração Pública.

Julgamos que a definição do Contrato e/ou Contrato Administrativo como “acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”, estabelecida pelo parágrafo único, do art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93,

Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, como também a utilização da formulação Obrigações Recíprocas para caracterizar o Contrato e/ou Contrato Administrativo, tem se demonstrado insuficiente e inadequada, pelo que devem ser descartadas como elementos de caracterização dos mesmos. De um lado, pela compreensão de que a expressão “obrigações recíprocas”, tem o sentido corrente de obrigações de peso idêntico, equivalente, análogo, semelhante ou similar. De outro lado, pelo fato de que no ordenamento jurídico pátrio, com vasta sustentação doutrinária e em codificações que se destacam no cenário mundial, verifica-se que nem todos os contratos e contratos administrativos são bilaterais, onerosos e comutativos.

No cenário do sistema jurídico nacional, relembremos o fato, somente para exemplificar, de que o contrato de doação, que se caracteriza pela unilateralidade, gratuidade e pela falta de comutatividade, encontra-se previsto no art. 538, do Código Civil de 2002 (antes art. 1.165, do Código Civil de 1916) e, ainda, no art. 17, da Lei nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos Administrativos (anteriormente no art. 15, do Decreto-Lei nº 2.300/86, Das Licitações e dos Contratos Administrativos).

Ainda, julgamos que a distinção entre Contrato e Convênio da Administração Pública, a partir da noção de existência no primeiro e ausência no segundo de obrigações recíprocas, é desmentido pela ocorrência e ausências das mencionadas situações equivalência em ambos os institutos jurídicos.

3.2.3. A fundamentação teórica das diferenças entre o Convênio e o Contrato da Administração Pública, a partir da associação do primeiro instituto sobretudo com as noções de Acordo, Ato Coletivo e Pacto, e, ainda, com as idéias de instabilidade e ausência de vinculação bilateral, obrigacional e/ou contratual, direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilidade e/ou sancionamento, ao contrário do que aconteceria com os conceitos de Contrato e/ou Contrato Administrativo

Verificamos que algumas das idéias que alicerçam a diferenciação entre os Convênios e os Contratos da Administração Pública, são encontradas em exames doutrinários, antigos, modernos e atuais, que vinculam sobretudo as noções

de Acordo, Ato Coletivo e Pacto, com as idéias de instabilidade ou ausência de direitos e deveres, de vínculos bilaterais, obrigacionais e/ou contratuais e, portanto, limitando ou impedindo a responsabilização, o sancionamento e a penalização, inclusive pela restrição ou bloqueio da possibilidade de ser o ajustado exigido através de ações, em contradição, respectivamente, com os conceitos de Contrato e/ou Contrato Administrativo.

Constatamos na Roma Antiga, somente para lembrar, a distinção entre Pacto e Contrato, que no primeiro, ao contrário do que ocorre no segundo, impossibilita especialmente que se crie vinculação obrigacional e, como consequência, veda a possibilidade de acionamento para fazer cumprir o ajustado. Embora, no período pós-clássico e justiniano inúmeros Pactos, progressivamente, recebam reconhecimento em relação ao estabelecimento de direitos, deveres, vinculação bilateral e/ou obrigacional, com o que se remove muitos dos obstáculos para o reconhecimento do acordado, inclusive através de ações. O que significa a redução da distância e contradição entre os Pactos e os Contratos, que se nutria do entendimento de que somente o segundo gestava direitos, deveres, vinculação bilateral e/ou obrigacional, como também pela admissibilidade de se fazer valer o estabelecido por intermédio de ações.

Constatamos que a doutrina e as codificações modernas reconhecem que o acordado entre as partes, de regra, geram direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações e exceções, responsabilidade, sancionamento e/ou penalidades.

O mencionado reconhecimento ocorre tanto pela ótica da doutrina mais clássica que defende ser o pactuado lei entre as partes e que os pactos devem ser cumpridos, como pela lógica mais contemporânea do Estado Democrático e Social de Direito, que reconhece de forma crescente a necessidade e função relevante para a sociedade dos contratos, acordos e pactos, quando baseados na boa-fé, na correção, na confiança, na equidade, na justiça e/ou na função social, e, também, na vedação da onerosidade excessiva, do enriquecimento sem causa, das cláusulas abusivas e/ou do abuso de direito.

Anotamos, somente para exemplificar sobre o reconhecimento mais contemporâneo da responsabilidade, que o art. 51, inciso I, da Lei Federal nº 8.078, de 1990, Do Código de Proteção ao Consumidor, considera abusivas e nulas, dentre outras, as cláusulas contratuais “que impossibilitem, exonerem ou atenuem a

responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos”.

Lembramos que certas teorias envolvendo os Convênios da Administração, notadamente as que defendem a instabilidade e precariedade dos mesmos ajustes no que se refere à vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, e, ainda, à limitação ou ausência de responsabilidade e/ou a responsabilidade restrita ao âmbito político, têm, segundo entendemos, uma proximidade relevante com as vetustas, anacrônicas e absolutistas concepções de irresponsabilidade jurídica do soberano e/ou do Estado.¹⁰⁹

Anotamos que no mundo moderno e contemporâneo se dá uma crescente rejeição, ao menos nos ordenamentos jurídicos, em relação privilégios individuais, familiares, corporativos, de classe, sociais, de autoridades e do próprio Estado, bem como no que se refere a qualquer fuga a responsabilidade.

De outro lado, constatamos que têm sido consagrado ao longo do tempo, desde a antiguidade e, ainda, nos tempos modernos e atuais, o alargamento, sempre crescente, do conceito de contrato. Recolhemos de Daniel Ustárroz a constatação de que “com o tempo, já se viu, foi-se ampliando a noção daquilo que o contrato engloba, com o intuito de permitir que o Direito recebesse fenômenos sociais e prestasse resposta satisfatória”¹¹⁰ e, igualmente, lembramos o

¹⁰⁹ Sugerimos algumas obras onde o tema irresponsabilidade do Estado é tratado com alguma amplitude:

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado** – Tomo I. Edição atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, pp. 147-328. 436 p.;

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil – Volume II. 10ª. edição, 4ª. tiragem, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 555-670. 906 p.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 2ª. edição, ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 07-76. 679 p.;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 876-921. 960 p.

¹¹⁰ USTÁRROZ, Daniel. **A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 35. 200 p.

ensinamento de Ruy Cirne Lima de que a “dilatação do conceito básico de contrato” está em “correspondência, de resto, com o progresso dogmático”.¹¹¹

Pensamos que devem ser descartados, tendo em vista os breves exames aqui efetuados, que receberão tratamento mais amplo em capítulo próprio, os exames que fundamentam teoricamente as diferenças entre o Convênio e o Contrato da Administração Pública, a partir da vinculação do primeiro instituto com as noções de Acordo, Ato Coletivo e Pacto e, por consequência, com as idéias de precariedade, instabilidade e ausência de vinculação bilateral, obrigacional e/ou contratual, direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilidade e sancionamento, em contradição com os conceitos de Contrato e/ou Contrato da Administração Pública, onde ocorreriam as mencionadas vinculações, direitos, deveres, obrigações, responsabilidade e/ou ações. No rumo indicado, julgamos um anacronismo que deve ser afastado, a formulação “acordo de vontade para a formação de vínculo”, presente no parágrafo único, do art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, inclusive por implicitamente sugerir que os Convênios e congêneres seriam acordos de vontade onde estaria ausente a formação de vínculo.

3.2.4. Da unilateralidade no Contrato e da distinção entre a bilateralidade do Ato e Negócio Jurídico e do Contrato

Marçal Justen Filho, comentando o art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública e incidindo sobre o tema ato jurídico bilateral e contrato bilateral, entende que “a parte final do parágrafo único (“estipulação de obrigações recíprocas”) retrata equívoco jurídico insuperável”, pelo fato de que “a Lei incorreu no defeito de confundir o modo de formação do negócio jurídico com a sua eficácia”.¹¹² Assevera o administrativista referido que “ato jurídico bilateral e contrato bilateral são expressões que indicam figuras diversas”, na medida que “o contrato é ato jurídico bilateral, na acepção de que se forma a partir

¹¹¹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 89.

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª. edição. São Paulo: Dialética, 2002, p. 40. 671 p.

da declaração de vontade de duas partes”, podendo, porém, “gerar direitos apenas para uma das partes (contrato unilateral), como se passa, por exemplo, na doação”.¹¹³

No sentido apontado, Pontes de Miranda, quando examina a doação como contrato unilateral, considera que a “doação supõe a bilateralidade do negócio jurídico, sem bilateralidade do contrato” e, ainda, esclarece que “quem doa contrata, e o donatário, aceitando, apenas aceita o contrato, que é unilateral”.¹¹⁴

Ainda, Caio Mário da Silva Pereira, abordando o tema contratos bilaterais e unilaterais, entende que “considerando sob o aspecto de sua formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, já que a sua constituição requer a declaração de vontade das pessoas que dele participam de uma e de outra parte”.¹¹⁵ Igualmente, compreende que “encarados do ângulo de seus efeitos, subdividem-se em bilaterais e unilaterais, conforme gerem obrigações para ambos os contratantes ou para um deles somente” e, ainda, que “não se pode confundir, portanto, a bilateralidade como elemento constitutivo (bilateralidade de manifestação de vontade) com a bilateralidade das conseqüências produzidas”.¹¹⁶

Igualmente, Arnaldo Wald, referindo-se aos contratos unilaterais, bilaterais e plurilaterais, destaca que:

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9^a. edição. Op. cit., p. 40.

¹¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3^a. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp. 191-286, p. 198. 537 p.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes das Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 38. 413 p.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes das Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10^a. edição. Op. cit., p. 38.

Os contratos são bilaterais quando criam deveres jurídicos para ambos os contratantes e são unilaterais quando impõem deveres tão-somente a uma das partes. Entre os contratos bilaterais, ou ao lado deles, conhecem-se os contratos plurilaterais que se caracterizam não só pela multiplicidade das partes (mais de dois contratantes), como também pela identidade das obrigações e finalidades, almejadas por todos os contratantes (v. g., o contrato de sociedade).

Não devemos confundir o ato jurídico unilateral com o contrato unilateral. Ato jurídico unilateral é, assim, aquele que só há uma única declaração de vontade (v. g., o testamento, a promessa de recompensa). Quando ocorre mais de uma declaração de vontade o ato é bilateral, podendo ou não ter natureza contratual. (...)¹¹⁷

Entendemos que alguns exames e estipulações legais expostas indicam o estabelecimento de uma confusão entre a bilateralidade do ato e do negócio jurídico e a bilateralidade do contrato. Apontam para um desconhecimento de que quando a doutrina discute a unilateralidade ou bilateralidade do Contrato, está discutindo notadamente o número de partes sobre as quais recai dever jurídico, ao invés de sobre quantas partes estão na relação jurídica.

3.2.5. Da onerosidade e gratuidade no Contrato Administrativo

Verificamos que ao optarem por definir o Contrato Administrativo, diversos administrativistas, consideram a onerosidade como regra no âmbito do mesmo.

Julgamos que os referidos exames terminam por afastar de forma peremptória e inaceitável a possibilidade de existirem Contratos Administrativos gratuitos, apesar da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos Administrativos, no art. 17, prever, por exemplo, a doação.

¹¹⁷ WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos** – De Acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). 16ª. edição, 2ª.tiragem, revista, ampliada e atualizada com a colaboração Prof. Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 228. 1.186 p.

Lembramos que Pontes de Miranda, ao se pronunciar sobre o Contrato de Doação, ensina “que a atribuição patrimonial tem de ser gratuita para que haja doação”.¹¹⁸

Caio Mário da Silva Pereira, abordando a questão contratos onerosos e gratuitos, considera que são “onerosos, aqueles dos quais ambas as partes visam a obter vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra”, ao mesmo tempo em que entende que são “gratuitos ou benéficos, aqueles dos quais somente uma auferir a vantagem, e a outra suporta, só ela, o encargo”.¹¹⁹

Anota Maria Helena Diniz, incidindo sobre a temática contratos onerosos e gratuitos, que “os contratos a título oneroso são aqueles que trazem vantagens para ambos os contraentes, pois estes sofrem um sacrifício patrimonial, correspondente a um proveito almejado”, enquanto “os contratos benéficos ou a título gratuito são aqueles que oneram somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem, sem qualquer contraprestação”.¹²⁰

Silvio Rodrigues, ao tratar dos contratos onerosos e gratuitos, leciona que se diz “a título oneroso o contrato quando, uma das partes sofre um sacrifício patrimonial, ao qual corresponde uma vantagem que pleiteia”, e, ainda, que se

¹¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 198.

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes das Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10ª. edição. Op. cit., p. 37.

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – 3º volume – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 9ª. edição aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 63. 516 p.

considera “a título gratuito o contrato quando somente uma das partes sofre um sacrifício patrimonial, enquanto a outra apenas obtém um benefício”.¹²¹

Registra Arnaldo Rizzardo que “Darcy Bessone de Oliveira Andrade, com apoio na doutrina francesa e italiana, delinea o traço característico entre as duas espécies no correspectivo da vantagem auferida e, portanto, na reciprocidade ou unilateralidade do ônus ou sacrifício”.^{122 123}

Pensamos que se deveria admitir, como ocorre de forma unânime na doutrina do Direito Contratual privado, a hipótese de existirem Contratos Administrativos gratuitos.

3.2.6. Da comutatividade no Contrato Administrativo

Constatamos que quando estipulam as características do Contrato Administrativo, vários administrativistas, entendem a comutatividade como norma na esfera do mencionado ajuste.

Pensamos que as mencionadas análises afastam de modo cabal e inadmissível a hipótese de existirem Contratos Administrativos onde a comutatividade esteja ausente.

Pontes de Miranda, ao falar sobre o conceito do Contrato de Doação, ensina que “*donum* é dom, o que se recebe sem contraprestação” e que “o *dare* contém ato mais simples, porque se abstrai de causa e, pois, serve a qualquer causa de atribuição”.¹²⁴

¹²¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30ª. edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31. 447 p.

¹²² ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do Contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 104.

¹²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos** – Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75. 1.468 p.

¹²⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade.

Arnoldo Wald, tratando do contrato comutativo, coloca o mesmo no âmbito dos “contratos onerosos” e ensina que o mesmo “se caracteriza pela equivalência presumida das prestações dos contratantes”.¹²⁵

Lembra Silvio Rodrigues, quando aborda o tema contrato comutativo, que na “idéia de comutatividade se insere, de certo modo, a de equivalência de prestações”.¹²⁶

Entendemos que se deveria aceitar, como ocorre de forma pacífica na doutrina do Direito Contratual privado, a possibilidade de ocorrer a ausência de comutatividade nos Contratos Administrativos.

Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 191.

¹²⁵ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos** – De Acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). 16ª. edição, 2ª.tiragem, revista, ampliada e atualizada com a colaboração Prof. Semy Glanz. Op. cit., p. 232.

¹²⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30ª. edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). Op. cit., p. 33.

4. A INSUFICIÊNCIA DA DISTINÇÃO BASEADA NOS ELEMENTOS ANTAGONISMO/CONVERGÊNCIA DE INTERESSES, OBJETIVOS E RESULTADOS PRETENDIDOS PELOS PARTÍCIPES, COMO PRINCIPAL CRITÉRIO DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS CONVÊNIOS E OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ressaltamos, primeiramente, que o instituto jurídico do Convênio da Administração Pública, tratado igualmente como Convênio Administrativo, como Convênio de Colaboração, como Convênio de Cooperação ou somente como Convênio, tem sido debatido e definido, em grande medida, tendo como contraste e comparação à figura jurídica do Contrato da Administração Pública, chamado também como Contrato Administrativo, como Contrato de Direito Público e, além disso, Contrato Público.

Edite Mesquita Hupsel, anota que “para um enfrentamento do tema convênio é de crucial importância seja traçado um nítido divisor de águas entre este ajuste e o contrato administrativo”.¹

4.1. DA AMPLA UTILIZAÇÃO, NA DOUTRINA NACIONAL, DOS ELEMENTOS ANTAGONISMO/CONVERGÊNCIA ENTRE OS PARTÍCIPES, COMO PRINCIPAL PARÂMETRO PARA ESTABELEECER A DISTINÇÃO ENTRE CONTRATO E CONVÊNIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Destacamos a larga e majoritária utilização, na doutrina nacional, dos elementos antagonismo/convergência de interesses, objetivos, escopos e resultados pretendidos pelas partes e partícipes, como principal parâmetro para estabelecer a distinção entre o Contrato e o Convênio da Administração Pública. O destaque dado

¹ HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia** – v. 25. Salvador: Procuradoria Geral do Estado, Serviço de Documentação e Divulgação, 1999, pp. 35-44, p. 35. 445 p.

aos mencionados elementos encontram a mais relevante fundamentação, notadamente, na vinculação a uma perspectiva dogmática e restritiva, onde os interesses das partes são entendidos, notadamente, a partir de uma perspectiva individualista, marcada pela oposição e contraposição entre as referidas partes.

Nos exames efetuados, de um lado, verificamos que, no que diz respeito ao Contrato da Administração Pública, se salienta sobretudo que as partes possuem interesses, pretendem objetivos e resultados diversos, diversificados, diferentes, distintos, opostos, contrapostos, divergentes, contraditórios e mesmo em confronto. A definição encontrada de forma mais constante é a que fala de interesses diversos e opostos, utilizada por Hely Lopes Meirelles.²

Igualmente, percebemos a presença, também com destaque, em alguns autores, quando definem o Contrato Administrativo, das idéias de composição, de acordo, de encontro ou de ajuste dos mencionados interesses diferentes, contraditórios, opostos ou antagônicos.

Por outro lado, constatamos, quando são tratados os Convênios da Administração Pública, que se afirma notadamente a existência nos mesmos de interesses, objetivos, escopos e vontades comuns, coincidentes, recíprocos, convergentes, paralelos, concordantes, não opostos, não contrapostos. Igualmente, comprovamos a menção ao desempenho conjunto e harmônico dos partícipes, bem como aos elementos cooperação e colaboração entre os mesmos.

Themistocles Brandão Cavalcanti, afirma, em 1948³ e em 1973⁴, o contrato como “a intervenção de duas ou mais partes com interesses divergentes”.

Apresenta José Cretella Júnior, em 1967, quando trata dos Contratos de Direito Público, os mesmos como “um acordo de vontades opostas para a produção

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 387. 798 p.

³ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume II – Teoria Geral do Direito Administrativo – Direito Financeiro – Atos e Contratos. São Paulo: Freitas Bastos, 1948, p. 257. 488 p.

⁴ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria dos Atos Administrativos**. São Paulo: Editora RT, 1973, p. 109. 345 p.

de uma relação *de iure*, que, eleita livremente pelas partes, acaba por subjugar-las”.⁵ O mesmo administrativista, em 1997, define a figura contratual de maneira idêntica.⁶

Hely Lopes Meirelles, afirma atualmente e no mínimo desde a década de 70⁷, que “no contrato as partes têm interesses diversos e opostos” e “no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”.⁸

Anota Eros Roberto Grau, na mesma década de 70, que:

(...) Há perfeita distinção, no entanto, entre as duas modalidades de acordo de vontades, visto que a característica de interesses opostos ou divergentes que se encontram é a nota marcante do contrato, ao passo que a coexistência de interesses paralelos ou convergentes, que nele se integram, define o convênio. (...).

Distinguem-se, assim, os contratos – através dos quais se instrumenta a composição de interesses opostos – dos convênios, onde se formaliza o concurso de interesses concordantes.⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que:

“Na obra **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos** (2000:310-314)¹⁰ já tive a oportunidade de discorrer sobre a distinção, mostrando que o principal elemento que se costuma apontar para distinguir o contrato e o

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume III – Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 28. 271 p.

Temos a referência às opiniões de Cretella Jr. em: ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora RT, 1987, p. 13. 162 p.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16. 248 p.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 5ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1977, p. 366. 788 p.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª edição. Op. cit., p. 387.

⁹ GRAU, Eros Roberto. Convênio e Contrato. In: FRANÇA, R. Limongi (Coordenação). **Enciclopédia Saraiva do Direito** – Volume 20. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 378-380, pp. 379-380. 520 p.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.; RAMOS, Dora Maria de Oliveira.; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos.; e D’AVILA, Vera Lucia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 4ª. edição. São Paulo: Malheiros, pp. 310-314.

convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto que no convênio são recíprocos. É o ensinamento de Hely Lopes Meirelles (1996:358)¹¹, (...).

c) no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um resultado comum, ou seja, um estudo, um ato jurídico, um projeto, uma obra, um serviço técnico, uma invenção, etc., que serão usufruídos por todos os partícipes; (...).¹²

Expõe Diógenes Gasparini que:

No contrato têm-se partes, ligadas perenemente (contratualmente), que buscam interesses diversos e contrapostos (uma quer, no contrato de obra pública, a obra; outra deseja a contraprestação, o preço). No convênio têm-se partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) que propugnam por objetivos de interesses comuns (ambos os Municípios querem a demarcação dos limites municipais; ou Estado-Membro e União desejam trocar informações para fins tributários).¹³

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta que:

Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.¹⁴

Enuncia Carlos Ari Sunfeld que:

Denomina-se convênio o ato bilateral por meio do qual pessoas de direito público ou privado ajustam a conjugação de esforços para o atingimento de objetivo comum, como a prestação de certo serviço ou a execução de obra, facultada a denúncia unilateral a qualquer tempo.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 358.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 4ª. edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 189. 395 p.

¹³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 399. 924 p.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 567. 960 p.

Os contratos são figuras da teoria geral do direito, definidas como atos bilaterais e consensuais reguladores de interesses contrapostos, geradores de efeitos jurídicos e vinculantes para as partes que os celebram.¹⁵

Roberto Ribeiro Bazilli sustenta que:

O convênio com o contrato não se confunde, apesar de ambos implicarem acordos de vontades. Nos contratos os interesses são antagônicos e se compõem, resultando na vontade contratual; no convênio os interesses são comuns, as vontades se somam, visando sempre objetivos comuns.¹⁶

Toshio Mukai anota que:

(...) o que caracteriza a figura do contrato, como categoria geral, é que se trata ele de um ajuste de interesses opostos. Esse aspecto saliente, que marca o contrato como categoria diferenciada de outros ajustes, tal como o convênio, onde as vontades não são opostas, antes convergem para o mesmo objetivo.¹⁷

O mesmo administrativista, ao comentar o artigo 2º da Lei nº 8.666/93, explica que a figura do convênio, diferentemente do contrato, “tem uma característica fundamental que o difere daquele: a vontade das partes é uma única e não são opostas”.¹⁸

Paulo Modesto, tratando do tema contrato administrativo e convênio, entende que “são ambos ajustes de vontades, distinguindo-se basicamente pela natureza dos interesses de ambas as partes” e “ambos vínculos regidos pelo direito

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**: De Acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 198-199. 311 p.

¹⁶ BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 35. 162 p.

¹⁷ MUKAI, Toshio. **Contratos Públicos**: As Prerrogativas da Administração e os Direitos das Empresas Contratadas (Segundo as Leis nºs. 8.666/93 e 8.883/94). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 4. 132 p.

¹⁸ MUKAI, Toshio. **O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos**: Comentários à Lei 8.666/93, Com as Alterações Promovidas pela Lei 8.883/94. 3ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1994, p. 24. 231 p.

público”.¹⁹ Ocorrendo que “no contrato, os interesses são de regra antagônicos ou contraditórios” e “no convênio, os interesses são comuns ou convergentes”.²⁰

Entende Alice Gonzáles Borges, questionando a orientação definida pela Lei Federal nº 11.107/05, Dos Consórcios Públicos, que “os consórcios, bem como os convênios de cooperação (...), não tem, nem podem ter natureza contratual”, na medida que considera que o que caracteriza a figura contratual é um “acordo de vontades gerador de vínculo obrigacional entre as partes que objetivam a consecução de interesses opostos, mediante a prestação e contraprestação de obrigações recíprocas”.²¹ Ao mesmo tempo, a administrativista destaca que os consórcios e convênios de cooperação entre entes federados se tratam de “negócios jurídicos coletivos, os acordos, em que as vontades dos partícipes convergem para a consecução de um interesse comum”.²²

Destaca Jacintho de Arruda Câmara que “os convênios são avenças nas quais figuram como partes entes de direito público ou privado que ajustam a união

¹⁹ MODESTO, Paulo. Convênio entre Entidades Públicas Executado por Fundação de Apoio. Serviço de Saúde. Conceito de Serviço Público e Serviço de Relevância Pública na Constituição de 1988. Forma de Prestação de Contas das Entidades de Cooperação após a Emenda Constitucional n. 19/98. In: **Revista Diálogo Jurídico**, nº 11 (Internet). Salvador: Centro de Atualização Jurídica, fevereiro de 2002, p. 09. 27 p. Disponível na Internet: www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 de março de 2004.

²⁰ MODESTO, Paulo. Convênio entre Entidades Públicas Executado por Fundação de Apoio. Serviço de Saúde. Conceito de Serviço Público e Serviço de Relevância Pública na Constituição de 1988. Forma de Prestação de Contas das Entidades de Cooperação após a Emenda Constitucional n. 19/98. In: **Revista Diálogo Jurídico**, nº 11 (Internet). Salvador: Op. cit., p. 09.

²¹ BORGES, Alice Gonzáles. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**, nº 32. Porto Alegre: Notadez Informação, ano 7, julho/agosto de 2005, pp. 227-248, p. 232. Ainda, o artigo pode ser encontrado, na: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho/agosto/setembro de 2005, p. 07. 25 p. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br . Acesso em: 12/12/2005.

²² BORGES, Alice Gonzáles. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**, nº 32. Porto Alegre: Op. Cit., p. 232. Ainda, o artigo pode ser encontrado, na: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Op. cit., p. 07.

de esforços para a obtenção de um objetivo comum”.²³ Outrossim, salienta o autor mencionado de que “os contratos administrativos, por sua vez, são avenças que têm como característica o estabelecimento de relação jurídica entre a Administração Pública e os administrados marcada pela contraposição de interesses”.²⁴

Leon Fredja Szklarowsky anota que “no contrato, os interesses das partes são divergentes e opostos, inicialmente, enquanto que, nos convênios, os interesses são comuns e coincidentes, entre os partícipes”.²⁵ Enquanto que Renato Zugno, reportando-se aos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, registra que “a diferença básica existente entre o contrato e o convênio”, é que “no convênio os interesses são comuns, já no contrato são antagônicos”.²⁶

Declara Maria Garcia, tratando do tema convênios, que nos mencionados ajustes, os partícipes “caminham lado a lado e não se defrontam ou confrontam”.²⁷ Sidney Bittencourt, tratando de diferenciar o contrato do convênio, explica que “no contrato, os contratantes (partes) têm interesses diversos: no convênio, os convenientes possuem interesses comuns (e por tal fato são denominados partícipes

²³ CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 28. 198 p.

²⁴ CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos**. Op. cit., p. 28.

²⁵ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). S/Local: Âmbito Jurídico, set/1998, p. 01. 06 p. Encontrado em: <http://ambito-juridico.com.br/aj/da0005.html>. Acesso em: 23 de julho de 2003. Também, Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: a. 1, n. 20, out.1997. 07 p. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2005.

²⁶ ZUGNO, Renato. **Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75. 168 p.

²⁷ GARCIA, Maria (coordenação); MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Maria Walquiria Batista dos.; e TANAKA, Sônia Yuriko. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pp. 230-231. 317 p.

e não partes)".²⁸ Destaca Lucas Rocha Furtado, efetuando a distinção entre o convênio e o contrato, "que neste último ocorrem interesses diversos e opostos entre os participantes", enquanto que no primeiro "presume-se regime de mútua cooperação".²⁹ Anota Remilson Soares Candeia que "pode-se resumir, então, que o convênio se estabelece por interesses recíprocos dos participantes do ajuste; já o contrato, por interesses distintos".³⁰

Fernando Antônio Dusi Rocha, após exame do parágrafo único do art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, afirma que:

A menção aos convênios, acordos e ajustes (regidos pelo art. 116 e seus seis parágrafos, do novo estatuto), suscita uma interessante e oportuna verificação, ainda no que tange aos elementos da definição legal de contrato, apontado no item anterior. (...)

Os chamados convênios, acordos e ajustes, exatamente por não reunirem os elementos acima indicados para a configuração dos contratos, sobretudo por não resultarem de acordo com vontades díspares e contraditórias (sendo, antes fruto de interesses e finalidades comuns e coincidentes), sujeitam-se às disposições da Lei, "no que couber".³¹

Recorda Edite Mesquita Hupsel:

(..) convênios administrativos (...) como negócio bilateral ou plurilateral, os interesses buscados são paralelos ou convergentes para o escopo comum.
(...)

Interesses convergentes, na busca de um fim público, definem o convênio.
Interesses contrapostos ou divergentes, buscando a Administração Pública

²⁸ BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2005, p. 18. 160 p.

²⁹ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria, Prática e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 215 e 216. 338 p.

³⁰ CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e suas Prestações de Contas**. São Paulo: NDJ, 2005, p. 27. 358 p.

³¹ ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Regime Jurídico dos Contratos da Administração**. 2ª. edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 34. 318 p.

atingir uma finalidade pública, enquanto a outra parte busca do lucro, remuneração, definem o contrato. (...) ³²

Fernando Santana lembra que o convênio administrativo “é um negócio bilateral ou plurilateral com interesses paralelos ou convergentes para o escopo comum”, enquanto anota que nos contratos administrativos existem “interesses opostos ou, ao menos, não convergentes, oposição de interesses” e “partes, não partícipes, instrumentando a composição dos interesses opostos”. ³³

Anota Alzemerri Martins Ribeiro de Britto que “diferem o contrato do convênio notadamente pelo elemento comutatividade”, tendo em vista que “no contrato as relações são preponderantemente de troca, muito embora, nos contratos administrativos, existam cláusulas que exorbitem em favor da Administração Pública”, enquanto “o convênio, ao revés, intui alvo a ser perseguido conjuntamente pelos convenientes, sem antagonismos, portanto”. ³⁴

Relata Ronaldo Poletti que “a idéia de contrato suscita a existência de interesses diferentes, às vezes contrários, que se ajustam, enquanto a idéia de convênio pressupõe interesses comuns”. ³⁵ Amílcar Motta indica, no mesmo sentido, que “a idéia de contrato evoca a existência de interesses diferentes, às vezes contrários, que se ajustam, enquanto o conceito de convênio pressupõe interesses

³² HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia** – vol. 25: Salvador: Procuradoria Geral do Estado, Serviço de Documentação e Divulgação, 1999, pp. 35-44, pp. 35 e 37. 445 p.

³³ SANTANA, Fernando. Convênios Administrativos. Caracterização. Figuras Correlatas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, vol. 4. Salvador: Procuradoria Geral do Estado – Serviço de Documentação e Divulgação, 1980, pp. 83-91, pp. 86 e 88. 189 p.

³⁴ BRITTO, Alzemerri Martins Ribeiro de. Convênio Administrativo Celebrado com Entidade Privada. Possibilidade de Previsão de Penalidades, Desde que a Conduta Faltosa Atente Gravemente Contra o Interesse Público. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, vol. 24. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, Serviço de Documentação e Divulgação, 1998, pp. 235-243, pp. 239-240. 447 p.

³⁵ POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. Contratos e Convênios. In: **Revista Forense**, vol. 280. Rio de Janeiro: Forense, outubro-dezembro de 1982, pp. 379-386, p. 385.

comuns, convergentes”.³⁶ Alega Telma Maria Perez Garcia, em Parecer que emite, que no caso examinado “não restou demonstrada (...) a existência de interesses convergentes, que constitui característica básica dos convênios administrativos, a ponto de distinguí-los dos contratos, em que os interesses são diversos”.³⁷

Pedro Durão, examinando os contratos e os convênios administrativos sobretudo pela ótica do objetivo e objetos pretendido, entende que:

Assim, poderíamos traçar as primeiras e reveladoras diferenças entre ambas as figuras quando se trata do objetivo pretendido por tais acordos: nos contratos administrativos, há a oposição de objetos, exteriorizados pela prestação e contraprestação que envolvem o liame contratual; nos convênios de cooperação, não há tal contraposição, e sim, convergência de esforços para o atingimento da meta final, que é a satisfação do interesse público.³⁸

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que destaca, na doutrina pátria, a distinção do ato administrativo complexo, onde encontra o convênio, com o contrato administrativo, assevera que:

Realmente, enquanto no contrato as vontades se compõem, e não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie de vontade (que é delas resultante e não uma adição), no ato complexo, as vontades se somam, atuando autônoma e paralelamente.

Também quando os interesses dispostos em cada uma das duas figuras que se está estremando, enquanto no contrato eles se apresentam distintos e opostos, no ato complexo os interesses são obrigatoriamente comuns e convergentes, daí a outra sugestiva designação, também corrente, dada a esta espécie, de ato de união.

³⁶ MOTTA, Amílcar. Parecer nº 36/83-AM, de 03 de agosto de 1983. Contratos Administrativos e Convênios - Conceituação e Distinção. Outros Atos de Natureza Convencional. In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 37. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 1985, pp. 198-211, p. 210. 472 p.

³⁷ GARCIA, Telma Maria Perez. Parecer CJ/SEADS nº 20/2001. Convênio Administrativo. Necessidade de Interesses Convergentes. Vedada a Previsão de Contraprestação. In: **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, vol. 26, número 1. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, jan./fev.2002, pp. 17-21, p. 18.

³⁸ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 79. 244 p.

(...)

Quanto ao consenso, como manifestação conjugada de vontades, apresenta-se diferentemente na constituição do ato administrativo em relação ao contrato.

O consenso, no contrato, recorde-se, atua como forma de composição de vontades, que originariamente são antagônicas, pois visam a interesses distintos das partes e se define no momento em que ambas as partes contratantes, abrindo mão de quaisquer interesses secundários, chegam à concordância quanto ao essencial, para compor a vontade ficta do contrato. Distintamente, o consenso, no ato complexo, atua como forma de conjugação de vontades autônomas, paralelas e unidirecionais, já que visam à realização de interesses comuns a todas as partes. A consensualidade, neste caso, se define com a manifestação coincidente da disposição das partes de integrarem suas vontades e seus meios próprios para a obtenção de um resultado jurídico (e fático) que atenda ao interesse comum.³⁹

Adverte Edmir Netto de Araújo que:

Nem todos os acordos de vontades, todavia, são da mesma espécie. Alguns representam interesses opostos em acordo, pelo qual as partes criam vínculos jurídicos antes inexistentes, e elegem livremente uma relação jurídica que as obrigará. Em outros casos, os interesses não são opostos, e as partes ou partícipes especificam meios e condições para a obtenção de um resultado de interesse comum; ou então, uma pessoa declara sua vontade objetivando a produção de um certo efeito já determinado pelo ordenamento, declaração essa que, ademais, em certos casos precisará de acordo em certo nível, de simples aquiescência, do destinatário, para que se produza os efeitos queridos (a simples necessidades de ciência não é acordo).⁴⁰

Sandra Julien Miranda, distinguindo o ato administrativo complexo do contrato, enuncia que o primeiro não se confunde com o segundo, “porque este provém da conjugação de vontades de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 185 e 187. 673 p.

⁴⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 670-671. 1.289 p.

para a consecução de objetivos de interesse público, onde há duas partes com interesses diversos”.⁴¹

Temos estipulado, no artigo 48, caput e § 1º, do Decreto Federal nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, a distinção entre Contratos e Convênios da Administração. Nas mesmas disposições o Convênio é relacionado às noções de serviços de interesse recíproco, executadas sob o regime de mútua cooperação, enquanto que o Contrato é vinculado às idéias de interesses diversos e opostos, onde se verificam, de um lado, o desejo de um objeto e, de outro lado, a busca da correspondente contraprestação e preço.

O artigo 48, caput e § 1º, do Decreto mencionado, estipula que:

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob o regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.

§ 1º. Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato. (Parágrafo remunerado pelo Decreto 97.916, de 06.07.1988). (...)

Ronaldo Porto Macedo Jr., destaca que “para a teoria tradicional, os interesses das partes são antagônicos e individualistas”.⁴²

A autora espanhola María Jesús Garcia Morales, atenta aos ensinamentos de doutrinadores alemães, suíços, austríacos e belgas e em decisões do próprio Tribunal Constitucional da Alemanha, verifica em seu estudo comparativo dos Convênios de Colaboração na Alemanha⁴³, Suíça⁴⁴, Áustria⁴⁵ e Bélgica⁴⁶, que

⁴¹ MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 132. 143 p.

⁴² MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 168. 397p.

⁴³ Na doutrina alemã, a jurista destaca:

GRAWERT, Rolf. **Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967, pp. 59 e ss.;

GIESE, Heinz-Ewald. **Staatsverträge und Verwaltungsabkommen der deutschen Bundesländer untereinander sowie zwischen Bund und Ländern**. Bonn: Tesis, 1961, p. 69.;

“tanto a doutrina absolutamente dominante, como a da jurisprudência, entendem que os convênios que a Federação e/ou Estados-Membros podem subscrever entre si são autênticos contratos e, enquanto tais, juridicamente vinculantes para as partes”.⁴⁷

A jurista espanhola citada, após, salienta, em relação a concepção que dissociou o contrato (*Vertrag*) do convênio (*Vereibarung*), no que diz respeito especificamente à dicotomia interesses contrários/convergentes, que a mesma doutrina entendia que “o contrato era a expressão de interesses diferentes e contrários, enquanto que a *Vereibarung* era a fusão de interesses que se dirigiam a

PIETZCKER, Jost. Landesbericht Bundesrepublik Deutschland. C. Starck (ed.). In: **Zusammenarbeit der Gliedstaaten**. Baden-Baden: Nomos, 1988, pp. 20-76, p. 51.

A autora salienta que o Tribunal Constitucional da Alemanha se tem pronunciado desde suas primeiras sentenças no sentido de sua natureza contratual, claramente em BVerfGE 1, 299 (308 e ss) – Acordo de Düsseldorf ou em BVerfGE 4, 250 (275-277) – Conflito entre Lippe e Nordrhein-Westfalen.

⁴⁴ Na doutrina suíça, a autora anota:

BORTER, Willy. **Demokratiegebot und interkantonaes Vertragsrecht**. Konkordate-Verwaltungsabkommen – Absprachen. Fribourg: Universitätsverlag Freiburg, 1976, pp. 5 e ss.;
HANGARTNER, Yvo. **Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen**. Bern Frankfurt: Herbert Lang, Peter Lang, 1974, p. 129

⁴⁵ Salienta a jurista, na doutrina austríaca:

ÖHLINGER, Theo. **Verträge im Bundesstaat**. Wien: Wilhelm Braumüller, 1982, p. 13.;
RILL, Heinz Peter. **Gliedstaatsverträge**. Wien New York: Springer Verlag, 1973, pp. 35 e ss.

⁴⁶ Destaca a autora, na doutrina belga:

COENRAETS, Philippe. Les accords de coopération dans la Belgique fédérale. In: **Administration Publique**, 3/1995, pp.158-200, pp. 162-163.

⁴⁷ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Madrid: McGraw Hill, 1998, pp. 102-103. 372 p.

O texto traduzido é o que segue:

“Tanto la doctrina dominante como la jurisprudência entienden que los convenios que la Federación y/o los Estados miembros pueden suscribir entre sí son en principio autênticos contratos y, en cuanto tales, juridicamente vinculantes para las partes.

uma mesma vontade para satisfazer aspirações coletivas ou iguais”.⁴⁸ Registrando, depois, que “a doutrina privatista argumentou que esta dicotomia era materialmente supérflua porque as declarações de vontade em um contrato nem sempre eram expressão de interesses contrapostos”.⁴⁹ A mencionada autora, referindo Karl-Heinrich Friauf⁵⁰, anota que “diferentemente do Direito Privado, no Direito Público faltou uma rejeição enérgica para a dualidade *Vereibarung* e *Vertrag*”.⁵¹

Julgamos, referenciado sobretudo na última autora, que as concepções relativas aos contratos administrativos que se revelam nos conceitos aqui verificados, encontram-se sobretudo ancoradas numa perspectiva dogmática e restritiva da própria teoria tradicional dos contratos, que se manifesta através do exacerbado liberalismo e individualismo, que foi afastada, como regra, no âmbito da ampla maioria da doutrina e das codificações privadas do século XIX, XX e atual, mas que obteve respaldo razoável no âmbito do Direito Público.

Nas mencionadas concepções os contratos são vistos quase que somente no âmbito do direito de exigir e no dever de cumprir o acordado, não se percebendo os mesmos numa dimensão de totalidade ou de processo, com toda a sua amplitude, dinâmica e complexidade e/ou também numa perspectiva econômica, social e política. De outro lado, constata-se uma visão de contrato restritamente vinculada aos fenômenos ocorridos entre as partes, que desconhece ou subestima terceiros, a sociedade e o ordenamento jurídico. Igualmente, temos exames simplistas e unilaterais sobre as relações contratuais, onde se destaca os elementos

⁴⁸ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 132.

⁴⁹ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 133.

⁵⁰ FRIAUF, Karl-Heinrich. Zur Problematik des verfassungsrechtlichen Vertrages. In: **AöR – Archiv des öffentlichen Rechts**.s/local, 1963, pp. 257-313, p. 264.

⁵¹ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 133.

No texto citado, temos: “A diferencia del Derecho privado, en el Derecho público falto um rechazo tajante a la dualidad *Vereibarung* y *Vertrag*”.

divergência, oposição, antagonismo, contradição e mesmo confronto e, ainda, onde não se observa ou se percebe muito limitadamente os elementos convergência, cooperação, colaboração e parceria.

Salientamos que as mencionadas concepções dogmáticas e restritivas de contrato, marcadas pelo exacerbado liberalismo e individualismo, foram afirmadas também por visões, inclusive no âmbito do pensamento de esquerda, que não acompanhavam a dinâmica concreta do instituto contrato e da realidade econômica, social e política do século XX, sobretudo a partir dos anos 30 e do final da Segunda Guerra Mundial e das mudanças ocorridas no âmbito da sociedade capitalista, que ganham numa forma simplificada as mais diferentes designações, tais como *Welfare State* Keynesiano ou Neokeynesiano, Estado do Bem Estar Social, Estado-Providência⁵², Fordismo Central e Periférico⁵³. Tais modificações sociais são reflexo da atuação dos indivíduos, da cidadania, da sociedade civil, dos movimentos políticos, sociais e de massa, do Estado, do Direito e da capacidade dos mesmos/das mesmas de modificar a realidade.

Eros Roberto Grau, na década de 70, notadamente quando reproduz os ensinamentos de Roujou de Boubée⁵⁴ e Henri Jacquot⁵⁵, aponta com nitidez no sentido de compreender o contrato como instituto onde predomina arrebatadamente o aspecto da “essência individualista e egoísta”, onde a regra é

⁵² ROSANVALLON, Pierre. **A Crise Do Estado-Providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa e revisão de tradução de Estela dos Santos Abreu. Brasília/Goiânia: UNB, Editora UFG, 1997. 160 p. Também, do mesmo autor: **A Nova Questão Social: Repensando o Estado-Providência**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. 170 p.

⁵³ LIPIETZ, Alain. Fordismo, Fordismo Periférico e Metropolização. In: **Ensaio FEE**, nº 20. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 1989, pp. 303-335. p. 360. Ainda: FARIA, Luiz Augusto Estrella; CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo; e BELLO, Teresinha da Silva. **Desvendando a Espuma: Reflexões sobre Crise, Regulação e Capitalismo Brasileiro**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 1989. 247 p.

⁵⁴ BOUBÉE. Gabriel Roujou de. **Essai sur l'acte juridique collectif**. Paris: LGDJ, 1961, pp. 14-15.

⁵⁵ JACQUOT, Henri. **Le statut juridique des plans français**. Paris: LGDJ, 1973, p. 226.

buscar a obtenção da máxima vantagem possível. No sentido mencionado anota que:

Opondo os atos coletivos – que se caracterizam pelo compromisso de vontades que tem o mesmo conteúdo e que se voltam à realização de um mesmo fim – aos contratos, observa Roujou de Boubée (op. cit, p. 14-5) que estes são sempre de essência individualista e egoísta. A própria terminologia contratual expressa perfeitamente essa idéia de oposição de interesses ou de egoísmo, ao identificar as “partes” do contrato a interesses individualizados, que são antagônicos aos interesses das demais “partes” do mesmo contrato. No contrato, pois - já agora na dicção de Henri Jacquot (*Le statut juridique des plans français*, Paris, LGDJ, 1973, p. 226)⁵⁶ – as partes, têm interesses opostos e desejam coisas diferentes; o vendedor quer desapossar-se de um bem com a condição de receber em troca o mais elevado preço possível; o comprador deseja adquirir o mesmo bem, pagando por ele o menor preço possível. No ato coletivo, por outro lado, as partes desejam a mesma coisa: realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns; seus interesses, ainda se diferentes, caminham na mesma direção.⁵⁷

4.2. O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA TAMBÉM DE CONTRATOS COOPERATIVOS PROBLEMATIZA A UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS ANTAGONISMO/CONVERGÊNCIA COMO REFERÊNCIA MAIS RELEVANTE PARA A DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS E CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

No período mais recente, diversos juristas, muitos deles mantendo uma perspectiva tradicional de contrato, notadamente a partir das lições, muitas delas bastante antigas, trazidas por autores estrangeiros e nacionais e por codificações dos séculos XIX, XX e atual, passam a destacar a existência, de um lado, dos

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 4ª. edição. São Paulo: Atlas, p. 189. 395 p. Na obra e páginas referidas temos enunciada a citação de Henri Jacquot (**Le Statut Juridique des Plans Français**, Paris, 1973, p. 226), tal como referida no verbete efetuado por Eros Grau, para a **Enciclopédia Saraiva de Direito**, vol. 20, p. 379.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. Convênio e Contrato. In: FRANÇA, R. Limongi (Coordenador). **Enciclopédia Saraiva do Direito** – Volume 20. Op. cit., p. 379.

contratos comutativos, distributivos, de intercâmbio e/ou bilaterais, e, de outro lado, dos contratos cooperativos, de comunhão de escopo e/ou plurilaterais. Tais exames problematizam a visão simplista e unilateral de contrato que serviu no solo pátrio para estabelecer como critério fundamental da distinção entre os Contratos e os Convênios da Administração Pública, a existência nos primeiros de interesses, objetos, objetivos, vontades e resultados diversos e opostos e nos segundos a ocorrência de interesses, objetos, objetivos, vontades e resultados comuns e coincidentes.

Marçal Justen Filho, no mínimo desde 1994 e até 2002, ao comentar o art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, que trata do tema Convênios da Administração Pública, constata a existência, de um lado, o conceito tradicional de contrato, de natureza distributiva e comutativa⁵⁸, onde estaria enquadrado o Contrato Administrativo, e, de outro lado, verifica a ocorrência de avenças de natureza cooperativa ou organizacional. O mesmo autor, nos mencionados anos, salienta, tratando sobre os tipos de contratos e também à respeito da distinção entre os Contratos e os Convênios da Administração, que:

Quando se alude a contrato administrativo, indica-se um tipo de avença que se enquadra, em termos da teoria geral do direito, na teoria dos contratos “comutativos” ou “distributivos” (ainda quando se trate de contratos unilaterais). Em tais atos, não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado. Cada parte vale-se do contrato para atingir a um fim que não é compartilhado pela outra.

Já no chamado “convênio administrativo”, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõe – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. No convênio, a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública, que buscam a realização imediata de um mesmo e idêntico interesse público.⁵⁹

⁵⁸ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2ª. edição. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 257 e ss.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: De Acordo com a Lei nº 8.883, de 08/06/1994. 3ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1994, pp. 524-525. 571 p.

Marçal Justen Filho, recentemente, tratando dos fins imediatos dos contratos administrativos, referindo-se à Tullio Ascarelli⁶⁰ e Francesco Messineo⁶¹, estabelece a diferenciação dos “contratos comutativos” (onde “os interesses das partes são contrapostos: a vantagem de uma parte corresponde à desvantagem de outra”)⁶², dos “contratos de organização”, “cooperativos” ou “de comunhão de escopo”, onde estariam, como exemplos, os contratos de concessões e os convênios (quando “não se configura essa contraposição de interesses, pois todos os partícipes estão voltados à consecução do objetivo comum”).⁶³ O primeiro salienta que:

O contrato comutativo envolve uma contraposição de interesses, onde a prestação de uma parte é a causa do dever assumido pela outra. Há dois sujeitos que se confrontam e produzem uma troca: certa utilidade é transferida do patrimônio (ou posse) de uma das partes para o patrimônio (ou posse) da outra. Em contrapartida, aquele que transferiu tal utilidade recebe outra, retirada do âmbito jurídico do co-contratante. Existem, no caso, interesses jurídicos rigorosamente contrapostos, e a execução da prestação de uma das partes produz o exaurimento do vínculo jurídico para si. Afinal, quando cada parte executa a prestação que lhe incumbe, extinguem-se os deveres jurídicos e se atinge ao fim do contrato.

O exemplo é o contrato de compra e venda, mas nela se enquadram tanto contratos bilaterais (locação de coisas e de serviços, por exemplo) como inclusive contratos unilaterais (tais como o mútuo e o depósito).

Nos contratos de organização, a vontade das partes visa criar uma organização de esforços e bens para desempenhar uma atividade de modo

Ainda: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª edição. São Paulo: Dialética, 2002, p. 606. 671 p.

⁶⁰ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2ª. edição. Op. cit. 1969, pp. 257 e ss.

⁶¹ MESSINEO, Francesco. Contratto Plurilaterale. In: **Enciclopédia Del Diritto** – v. 10. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 147 e s.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 284. 878 p.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2005. Op. cit., pp. 284.

continuado. É uma avença de natureza cooperativa (ou organizacional), que visa ao aproveitamento conjunto e simultâneo dos bens e recursos humanos. O exemplo é o contrato de sociedade. O grande idealizador dessa categoria foi Tullio Ascarelli, que a denominou “contrato plurilateral”.
(...)

O campo dos contratos de organização ou de colaboração abrange inúmeras figuras além da sociedade, tais como o consórcio, o contrato de concessão, de venda comercial, a franquia, etc. No campo do direito público, é cada vez mais crescente sua utilização. Não é possível compreender os institutos do convênio e da concessão de serviço público sem utilizar o conceito de contrato de organização ou de comunhão de escopo.⁶⁴

Julgamos que temos aqui uma inflexão de Justen, na medida em que o mesmo anteriormente vinculava o contrato administrativo ao conceito de contrato de natureza distributiva e comutativa, e agora liga, no mínimo, o contrato de concessão de serviço público, ao lado do instituto de convênio, ao conceito de contrato de organização ou de comunhão de escopo. Decorrente do que temos, principalmente nos exames mais recentes do autor, a problematização da utilização, como critério principal de distinção entre o Contrato e o Convênio da Administração Pública, a existência, no primeiro caso, de interesses, objetos, objetivos, vontades e resultados divergentes e opostos e, na segunda situação, de interesses, objetos, escopos, vontades e resultados paralelos e convergentes.

No rumo apontado, Eros Roberto Grau, em trabalho de 1995, a partir de elementos encontrados principalmente em Rudolph Von Ihering e Tullio Ascarelli, salienta a existência dos contratos de intercâmbio e, também, dos contratos de comunhão de escopo. O primeiro diz que:

Neste passo, cumpre considerarmos a distinção que opõe os contratos de intercâmbio e os contratos de comunhão de escopo, distinção já equacionada por von Ihering em seu monumental **Der Zweck im Recht**.⁶⁵

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2005. Op. cit., pp. 283-284.

⁶⁵ IHERING, Rudolph von. **Der Zweck im Recht**. Zweite Umgearbeitete Auflage, Erster Band. Leipzig: Druck und Verlag von Britkopp & Härtel, 1884, pp. 212-213.

Temos uma tradução da mesma obra para a língua portuguesa: IHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito** – 2 tomos. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. 825 p.

Nos contratos de intercâmbio os interesses das partes estão em contraposição, polarizados. Cada parte persegue seus próprios interesses; quanto mais desvantajosa for a compra para o comprador, mais vantajosa será para o vendedor, e vice-versa. A política de cada parte pode ser sumariada na seguinte frase: o prejuízo dele é o meu lucro (“*sein Schaden mein Gewinn*”).

Nos contratos de comunhão de escopo – Von Ihering refere-se aos contratos de sociedade -, os interesses dos contratantes são paralelos. Se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam.

Do espírito de solidariedade de interesses que os caracteriza, o lema: a vantagem dele é a minha vantagem, minha vantagem é a sua vantagem (“*sein Vorteil mein Vorteil, mein Vorteil sein Vorteil*”).

A distinção, em verdade, fora já discernida por Grócio, no século XVII, como observa Ascarelli: os contratos de intercâmbio *dirimunt partes*, os de comunhão de escopo *communione adferunt*.⁶⁶

Se nos contratos de intercâmbio, o elemento fundamental é o sinalagma – vínculo de recíproca dependência entre as obrigações do contrato bilateral -, na associação, como na sociedade e no consórcio, o elemento fundamental é o escopo (objetivo) comum.⁶⁷ Daí a observação, ainda de von Ihering:⁶⁸ o contrato de intercâmbio tem por pressuposto a diversidade, enquanto que o contrato de sociedade – contrato de comunhão de escopo – a identidade de objetivo.⁶⁹

Clóvis Bevilacqua, que trouxe ao debate um dos Projetos que colaboraram para a feitura do Código Civil de 1916, comentando o contrato de sociedade, lembra

⁶⁶ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2ª. edição, 1969. Op. cit., p. 255.

Ainda: ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, pp. 269-332. p. 274. 593 p.

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 137.

Ainda, do mesmo autor: **Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 44.

⁶⁸ IHERING, Rudolph Von. **Der Zweck im Recht**. Op. cit., p. 208.

⁶⁹ GRAU, Eros Roberto Grau. **Licitação e Contrato Administrativo – Estudos sobre a Interpretação da Lei**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 91 e 92. 132 p.

que o mesmo “é o contrato consensual, em que duas ou mais pessoas convencionaram combinar os seus esforços, ou recursos, no intuito de conseguir um fim comum” e, ainda, anota que no caso ocorre “a comunhão de interesse, a cooperação para lograr um fim comum, ideal ou material”.⁷⁰

Anota Marcos Bernardes de Mello, quando trata dos negócios jurídicos plurilaterais, onde destaca o contrato de constituição de sociedade, colhendo exames de Pontes Miranda⁷¹, que “diferentemente dos negócios jurídicos bilaterais que se formam pela coincidência de vontades opostas sobre o mesmo objeto, os negócios jurídicos plurilaterais resultam de vontades distintas que convergem para um fim comum”.⁷²

Francisco Cavalcante de Pontes de Miranda leciona que “no contrato de compra-e-venda, no de troca e noutros semelhantes, as prestações são antagônicas, porque se intercambia”, enquanto que “no contrato de sociedade, o fim pré-elimina o antagonismo, (...) há convergência, em vez de divergência prestacional”.⁷³

O mesmo Pontes de Miranda, no exame sobre os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais, ensina que “a finalidade comum está à base dos contratos de sociedade”.⁷⁴ Anota também que nos mesmos “falta o elemento de intercâmbio” e

⁷⁰ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado** – Obrigações – Tomo 2º - Volume V. 4ª. edição. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1939, p. 114. 372 p.

⁷¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XXXVIII - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Bilaterais e Negócios Jurídicos Plurilaterais. Pressupostos. Vícios de Direito. Vícios do Objeto. Evicção. Redibição. Espécies de Negócios Jurídicos Bilaterais e de Negócios Jurídicos Plurilaterais. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 12. 472 p.

⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano de Existência**. 12ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 200. 300 p.

⁷³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLIX - Contrato de Sociedade. Sociedades de Pessoas. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 20. 609 p.

⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XXXVIII - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Bilaterais e Negócios Jurídicos Plurilaterais. Pressupostos. Vícios

“as prestações convergem, concentram-se, fundem-se para que se atinja o fim comum”.⁷⁵

Lembra Silvio Rodrigues que no contrato de sociedade os “interesses das partes, em vez de colidirem, são paralelos”.⁷⁶ Ainda, constata a existência na doutrina de entendimentos “no sentido de negar à sociedade o caráter de contrato” e registra que da mesma opinião não participa.⁷⁷ Como também verifica que “o que nitidamente caracteriza o contrato de sociedade é o propósito, comum aos contratantes, de se unirem para alcançar um resultado almejado” e que “a esse fator subjetivo a doutrina dá o nome de *affectio societatis*”.⁷⁸

Igualmente, enuncia Arnoldo Wald, quando fala sobre o contrato de sociedade, que “ao lado dos contratos bilaterais, caracterizados pela divergência dos interesses dos contratantes, existem os contratos de cooperação ou plurilaterais, pelos quais pessoas, reunindo os seus esforços, pretendem atingir um fim comum”.⁷⁹ Lembrando que “a característica básica da sociedade é a comunhão de interesses, a colimação de um fim idêntico, a *affectio societatis*”.⁸⁰

de Direito. Vícios do Objeto. Evicção. Redibição. Espécies de Negócios Jurídicos Bilaterais e de Negócios Jurídicos Plurilaterais. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 12. 472 p.

⁷⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XXXVIII - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Bilaterais e Negócios Jurídicos Plurilaterais. Pressupostos. Vícios de Direito. Vícios do Objeto. Evicção. Redibição. Espécies de Negócios Jurídicos Bilaterais e de Negócios Jurídicos Plurilaterais. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 12.

⁷⁶ RODRIGUES, Silvio. Contrato de Sociedade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coordenação). **Enciclopédia Saraiva do Direito**, nº 19. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 512-524, pp. 512, 513 e 522.

⁷⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) São Paulo: Saraiva, 2004, p. 311. 447 p.

⁷⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30ª edição. Op. cit., pp. 311-312.

⁷⁹ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos** – De Acordo com o Novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10.1.2002. 16ª. edição, ampliada e atualizada com a colaboração do prof. Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 583. 1.186 p.

Também Carlos Alberto Bittar, ao examinar o contrato de sociedade, fixa a existência de contratos associativos, onde existe um “congresso de vontades, em torno de fins comuns, em que as partes combinam esforços ou recursos”.⁸¹

Igualmente, Karl Larenz, quando trata do contrato de sociedade, destaca que “o primeiro e inelutável pressuposto de uma “sociedade” é, portanto, a obrigação de várias pessoas promover a obtenção de uma finalidade comum a todas elas”.⁸²

Salienta Enzo Roppo, quando trata dos contratos plurilaterais, a existência de contratos associativos e os contratos de troca. Nos contratos associativos, entre os quais destaca o contrato de sociedade e o de associação, os deveres e as atribuições cada um surgem notadamente “em razão do escopo comum e em função da organização comum”.⁸³ Nos contratos de troca (ou sinalagmáticos, ou de prestações correspectivas), verifica-se que “as partes se encontram em posições institucionalmente contrapostas” e que “aquilo que uma parte dá ou promete à outra parte encontra a sua contrapartida imediata e definitiva naquilo que a outra parte lhe dá ou promete a si”.⁸⁴

De outro lado, salientamos que Judith Martins-Costa, trabalha e desenvolve lições de Clóvis do Couto e Silva, onde o último traz exames mais adequados, também por melhor apanharem a realidade em sua complexidade e nas suas múltiplas facetas, que se constituem em novidade em relação aos pontos de

⁸⁰ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos** – De Acordo com o Novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10.1.2002. 16ª. edição, ampliada e atualizada. Op. cit., p. 583.

⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Civis**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p.126. 274 p.

⁸² LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones** – Tomo II. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. p. 389. 730 p.

O texto que traduzimos do espanhol:

“El primero e ineludible presupuesto de una “sociedad” es, por tanto, la obligación de varias personas de promover la obtención de una finalidad común a todas ellas”.

⁸³ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 82 e 83. 371 p. Original: Il Contratto. Bologna: Il Mulino, 1977.

⁸⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Op. cit., pp. 82 e 83.

vista até aqui examinados. Judith Martins-Costa lembra que o vigor de incidência do princípio da boa-fé tende a “obedecer ao princípio do escalonamento, pois os deveres que produz manifestam-se de forma graduada, consoante a natureza do vínculo”⁸⁵, enquanto Clóvis do Couto e Silva enuncia que “os deveres da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam”.⁸⁶

Os juristas referidos, no que diz respeito à natureza do vínculo, lembram a existência, de um lado, dos negócios bilaterais – v.g. os contratos de intercâmbio –, de outro, dos negócios bilaterais com atividade em proveito alheio (acordos de gestão, negócios fiduciários em geral), como também as relações obrigacionais onde ocorre a comunhão de escopo (sociedade). Na primeira situação, temos que o interesse de cada participante “encontra a sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos” (de modo que) “o princípio da boa-fé opera, aqui, significativamente, como mandamento de consideração”.⁸⁷ Na segunda hipótese, quando os interesses não são contrapostos, “diversa e maior é a intensidade dos deveres decorrentes da boa-fé”, pois, “quando se verifica uma atividade em proveito alheio: nos acordos de gestão, nos negócios fiduciários em geral ‘o dever de levar em conta o interesse da outra parte (*tua res agitur*) é o conteúdo do dever do gestor ou do fiduciário’. (...)”⁸⁸. Na terceira relação, onde as

⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: A Boa-Fé nas Relações de Consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado**. São Paulo: Editora RT, 2002, pp. 611-661, p. 643. 861 p.

⁸⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 31. 230 p.

⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: A Boa-Fé nas Relações de Consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado**. Op. cit., p. 643.

Igualmente: SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. Op. cit., p. 30.

⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: A Boa-Fé nas Relações de Consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito**

relações obrigacionais caracterizam-se pela comunhão de objetivos, como nas relações de sociedade, a afirmação dos deveres decorrentes da boa-fé apresentarão maior força e intensidade e a “cooperação se manifesta em sua plenitude”.⁸⁹

Julgamos, como resultado de tudo o que foi verificado, que tem razão Sílvio Luís Ferreira da Rocha, quando, ao se referir à distinção entre os contratos e os convênios administrativos, entende que erram “aqueles que se apegam à diversidade de interesses para distinguir o contrato do convênio” e invoca para fortalecer o seu exame “os denominados contratos associativos, dentre os quais o contrato de sociedade se destaca”.⁹⁰

Entendemos que é relevante o destacado por Tullio Ascarelli, quando em face do contrato de sociedade, anota a insuficiência da teoria tradicional de cunho mais dogmático, que fundamenta a noção de contrato a partir da “generalização das regras próprias dos contratos de permuta”⁹¹ e que, conforme anota Serpa Lopes, julga que “não há espaço para a figura contratual”, na ausência do pressuposto do “choque de pretensões colidentes, harmonizadas pelo acordo de vontades”.⁹²

O entendimento sobre a natureza contratual da sociedade, embora tendo uma ampla e antiga história no Direito positivo pátrio, e, ainda, ser defendido por

Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado.Op. cit., p. 644.

Ainda: SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo.** Op. cit., p. 30.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: A Boa-Fé nas Relações de Consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito Privado:** Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado.Op. cit., p. 644.

Ainda: SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo.** Op. cit., p. 31.

⁹⁰ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52. 174 p.

⁹¹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado.** Op. cit. 1945, p. 276.

⁹² LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil – Fonte das Obrigações: Contratos –** Voluma IV. 5ª.edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Op. cit., p. 544.

grande parcela dos autores nacionais⁹³, como também a despeito de ter vasta sustentação na doutrina internacional e em abrangente número de codificações do século XIX, XX e atual, está longe de ser tranqüilo e ainda gera perplexidades e/ou objeções.

Registra Silvio Rodrigues, que o Código Civil de 1916, “seguindo orientação que já se encontrava no direito anterior”, define “o contrato de sociedade dizendo que o celebram as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns (art. 1.363)”⁹⁴. O mesmo autor destaca que “a orientação de definir o contrato, que já se encontrava nas Ordenações (Liv. IV, Tit. 44, prc.)⁹⁵, é seguida por Teixeira de Freitas, Consolidação..., cit., art. 742”⁹⁶. Igualmente, salienta que “definição semelhante se encontra no art. 981 do Código Civil de 2002”.⁹⁷

Pontes de Miranda, quando examina as fontes do Direito Civil Brasileiro, no que se refere ao tema contrato de sociedade, enuncia no sentido de que a definição “procede da Lei suíça de 1881, art. 524, 1^a. alínea (de 1911, art. 530, cp.

⁹³ FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 8^a. edição, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 587. 1.053 p.

⁹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Obrigações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30^a edição. Op. cit., pp. 309-310.

⁹⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Obrigações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30^a edição. Op. cit., p. 309.

O autor anota que: “Dizem as Ordenações, naquele passo: “Contrato de companhia é o que duas pessoas ou mais fazem entre si, ajuntando todos os seus bens, ou parte deles para melhor negócio e maior ganho”.

⁹⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Obrigações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30^a edição. Op. cit., p. 309.

O jurista diz que: “Daí retira Teixeira de Freitas o seu conceito: “Contrato de sociedade é o que duas ou mais pessoas fazem entre si, pondo em comum todos os seus bens, ou parte deles, para fim de maior lucro”.

⁹⁷ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Obrigações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30^a edição. Op. cit., p. 310

B.G.B., § 705”).”, que, lembra o autor, “abrange as sociedades de fins não econômicos”.⁹⁸

Temos a constatação de que, em relação ao tema contrato de sociedade, o Código Civil Brasileiro de 1916, esteve bastante referenciado na nossa própria experiência e teorização⁹⁹, como também pelos ensinamentos presentes no Código Federal Suíço de Obrigações, de 14 de junho de 1881 (art. 524), revisado pela Lei de 30 de março de 1911 (art. 530)¹⁰⁰, e no Código Civil Alemão - BGB, de 18 de agosto de 1896, no seu § 705.¹⁰¹

Constatamos que, no que diz respeito ao assunto examinado, o Código Civil Francês, também conhecido como Código de Napoleão, de 21 de março de 1804, no art. 1832, considera a sociedade como contrato¹⁰². Igualmente verificamos

⁹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 316. 491 p.

⁹⁹ Destacamos, por exemplo, que, no Código Civil – Esboço, de 1860, A. Teixeira de Freitas, no Título I – Das Obrigações Derivadas de Contrato, no art. 3.043, definia o Contrato de Sociedade da seguinte forma:

“Art. 3.043 – Haverá contrato de sociedade, quando duas ou mais pessoas se tiverem mutuamente obrigado, cada uma a sua prestação, propondo-se pela junção delas a qualquer fim de utilidade”.

(FREITAS, A. Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, de 1860 – 2º volume. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1952, p. 926. 779 p.).

¹⁰⁰ Encontramos, no art. 530, do Código Federal Suíço das Obrigações, de 14 de junho de 1881, revisado pela Lei de 30 de março de 1911, na Segunda Parte, que trata Das Diversas Espécies de Contrato, o Contrato relativo à Sociedade Simples, onde temos, no art. 530, a noção de que a “Sociedade (Gesellschaft) é a união contratual de duas ou várias pessoas para alcançarem uma finalidade comum, com esforços e meios comuns”. (DINIZ, Souza. **Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações**. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1961, p. 239. 350 p.).

¹⁰¹ Anote-se em:

DINIZ, Souza. **Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)**, de 18 de agosto de 1896. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1960, p. 120. 396 p.;

ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil Alemán Comentado – BGB**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 241. 720 p..

¹⁰² O art. 1832, do Código Civil Francês, conhecido como Código de Napoleão, de 21 de março de 1804, no que diz respeito ao contrato de sociedade, enuncia que:

que o Código Civil do Reino da Itália, de 25 de junho de 1865, no artigo 1.697¹⁰³, como também o Código Civil Italiano, de 16 de março de 1942, no art. 2.247¹⁰⁴, entendem a sociedade como contrato.

Eduardo Espínola, quando examina o contrato de sociedade tal como tratado pelo Código Civil de 1916, que segundo o mesmo foi inspirado no Código Suíço de Obrigações, lembra que “diz-se sociedade o contrato pelo qual duas ou mais pessoas convencionam unir os seus esforços ou recursos, visando um fim comum”. A seguir, o mesmo autor, numa nítida contradita para com o caminho trilhado no nosso sistema civil, enuncia que “embora a doutrina tradicional considere a sociedade um contrato, doutrina que é ainda hoje francamente predominante,

“Art. 1832. A sociedade é um contrato pelo qual duas ou mais pessoas combinam pôr alguma coisa em comum, tendo em vista a partilha das vantagens que poderão daí advir”.

(DINIZ, Souza. **Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses**: Texto integral do Código de 1804 com todas as modificações nele posteriormente introduzidas. Rio de Janeiro: Distrib. Record, 1962, p. 249. 409 p).

¹⁰³ O art. 1697, do Código Civil do Reino da Itália, de 25 de junho de 1865, estipula que:

Art. 1697 – A sociedade é um contrato, com o qual duas ou mais pessoas convencionam de pôr qualquer coisa em comunhão, a fim de dividir o ganho que dele poderá derivar (“1697. La società è un contratto, col quale due o più persone convengono di mettere qualche cosa in comunione, al fine di dividere il guadagno che ne potrà derivare”).

(**Codice Civile del Regno D’Italia**, 25 giugno 1865. Torino: Stamperia Reale, sem data, p. 400. 530 p.).

¹⁰⁴ O art. 2247, do Código Civil Italiano, de 16 de março de 1942, presente no Livro relativo ao Trabalho, estabelece que: “Art. 2247 (Noções). Pelo contrato de sociedade duas ou mais pessoas entram com bens ou trabalho para para o exercício em comum de uma atividade econômica a finalidade de dividir os lucros. (2247. Contratto di società. Con il contratti di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l’esercizio in comune di un’attività economica allo scopo di dividerne gli utili).”

(DINIZ, Souza. **Código Civil Italiano**, de 16 de março de 1942, Disposições sobre as Leis em Geral e Disposições para a Execução do Código Civil e Disposições Transitórias, de 30 de março de 1942. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1961, p. 324. 490 p.;

ALPA, Guido.; e IUDICA, Giovanni. **Codice Civile**, 16 marzo 1942, con commento essenziale di giurisprudenza, Costituzione, Trattato Comunità europea, leggi complementari. Sem Indicação Local: Kluwer, Ipsa, 1996, p. 621. 1.549 p).

autores há, de grande conceito, que pensam diversamente, atribuindo-lhe o caráter de ato coletivo”.¹⁰⁵

Anota Orlando Gomes, examinado o contrato de sociedade, que “a natureza contratual de alguns negócios jurídicos tradicionalmente considerados contratos, como a sociedade, tem sido contestada ultimamente, com veemência”.¹⁰⁶ O civilista lembra que “a característica mais incisiva do contrato na acepção clássica da palavra cristalizada na tradição romana reside na circunstância de ser um meio para a composição de interesses contrapostos” e, ainda, que “a orientação privatista, dominante ainda hoje, o contrato é um instrumento destinado a resolver interesses em conflito, pretensões em luta”, na medida em que “na sua formação, defrontam-se partes que, constituídas por sujeitos singulares ou plurais, visam à satisfação do interesse diverso de cada qual, que lhe estrutura a vontade”¹⁰⁷. Lembra que “ao lado desses negócios plurilaterais, outros se constituem, nos quais os distintos interesses das partes convergem para fim comum”, e entende que “tais negócios não devem ser inseridos na categoria do contrato”, pertencendo, vendo-se as questões com rigor necessário, “à categoria dos acordos”, tendo em vista que “neles, a declaração de vontade das partes tem por fim a satisfação de interesses paralelos, e não de interesses contrapostos”.¹⁰⁸

Caio Mário da Silva Pereira, referindo-se ao contrato de sociedade, anota que “afirmando a sua natureza contratual, não expressamos um conceito pacífico, porém, fixamos a posição do direito positivo brasileiro”.¹⁰⁹ O mesmo autor, a seguir, menciona a “situação peculiar de duas ou mais pessoas fazerem emissões de

¹⁰⁵ ESPINOLA, Eduardo. **Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Editora, 1953, p. 373. 578 p.

¹⁰⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 400. 527 p.

¹⁰⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Op. cit., p. 400.

¹⁰⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Op. cit., pp. 400-401.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil – Volume III – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 282. 413 p.

vontades não opostas, visando o que Kuntze denominava negócio jurídico complexo (...), de que resulta a congregação de vontades paralelas, ou encaminhadas no mesmo sentido”.¹¹⁰ O mencionado civilista conclui afirmando que: “Não nos recusamos a inserir a sociedade entre os contratos, atendendo a que, formalmente, como estruturalmente, os elementos constitutivos (...) estão presentes. Mas não pode passar sem reparos o caráter peculiar desta figura contratual”.¹¹¹

Miguel Maria de Serpa Lopes, tratando do tema natureza contratual da sociedade, registra que enquanto “os clássicos sustentam a natureza contratual da sociedade”, ressalta que “a escola tedesca, porém, pretendeu ver na sociedade, pelo menos a dotada de personalidade jurídica, um ato coletivo e não um contrato de sociedade”.¹¹² O autor referido diz “não querer (...) aderir aos que negam a sociedade um caráter contratual” e considera que a sociedade tem natureza contratual “no que tange às relações internas entre os seus membros componentes”, mas como entende que “além disso, o que se denomina de contrato de sociedade também importa nos estatutos da personalidade jurídica que essencialmente dela deve emergir”, e julga que, na hipótese, “há, ao lado do contrato, um outro negócio jurídico mui distante da noção contratual”.¹¹³

O jurista mencionado critica, porém, entendimentos que “partem de um conceito de contrato por demais restrito”, que julga que “não há espaço para a figura contratual”, na ausência do pressuposto do “choque de pretensões colidentes,

¹¹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10ª edição. Op. cit., p. 282.

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10ª edição. Op. cit., p. 282.

¹¹² LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil** – Fonte das Obrigações: Contratos – Volumes IV. 5ª edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 543. 672 p.

¹¹³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil** – Fonte das Obrigações: Contratos – Volumes IV. 5ª edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Op. cit., p. 544.

harmonizadas pelo acordo de vontades”.¹¹⁴ Lembra que “na sua definição comum, o contrato é um negócio jurídico tendente a criar, modificar ou extinguir um direito”, a partir do que entende possível existirem, tanto contratos que “regulam interesses divergentes”, como também contratos, como no caso da sociedade, que “disciplinam interesses convergentes”, ao mesmo tempo que anota que “se comumente são os primeiros os mais freqüentes”, tal “não significa a incompatibilidade dos segundos com a idéia de contrato”.¹¹⁵

Consideramos que os pontos de vista referidos, quando não negam a natureza contratual aos ajustes associativos, unilaterais e/ou gratuitos, tratam os mesmos como fenômenos excepcionais, incomuns, anormais e/ou mesmo insólitos.

Pensamos que o exposto no presente estudo demonstra igualmente que a mencionada concepção restritiva do contrato, que se manifesta também no âmbito do direito privado, encontra, todavia, sua expressão mais exacerbada e marcante no espaço reservado ao direito público. Podendo ser constatado, inclusive, nos parâmetros utilizados para a questão contratual, um significativo desacordo, desarmonia e/ou incongruência entre as fontes teóricas e mesmo legislativas escolhidas por um e outro ramo do direito pátrio.

Julgamos que o contrato, tal como foi moldado pelo ordenamento jurídico privado nacional, com destaque para os Códigos Civis de 1916 e 2002, e compreendido pela doutrina nacional privada, não respalda visões preches de restrições, exigências e limitações para que seja reconhecida a ocorrência da figura contratual. Verificamos que a ampla maioria dos doutrinadores pátrios, apesar das inúmeras diferenças de opiniões, optaram por visões de maior amplitude e menos presas aos esquemas tradicionais mais dogmáticos e restritivos.

¹¹⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil** – Fonte das Obrigações: Contratos – Voluma IV. 5ª.edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Op. cit., p. 544.

¹¹⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil** – Fonte das Obrigações: Contratos – Voluma IV. 5ª.edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Op. cit., pp. 544-545.

Pontes de Miranda define que “contrato é o negócio jurídico (ou instrumento jurídico) que estabelece entre os figurantes, bilateralmente ou plurilateralmente, relações jurídicas, ou as modifica, ou as extingue”.¹¹⁶

Entende Caio Mário da Silva Pereira que “contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.¹¹⁷

Miguel Maria de Serpa Lopes diz que “na sua definição comum, o contrato é um negócio jurídico tendente a criar, modificar ou extinguir um direito”.¹¹⁸

Relembramos que Paulo Luiz Netto Lôbo, diz que quando da elaboração do Código Napoleônico era compreensível “a sacralidade do esquema clássico de contrato, assentado nas vontades livres de ofertar e aceitar”, pelo fato de que “vivia-se um momento da exasperação da vontade individual”, mas registra que “no tráfico jurídico atual, várias situações negociais passaram a dispensar a livre e consciente manifestação da vontade, para a geração de efeitos obrigacionais, próprios dos contratos”. Esclarece que “em vez da aceitação, ou mesmo o consentimento, como ato de vontade individual, o direito confere eficácia a comportamentos típicos, captando objetivamente certas condutas que substituem com vantagem a necessidade de aceitação”, ao mesmo tempo que destaca “entre as várias construções doutrinárias (...) a desenvolvida por Karl Larenz, sob a denominação de conduta social típica”.^{119 120}

¹¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo III - Negócio Jurídico. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. 4^a. edição. São Paulo: Editora RT, 1974, p. 210. 525 p.

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10^a. edição. Op. cit., p. 2.

¹¹⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil** – Fonte das Obrigações: Contratos – Voluma IV. 5^a.edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Op. cit., p. 544.

¹¹⁹ LARENZ, Karl. **Derecho Civil**. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978, p. 734.

¹²⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código Civil** - Parte Especial – Das Várias Espécies de Contratos – Da Compra e Venda. Da Troca ou Permuta. Do Contrato Estimatório. Da Doação.

Em decorrência do que pensamos haver uma grande precariedade nas análises que distinguem os Contratos dos Convênios da Administração Pública, a partir de uma concepção dogmática e restritiva da própria teoria de contrato tradicional. Verificamos que a mencionada visão, de um lado, busca respaldo em características que quando muito preponderam nos contratos de permuta e que nega ou subestima a existência, tanto no direito privado, como no direito público, dos contratos associativos, unilaterais e gratuitos. Constatamos, de outro lado, que o mesmo ponto de vista busca sustentação em enfoques repletos de dogmas, ressalvas, reservas e obstáculos para reconhecer a existência da figura contratual.

Ainda, entendemos que os argumentos trazidos apontam a fragilidade de exames baseados restritamente na dicotomia oposição/coincidência de interesses, na medida em que, de um lado, a preponderância de um dos pólos pode sofrer alterações, pelas mais variadas situações e/ou motivações, e, de outro lado, pelo fato de a mencionada noção dicotômica tender a apresentar reduzida capacidade para construir teorias e práticas que reconheçam as situações em sua ampla complexidade e em suas múltiplas faces.

Entendemos que o constatar da existência nos institutos jurídicos de uma predominância, em maior ou menor grau, dos elementos antagonismo/comunhão, não torna possível que se verifique nos mesmos somente uma das partes da mesma dicotomia. Julgamos que a experiência tem demonstrado ser artificial enxergar, a partir de visões unilaterais e/ou deterministas, nos contratos comutativos e de intercâmbio somente a face divergência e nos contratos de cooperativos, como também nos convênios, exclusivamente o lado convergência.

Com o direcionamento mencionado, julgamos relevantes os exames de Rudolf von Ihering, quando o mesmo trata do egoísmo, do equivalente e das considerações de futuro nas relações comerciais, que efetua ponderações que aconselham, mesmo nas relações marcadas pelo intercâmbio e numa perspectiva egoísta, a cooperação e a parceria nas relações comerciais. Pensamos que análises do mesmo autor também apontam para uma rejeição de qualquer relação determinista entre o tipo de contrato e a manifestação de antagonismo ou

cooperação nos contratos em concreto, na medida que as tendências, maiores ou menores, em cada tipo de contrato, seja no sentido da contraposição, como da convergência entre as partes, pode ser afetada ou alterada pela intervenção da sociedade, da cidadania, dos indivíduos, das partes, das forças econômicas, políticas, sociais e de massa, do Estado e do Direito, a partir das concepções e visões que se afirmam nas mais variadas situações. O jurista pondera que:

Ao egoísmo de um contrapõe-se o egoísmo do outro. Enquanto aquele se empenha em tomar o máximo possível, este envida todos os esforços no sentido de dar o menos possível. O ponto indiferencial ou ponto zero em que ambos chegam a um equilíbrio é o equivalente. Equivalente é o equilíbrio entre prestação e contraprestação inferido através da experiência, uma importância da remuneração (ou prestação real) em que ambas as partes chegam a um acordo, nenhuma delas perdendo. (...)

Ao aproveitamento egoístico do presente contrapõe-se a consideração pelo futuro. O egoísmo põe na balança duas vantagens viáveis e sacrifica a vantagem transitória, quiçá sobremodo considerável, do momento, com o fito de assegurar a vantagem do resto da vida, menor, porém duradoura. (...)

Entretanto, para que se possa vislumbrar o futuro é mister que se possua visão. A visão de muitos homens é, contudo, de tal forma obtusa, que não se projeta no futuro, e em outros, ocorre de a vontade, por seu turno, ser tão fraca, que não consegue resistir a tentação de sacrificar o futuro em favor do momento. (...)¹²¹

As constatações efetuadas, porém, não significam a aceitação de uma lógica que abdique de examinar e/ou classificar os diversos tipos de contratos, percebendo o que caracteriza essencial e/ou tendencialmente cada um dos mesmos.

4.3. A PROBLEMATIZAÇÃO MAIS DECISIVA DA PRINCIPAL DISTINÇÃO ENTRE CONTRATOS E CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS, A PARTIR DO ENTENDIMENTO DA RELAÇÃO CONTRATUAL COMO TOTALIDADE E PROCESSO, E, AINDA, COMO VÍNCULO QUE SE DÁ PARA ALÉM DAS PARTES

¹²¹ IHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito** – Tomo I. Tradução de Heder K. Hoffmann. 1ª. edição. Campinas: Bookseller, 2002, pp. 100 e 102. 374 p. Título Original: Der Zweck im Recht.

E NA PERSPECTIVA DOS TERCEIROS, DA SOCIEDADE E DO ORDENAMENTO JURÍDICO, E, TAMBÉM COMO RELAÇÃO ONDE TEMOS A AFIRMAÇÃO DOS ELEMENTOS COOPERAÇÃO, COLABORAÇÃO E PARCERIA

Pudemos verificar até aqui que a perspectiva mais dogmática e restritiva da visão tradicional de contrato, assimilada de forma mais marcante no âmbito do Direito Público pátrio, inclusive em dissintonia com a perspectiva majoritária da doutrina e do ordenamento na esfera do Direito Privado nacional, destaca como elemento fundamental e mesmo imprescindível das relações contratuais a existência de interesses, objetos, objetivos, vontades e resultados diversos e antagônicos.

Pensamos que a mencionada noção tradicional de contrato, centra seus exames, de forma simplista, unilateral e limitada, nas obrigações de prestar e exigir a prestação. Numa concepção que, de um lado, não enxerga as mesmas relações como uma totalidade ampla, dinâmica e complexa, onde existe também uma série de outros deveres, obrigações, ônus, expectativas. Numa perspectiva, de outro lado, que não divisa os vínculos existentes para além das partes, de forma a levar em conta também os terceiros, a sociedade e/ou o ordenamento jurídico. Numa visão que não consegue enxergar nas relações contratuais a afirmação progressiva dos elementos cooperação, colaboração e parceria.

Pensamos que, na atualidade, crescem exames, reconhecidos na doutrina e na legislação, onde, das mais variadas formas, as relações obrigacionais são vistas como um “todo” e como processo, e/ou onde se enxergam os mesmos vínculos para além das partes e na perspectiva dos terceiros, da sociedade e do ordenamento jurídico, como também, onde se divisam nas mesmas relações a afirmação progressiva dos elementos cooperação, colaboração e parceria.

Entendemos que as concepções e análises citadas das relações obrigacionais e contratuais problematizam de forma ainda mais decisiva a perspectiva dogmática e restritiva presente na visão tradicional, que serviu para estipular como critério fundamental da distinção entre os Contratos e os Convênios da Administração Pública, a existência nos primeiros de interesses, objetos, objetivos, vontades e/ou resultados diversos, opostos, contraditórios e antagônicos e nos segundos a ocorrência de interesses, objetos, objetivos, vontades e/ou resultados comuns, coincidentes, de colaboração, de cooperação e de parceria.

4.3.1. A relação obrigacional vista como totalidade, processo e vinculada a uma ordem de cooperação

Judith Martins-Costa, tratando das relações obrigacionais, na Introdução efetuada, aos seus Comentários ao Novo Código Civil, tendo como referências relevantes os ensinamentos de Karl Larenz, de Clóvis do Couto e Silva e de Mário Júlio de Almeida Costa, destaca a análise externa, centrada no método tradicional, e, ainda, a análise interna. Esclarece que, na primeira, o fenômeno obrigacional é percebido “tão-somente como um vínculo estruturado sobre dois pólos (credor e devedor), ligados pelos correspondentes direitos e deveres”.¹²² Salienta que, na segunda, a relação obrigacional é vista “em sua totalidade concreta, isto é, como aquela composta por um dinâmico “todo” de direitos, deveres, faculdades, ônus, expectativas legítimas, etc., finalisticamente interligados ou coligados”.¹²³

Ensina Karl Larenz, versando sobre a relação obrigacional como um todo e como processo, que:

Temos examinado os elementos essenciais da relação de obrigação: o dever de prestação e os deveres de conduta; o crédito como direito à prestação e a possibilidade de realizar-lo pela via judicial, assim como a garantia do credor em virtude da responsabilidade patrimonial geral do devedor normalmente conectada a dívida. Passaremos, pois, agora estudar a relação de obrigação como um todo. Decorrente deste conceito entendemos a “relação de obrigação” não somente como faz a lei (por exemplo, no § 362), ou seja, como relação de prestação isolada (crédito e dever de prestação), mas sim como uma relação jurídica total (por exemplo: relação de compra e venda, de arrendamento, de trabalho) fundamentada por um feito determinado (por exemplo, esse contrato de compra e venda, de arrendamento e de trabalho) e que se configura como uma relação jurídica especial entre as partes. Neste sentido a relação de obrigação compreenderá uma série de deveres de prestação e conduta, e além deles

¹²² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. Volume V – Tomo I (artigos 304 a 388). Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coordenador). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 09. 782 p.

¹²³ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. Volume V – Tomo I (artigos 304 a 388). Op. cit., p. 09.

pode conter para uma ou outra das partes direitos de formação (por exemplo, um direito de denúncia ou um direito de opção) e outras situações jurídicas (por exemplo, competência para receber uma denúncia) É, pois, um conjunto, não de fatos ou acontecimentos do mundo exterior perceptíveis pelos sentidos, mas sim de “conseqüências jurídicas”, ou seja, daquelas relações e situações que correspondem ao mundo da validade objetiva de ordem jurídica.¹²⁴

Clóvis do Couto e Silva, que trouxe para a doutrina nacional a obrigação como totalidade, processo e vínculo como uma ordem de cooperação alicerçada na boa-fé, destaca que na referida perspectiva o credor e o devedor não ocupam posições antagônicas e polêmicas. O mencionado jurista se manifesta da forma que segue:

O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade. (...)

A relação jurídica pode ser entendida em sentido amplo ou em sentido estrito. *Lato sensu* abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários dependentes e independentes), obrigações, exceções, e ainda posições jurídicas. *Stricto sensu* dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito, como faziam os juristas romanos. (...)

¹²⁴ LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones** – Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37. 557 p.

O texto traduzido é o que segue:

“Hemos examinado los elementos esenciales de la relación de obligación: el deber de prestación y los deberes de conducta; el crédito como derecho a la prestación y la posibilidad de realizarlo por vía jurídica, así como la garantía del acreedor a virtud de la responsabilidad patrimonial general del deudor normalmente conectada a la deuda. Pasaremos, pues, ahora a estudiar la relación de obligación como un todo. Bajo este concepto entendemos la “relación de obligación” no sólo como lo hace la ley (p. ej., en el § 362), es decir, como la relación de prestación aislada (crédito y deber de prestación), sino como la relación jurídica total (p. ej.: relación de compraventa, de arrendamiento, de trabajo) fundamentada por un hecho determinado (p. ej.: ese contrato concreto de compraventa, de arrendamiento o de trabajo) y que se configura como una relación jurídica especial entre las partes. En este sentido la relación de obligación comprenderá una serie de deberes de prestación y conducta, y además de ellos puede contener para una u otra de las partes derechos de formación (p. ej., un derecho de denuncia o un derecho de opción) u otras “situaciones jurídicas” (p. ej., competencia para recibir una denuncia). Es, pues, un conjunto no de hechos o de acontecimientos del mundo exterior perceptible por los sentidos, sino de “consecuencias jurídicas”, es decir, de aquellas relaciones y situaciones que corresponden al mundo de la validez objetiva de orden jurídico”.

A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito de vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontram, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo. (...).¹²⁵

Ainda, Mário Júlio de Almeida Costa, quando aborda o problema da relação obrigacional como um todo e como um processo, anota que:

Corresponde à orientação clássica, de fundo romanístico, a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Todavia, a doutrina moderna, sobretudo por mérito dos autores alemães, evidenciou a estreiteza de tal ponto de vista e a necessidade de superá-lo. Deste modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos deveres de prestação – tanto os deveres principais de prestação, como deveres secundários -, os deveres laterais (“Nebenpflichten”), além de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas, etc.¹²⁶

Anota Jorge Cesa Ferreira da Silva, tratando dos deveres das partes na relação obrigacional, que classificando os mesmos deveres conforme “a principal função e o grau de proximidade com os deveres de prestação (principais e secundários)”, chegou aos “deveres de proteção, deveres de cooperação e deveres de informação e esclarecimento”.¹²⁷

Judith Martins-Costa, tratando dos deveres que decorrem do princípio da boa-fé, entende que:

¹²⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, pp. 5 e 8. 230 p.

Judith Martins-Costa (**Comentários ao Novo Código Civil**. Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. Volume V – Tomo I (artigos 304 a 388). Op. cit., p. 01) informa que “embora só publicada em 1976, a obra estava escrita, em versão datilografada em 1964”.

¹²⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 6^a. edição. Coimbra: Almedina, 1994, p. 56. 1.008 p.

¹²⁷ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil**. SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.99-126, p. 120. 271 p.

(...) da boa-fé emergem, mesmo na ausência de regra legal ou previsão contratual, os deveres, anexos, laterais ou instrumentais de consideração com o *alter*, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento; e os de omissão e segredo, os quais enucleados na conclusão e desenvolvimento do contrato, situam-se, todavia, também nas fases pré e pós contratual, (...).¹²⁸

Salienta Pietro Perlingieri que:

A diversificação dos interesses deduzidos na relação obrigacional, com a evidenciação também daquelas não patrimoniais destinadas a caracterizar a concreta ordem, postula, por um lado, a reconstrução do crédito e do débito como situações subjetivas complexas nos conteúdos – identificados variadamente em poderes, obrigações, faculdades e ônus – e, por outro, a apresentação de uma noção de obrigação sensível aos valores e aos princípios fundamentais e, portanto, orientada a atuar-se em função constitucional. (...) A incidência constitucional se realiza em vários modos; não apenas na individuação dos conteúdos das cláusulas gerais como a diligência, a boa-fé, o estado de necessidade, etc., mas, sobretudo, na releitura orientada axiológicamente de toda a disciplina em que consiste a relação (...).¹²⁹

4.3.2. Da relação contratual para além das partes e na perspectiva dos terceiros, da sociedade e do ordenamento jurídico

Julgamos que a visão tradicional de contrato, destaca em suas análises, de forma simplista e unilateral, exclusivamente ou de forma amplamente preponderante as relações entre as partes (devedor e credor) e desconhece ou subestima nas mesmas relações a perspectiva dos terceiros, da sociedade e do ordenamento jurídico.

¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” e as Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. In: FERREIRA, Aparecido Hernani (organizador). **O Novo Código Civil**: Discutido por Juristas Brasileiros. Campinas: Bookseller, 2003, pp. 227-265, pp.257-258. 793 p.

¹²⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 211. 369 p.

Teresa Negreiros, trabalhando o tema o contrato além do contrato, o princípio da função social, entende que o mesmo “significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que os cercam e que são por ele próprio afetadas”.

Enuncia Jorge Cesa Ferreira da Silva, falando sobre o princípio da função social do contrato, que à mesma se “atribui a especial virtude de incluir, como elemento de necessária atenção jurídica, preocupações com terceiros não membros da relação, o que inegavelmente vai ao encontro das aspirações de uma sociedade que se pretende mais solidária”.¹³⁰

4.3.3. Da consolidação progressiva, nas relações obrigacionais e contratuais, dos elementos cooperação e colaboração

Igualmente, entendemos que no juízo tradicional de contrato se ressalta sobretudo os elementos divergência, antagonismo e a contraposição e raramente ocorre de se destacar os elementos cooperação, colaboração e parceria.

Antônio Carlos Cintra do Amaral, a partir das observações de Gaspar Ariño Ortiz e Marcel Waline, estipula o princípio da colaboração como um dos princípios do Contrato Administrativo. O administrativista citado anota que:

Os contratos administrativos obdecem a alguns princípios básicos.

Gaspar Ariño Ortiz (Teoria del Equivalente Economico en los Contratos Administrativos, Madri, Instituto de Estudios Administrativos, 1968) diz que tais princípios são: a) o da “mutabilidade”; b) o da “continuidade e regularidade”; c) o da “colaboração”; e d) o do “equivalente econômico”.

Esses princípios decorrem de um mais amplo, qual seja, o da supremacia do interesse público sobre as partes contratante. (...)

Ariño Ortiz (ob. cit., pp. 230/231 reporta-se, nesse ponto, a Waline. Em estudo publicado em 1951 (“Evolution récente des rapports de l’Etat avec

¹³⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Op. cit. p. 107.

ses cocontractants”, in *Revue de Droit Public*, 1951, pp. 5 e ss), Waline¹³¹ refere-se a uma mudança de “clima” nas relações entre o Poder Público e seus contratados. Estes, que antes eram considerados antagonistas, passaram aos poucos a ser vistos como colaboradores da Administração. (...)

Ariño Ortiz acentua que o “princípio do equivalente econômico”, nos contratos administrativos, está intimamente ligado ao “princípio da colaboração (...)” (ob. cit., p. 242).¹³²(...)¹³³

Entende José Roberto Dromi que “o contrato é uma das técnicas de colaboração dos administrados com a Administração Pública, em matéria de fornecimento, serviços públicos, obras públicas, etc.” e, ainda, que quem “contrata com a Administração não é um contratante ordinário, mas sim um colaborador (...) na execução dos empreendimentos públicos, ainda que atuando em situações de subordinação econômico-jurídica em relação às pessoas públicas”.¹³⁴

Lembra o administrativista argentino que “em tal sentido a jurisprudência tem afirmado que os contratos administrativos devem cumprir-se com boa-fé (art. 16 e 1198, CC), em razão do que não deve tratar-se o contratante como um adversário a quem é preciso submeter (...)”.¹³⁵

¹³¹ WALINE, Marcel. Evolution récente des rapports de l’Etat avec ses contractants. In: **Revue de Droit Public**, 1951, pp. 5 e ss.

¹³² ORTIZ, Gaspar Ariño. **Teoria del Equivalente Economico en los Contratos Administrativos**. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1968, pp. 230, 231 e 242.

¹³³ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª. edição, 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 126-128. 158 p.

¹³⁴ DROMI, José Roberto. **Derecho Administrativo**. 10ª ed. atualizada. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2004, p. 470. 1.630 p.

Temos, no texto traduzido, que:

“El contrato es una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obras públicas, etcétera. Quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador (..) en la ejecución de cometidos públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económico-jurídica respecto de las personas públicas (...)”.

¹³⁵ DROMI, José Roberto. **Derecho Administrativo**. 10ª ed. atualizada. Op. cit., p. 470.

Verificamos, no trabalho traduzido, que:

Odete Medauar, problematiza a principal distinção que se faz entre o Contrato e o Convênio da Administração Pública, a partir de ensinamentos que valorizam o elemento colaboração também no Contrato Administrativo. A autora enuncia que:

Quanto ao aspecto da “colaboração” como elemento típico do convênio, deve-se lembrar que Laubadère (na clássica *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, vol. I, 1956)¹³⁶ menciona como característica do contrato administrativo justamente a colaboração: “o contrato administrativo aparece, assim, como um sistema de colaboração entre a administração e seu contratado”. (p. 23)¹³⁷

Lembram Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, quando abordam a evolução do contrato, que:

3.45. Durante muito tempo, considerou-se que, na maioria dos casos, o contrato compunha interesses divergentes, que neles encontravam uma forma de solução, como acontece nos casos da compra e venda, da locação, da empreitada, etc. Já os contratos que constituem meras liberalidades são relativamente menos importantes e só recentemente é que a doutrina foi admitindo a importância crescente dos chamados contratos de colaboração, que existem tanto no direito privado, quanto no direito público.

3.46. Nos últimos anos, deixou-se, no entanto, de conceber o contrato como sendo geralmente decorrente ou representativo da composição de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo mas, em seguida, em vários outros, a existência de uma *affectio* – a *affectio contractus*, com alguma semelhança com outras formas de colaboração como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal. (...)

“En tal sentido la jurisprudencia ha afirmado que los contratos administrativos deben cumplirse de buena fe (arts. 16 y 1198, CC) por lo que no debe tratarse al contratista como un adversario al que sea preciso someter (...)”.

¹³⁶ LAUBADÈRE, André de. **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**, Vol. I. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 23.

¹³⁷ MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, v. 2. São Paulo: Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, julho de 1996, pp. 69-89, p. 77.

3.47. (...) Já no início do século XX, alguns autores, como René Demogue, referiam-se ao contrato como sendo “uma união de interesses equilibrados, um instrumento de cooperação leal, uma obra de confiança mútua”.¹³⁸ Mais recentemente, outros autores franceses desenvolveram a tese da equação contratual, inspirada no direito administrativo, para vislumbrar, em todos os contratos, a busca da realização de um ponto de equilíbrio necessário, ou seja, um instrumento de colaboração, entre os contratantes, no interesse de ambos e da própria sociedade.¹³⁹

Destaca Judith Martins-Costa a relação obrigacional como relação de cooperação, sobretudo a partir de ensinamentos de Emilio Betti, como também de Antonio Manuel Menezes Cordeiro. A mencionada jurista enuncia que:

Ora, antiga e ainda valiosíssima lição doutrinária ensina que as relações obrigacionais constituem nada mais, nada menos, do que relações de cooperação.¹⁴⁰ As relações obrigacionais, como é por todos sabido, têm como elemento nuclear uma prestação, positiva ou negativa, que se revela como desenvolvimento de uma conduta, como resultado de um obrar ou como assunção de uma garantia por riscos ou vícios.¹⁴¹ Na sua tríplice dimensão, explica Betti, distingue-se, na prestação, um momento subjetivo, que se refere à conduta de cooperação imputada ao devedor, e um momento objetivo, ao qual se refere a utilidade que a prestação é chamada a trazer ao credor, utilidade de caráter típico e que normalmente coincide com cada conduta de cooperação.¹⁴² (...)

¹³⁸ DEMOGUE, René. **Traité des Obligations en General** – t. VI, n. 3. Paris: A. Rousseau, 1931, p. 9.

¹³⁹ WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de.; e WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões**: Análise das Leis n.ºs.8.987/95 e 9.074/95 e Legislação Subseqüente. 2ª. edição revista e atualizada. Op. cit. pp. 36-37.

Na mesma direção, as lições presentes em: WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos** – De Acordo com o Novo Código Civil (Lei n. 406, de 10-1-2002). 16ª. edição, 2ª. tiragem, revista, ampliada e atualizada, com a colaboração do Prof. Semy Glanz. Op. cit., pp. 202-203.

¹⁴⁰ BETTI, Emílio. **Teoria Geral de las Obligaciones** – Tomo I. Tradução de José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. 420 p.

¹⁴¹ BETTI, Emílio. **Teoria Geral de las Obligaciones** – Tomo I. Op. cit., pp.37-43.

¹⁴² BETTI, Emílio. **Teoria Geral de las Obligaciones** – Tomo I. Op. cit., pp.37-38.

(...) Já a cooperação, momento subjetivo porque ligada à conduta dos sujeitos, não está reduzida ao cumprimento do dever principal, antes se espraiando pelos deveres ditos secundários, anexos e colaterais ou instrumentais,¹⁴³ que encontram a sua fonte ou em dispositivo legal, ou em cláusula contratual, ou no princípio da boa-fé. (...)

Nesta medida compreende-se a razão pela qual, para que a finalidade de um contrato seja eficazmente atingida, é necessário que as partes, que num contrato bilateral têm interesses antagônicos, mas convergentes, atuem, ambas, em vista do interesse legítimo do *alter*. Compreende-se também a razão pela qual as partes de uma relação obrigacional não podem ser vistas como entidades isoladas e estranhas, atomisticamente consideradas,¹⁴⁴ constituindo a necessidade de colaboração intersubjetiva, como afirmou Menezes Cordeiro, 'princípio geral da disciplina obrigacional'.¹⁴⁵

Ora, e é o mesmo autor quem acentua, "se o direito das obrigações implica colaboração intersubjetiva, implica, da a sua natureza de Direito inserido em determinada sociedade, um certo tipo de colaboração: uma colaboração informada pelos valores próprios da ordem jurídico-econômica considerada".¹⁴⁶ E aqui entra a relação entre a solidariedade social e o princípio da boa-fé objetiva. (...)¹⁴⁷

Clóvis do Couto e Silva, quando trata do princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, destaca que a afirmação do princípio da boa-fé transforma a

¹⁴³ Para o exame e indicação da bibliografia, a autora lembra o seu trabalho: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. 1ª. edição, 2ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 2000, pp. 437 e ss. 544 p.

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. Op. cit., pp. 393-396.

¹⁴⁵ CORDEIRO, Antonio Manuel Menezes. **Direito de Obrigações**, Tomo I. 2ª. reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1980, p. 143.

¹⁴⁶ CORDEIRO, Antonio Manuel Menezes. **Direito de Obrigações**, Tomo I. Op. cit., p. 143.

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: A Boa-Fé nas Relações de Consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito Privado**: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado. Op. cit., pp. 631-633.

relação obrigacional, passando a se perceber na mesma também elementos de cooperação.

No sentido apontado, Clóvis do Couto e Silva diz que:

(...) Começava a reconhecer-se no princípio da boa-fé uma fonte autônoma de direitos e obrigações; transforma-se a relação obrigacional manifestando-se no vínculo dialético e polêmico, estabelecido entre devedor e credor, elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento. (...) ¹⁴⁸

Anota Clóvis do Couto e Silva que Emilio Betti, em 1958, no curso proferido na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, salientava “a existência dos deveres de cooperação do devedor, resultantes da aplicação do princípio da boa-fé.” ¹⁴⁹

Ronaldo Porto Macedo Jr., quando versa sobre os deveres de cooperação e de solidariedade nos contratos, defende que se coloque os deveres de colaboração como elemento central, não somente subsidiário, da relação obrigacional, como também julga que o dever de solidariedade impõe a obrigação de atuar segundo valores que a sociedade estipula e não apenas segundo uma lógica centrada nos interesses individuais de cunho econômico.

O autor referido salienta que:

A literatura brasileira e européia sobre o direito contratual desenvolveu, especialmente depois da segunda metade do século XX, a teoria dos deveres acessórios ou secundários e ainda os deveres laterais ou correlatos. (...)

O que se percebe nestas definições sobre os deveres secundários, acessórios ou laterais, é o seu caráter subsidiário e derivado. O “dever de colaboração” ou cooperação não constitui objeto primário da obrigação. (...)

Em síntese, o caráter acessório dos deveres de cooperação se transfigura, pois, de três maneiras. Em primeiro lugar, a cooperação assume um caráter central no contrato. Em segundo lugar, o dever acessório de cooperação

¹⁴⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Organizadora). **O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1977, pp. 33-58, p. 37. 252 p.

¹⁴⁹ SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Organizadora). **O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva**. Op. cit., p. 33.

deixa de ser um princípio subsidiário, que deve ser invocado apenas para preencher lacunas (...). Por fim, o dever de solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários, e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico.¹⁵⁰

Salienta Pietro Perlingieri que “a obrigação não se identifica no direito ou nos direitos do credor; ela configura-se cada vez mais como uma relação de cooperação”.¹⁵¹

Ainda, destacamos que no trabalho sobre os Princípios do Direito Europeu dos Contratos, preparado pela Comissão do Direito Europeu dos Contratos, presidida pelo Prof. Ole Lando, temos com destaque a afirmação do dever de colaboração (artigo 1:202), sendo estipulado no mesmo que “cada parte tem a obrigação de colaborar com a outra para que o contrato surta plenos efeitos”.¹⁵²

Agnes Pinto Borges, quando estuda a parceria empresarial, entende que “seja no âmbito do direito público, seja no do direito privado, o verbo “colaborar” vem sendo cada vez mais utilizado”¹⁵³, o que não impede que Fábio Ulhoa Coelho constate, no Prefácio do mesmo trabalho que “a parceria entre empresários,

¹⁵⁰ MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. Op. cit., p. 188 e 189.

¹⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Op. cit., p. 213.

¹⁵² LANDO, Ole (Coordenador da Comissão do Direito Europeu dos Contratos). **Princípios de Derecho Europeo de los Contratos** – Partes I e II. Tradução de Fernando Martinez Sanz, p. 3. 36 p. http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20spank/Principioslandol+II.doc, em 20/12/2004. Original: LANDO, BEALE. Principles of European Contract Law. La Haya, Kluwer Law International, 2000, pp.1-93.

O texto traduzido do espanhol:

“Artículo 1:202: Deber de colaboración

Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos”.

¹⁵³ BORGES, Agnes Pinto. **Parceria Empresarial no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 147. 184 p.

qualquer que ela seja, convive com um latente conflito” e que “há clara contradição dialética entre os parceiros”.¹⁵⁴

Entendemos que em toda a relação contratual existe a dialética colaboração/conflito, sendo que os graus de colaboração e conflito dependem, em grande medida, da modalidade de relação contratual. Ainda, julgamos que, na gradação da colaboração e do conflito que se configurarem nas relações contratuais, têm relevância as concepções predominantes sobre o tema entre as partes envolvidas, na sociedade e/ou no ordenamento jurídico, como também vinculam-se às situações, fatos e atos que ocorrerem ao longo da relação. As últimas hipóteses apresentadas trazem à luz a possibilidade de alto grau de cooperação e parceria em tipos de ajustes onde poderíamos prever um grau mais acentuado de conflito e, também, da ocorrência de alto grau de conflito em tipos de acordos onde em princípio seria admissível um grau mais elevado de cooperação e parceria.

4.3.4. O avanço da idéia de parceria

De outra sorte, destacamos que a temática da parceria, notadamente no período recente, tem surgido com muita força. Os enfoques trazidos pelos autores nacionais, todavia, demonstram-se bastante díspares.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando trata dos variados âmbitos da Administração Pública, refere-se à Administração Direta, Administração Indireta e Administração Associada.¹⁵⁵

O mesmo autor, examinando a noção de Administração Associada, reporta-se à existência de uma Administração Associada Paraestatal (Serviços Sociais Autônomos e Conselhos de Fiscalização do Exercício Profissional), e, ainda, de uma Administração Associada Extra-Estatal, com Entes Associados de Parceria (concessionários de serviços públicos e de uso de bens públicos, permissionários de

¹⁵⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio. In: BORGES, Agnes Pinto. **Parceria Empresarial no Direito Brasileiro**. Op. cit., p. XXI.

¹⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 248-281. 683 p.

serviços públicos, arrendatários de instalações portuárias, arrendatários operacionais, franqueados públicos, gerentes privados de entes públicos, compradores de bilheterias, contratantes de risco, autorizados de serviços públicos, autorizados portuários, permissionários de uso de bem público e credenciados) e Entes Associados de Colaboração (organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público, fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior, fundações de previdência privada e outras entidades de colaboração, tais como associação de moradores, associações profissionais, colônias de pescadores, clubes de serviço, sociedades civis de fins assistenciais, associações beneméritas, etc.).¹⁵⁶

O jurista mencionado faz distinção entre o vínculo de parceria, onde temos “a associação entre o Poder Público e entes da sociedade na prossecução de interesses públicos, que tenham ambos como objetivos comuns de suas atividades”, numa “relação associativa que gravita em torno de um empreendimento econômico”,¹⁵⁷ e o vínculo de colaboração, que indica um trabalho conjunto a ser realizado para alcançar um objetivo comum, embora sem predominância da atividade de finalidade econômica”.¹⁵⁸ Na diferenciação citada o termo parceria fica restritamente associado às relações de conteúdo econômico.

De outro lado, o mesmo administrativista considera que temos, de um lado, a parceria contratual e, de outro, a parceria por ato unilateral, sendo exemplos da primeira, a concessão de serviços públicos e de uso de bem público, a permissão de serviços públicos, o arrendamento portuário, o arrendamento operacional, a franquia pública, o gerenciamento privado de entidade pública, a venda de bilheteria

¹⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 266-281.

¹⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 269-270.

¹⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 269-270.

e o contrato de risco, e da segunda, a autorização de serviços públicos, a autorização portuária, a permissão de uso de bem público, o credenciamento.¹⁵⁹

Constatamos que coerente com a associação efetuada do conceito de parceria às relações econômicas, o autor não relaciona o citado conceito aos atos administrativos complexos (onde o mesmo situa os convênios, os consórcios, os acordos de programa, os contratos de gestão, os contratos de gestão de organizações sociais, os termos de parceria de organizações da sociedade civil de interesse público e os acordos substitutivos)¹⁶⁰, apesar do próprio associar os atos complexos às idéias de relações de cooperação e colaboração.¹⁶¹ Temos na elaboração do mesmo, então, a dissociação da noção de parceria da de cooperação e colaboração, quando a expressão parceria tem como sentido corrente, segundo Antônio Houaiss, Mauro de Salles Villar e Francisco Manoel de Mello Franco, a “reunião de indivíduos para alcançar um objetivo comum”¹⁶² e, significa na linguagem jurídica em geral, de acordo com Maria Helena Diniz, a “reunião de pessoas que têm interesse comum”.¹⁶³

Igualmente, destacamos que não deixa de chamar atenção o fato do autor, de um lado, associar o conceito de parceria exclusivamente às relações de conteúdo econômico, e, de outro lado, entender, por exemplo, que nos contatos administrativos temos inicialmente a existência de interesses distintos e antagônicos entre as partes, e que as mesmas somente chegam ao consenso e à composição,

¹⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 270.

¹⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 187-195.

¹⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 186.

¹⁶² HOUAISS, Antônio.; VILLAR, Mauro de Salles.; e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 2.132. 3.006 p.

¹⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – Volume 3 – J-P**. 2^a. edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 584. 1.029 p.

após abrirem mão de interesses secundários e construírem a concordância quanto ao essencial.¹⁶⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, numa obra que trata como formas de parceria, utiliza, de um lado, o mesmo conceito para designar formas de associação entre o setor público e o privado e dá como exemplos do mesmo a concessão, a permissão, a franquia, a terceirização, o convênio, o consórcio e o contrato de gestão, e, de outro lado, entende que a parceria pode ocorrer tanto em situações onde esteja presente a natureza econômica, como em circunstâncias onde a mencionada natureza esteja ausente.

A autora esclarece que:

Neste livro, o vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para a satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive o lucro. Todavia, a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a idéia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica.¹⁶⁵

A administrativista mencionada entende, como segue, que a parceria pode servir aos objetivos enunciados e formalizados pelos instrumentos jurídicos citados:

A parceria pode servir a variados objetivos e formalizar-se por diferentes instrumentos jurídicos:

Ela pode ser utilizada como: a) forma de delegação da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviço público; b) meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio ou contrato de gestão; c) forma de cooperação de particular na execução de atividades

¹⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 187.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4^a. edição revista e ampliada, 2^a. tiragem. São Paulo: Atlas, 2002, pp. 33-34. 395 p.

próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de obras e serviços, por meio de empreitada); d) instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio de contratos de gestão.¹⁶⁶

Igualmente, a jurista referida também faz distinção entre a parceria e gestão associada, como definida no art. 241 da Constituição Federal, dizendo que:

A expressão parceria tem sentido um pouco diverso da expressão “gestão associada”, utilizada no art. 241 da Constituição Federal, para designar a atuação conjunta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios nas matérias de competência comum. Essa gestão associada formaliza-se por meio de convênio, (...), ou por consórcio, (...).¹⁶⁷

Silvio Luís Ferreira da Rocha, discutindo a questão da parceria e as opiniões de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assinala que a autora “utiliza o termo parceria em sentido amplo, tomando-o como sinônimo de qualquer colaboração estabelecida entre o Poder Público e o particular”, ao mesmo tempo que assinala que no seu estudo a parceria interessava “como meio de fomento à iniciativa privada de interesse público”, e destaca, que, no caso, “além da utilização do convênio ou do contrato de gestão, existe a possibilidade de ser firmado o termo de parceria”.¹⁶⁸

Porém, entendemos que Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, abordando a temática parceria, quando se referem aos temas direito internacional de parceria¹⁶⁹ e a parceria como instrumento de desenvolvimento¹⁷⁰, apontam para uma noção ampla do conceito de parceria, que

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª.edição revista e ampliada, 2ª. tiragem. Op. cit., pp. 34.

¹⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª.edição revista e ampliada, 2ª. tiragem. Op. cit., pp. 34.

¹⁶⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 50-51. 174 p.

¹⁶⁹ WALD, Arnaldo.; MORAES, Luiza Rangel de.; e WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões**: Análise das Leis nºs. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 60-77. 973 p.

¹⁷⁰ WALD, Arnaldo.; MORAES, Luiza Rangel de.; e WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões**: Análise das Leis nºs. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2ª. edição, revista e atualizada. Op. cit., pp. 78-88.

consideramos o mais adequado e congruente com o exame que afirma, no âmbito contratual, os conceitos de cooperação e colaboração. Julgamos que a amplitude da conceituação de parceria ocorre na obra, apesar de terem os autores tratado, como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, especificamente da concessão e permissão de serviço público¹⁷¹, e, ainda, a despeito, segundo nosso exame, de terem dado destaque notadamente à parceria entre o Estado e a iniciativa privada, bem como em que pese as inúmeras divergências que temos em relação aos pontos de vista ali defendidos.

Pensamos que o autor, ao incluir a possibilidade de parceria inclusive nas relações entre as nações, traz ao seu trabalho uma lógica que certamente faculta o reconhecimento da parceria também nas relações entre as diversas esferas de Poder de uma nação e entre as mais variadas pessoas e entidades da Administração Pública de um país, além de permitir a parceria entre a Administração Pública e a iniciativa privada e particulares e, ainda, entre a Administração Pública e as mais variadas associações e entidades privadas.

Julgamos que a noção de parceria deve estar associada aos conceitos de cooperação e colaboração tal como foram desenvolvidos pelos autores trazidos no presente trabalho, onde os mencionados conceitos se fazem acompanhar por princípios, dentre outros, como os da boa-fé, da lealdade, da probidade, da função social e da justiça. Acreditamos que as mesmas noções e conceitos se afirmam, de um lado, pelas necessidades do mundo atual e, de outro lado, pelo concomitante fortalecimento de uma nova concepção das relações contratuais, que supera a visão dogmática e restritiva de cunho tradicional dos vínculos contratuais, que associa de forma primordial a figura contratual à existência de interesses diversos e antagônicos entre as partes e/ou que examina os vínculos contratuais tendo em conta exclusiva ou primordialmente às relações que ocorrem entre as partes.

Igualmente, pensamos que a cooperação, colaboração e parceria pode e devem estar vinculadas a relações que envolvam ou não um conteúdo econômico, dando-se as mesmas sobretudo através de instrumentos como os Contratos e os Convênios Administrativos, os Consórcios Públicos, os Termo de Parceria com

¹⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª edição revista e ampliada. Op. cit., p. 33.

Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, os Contratos de Gestão com Organizações Sociais, etc.

De outro lado, salientamos que o entendimento da maior adequação e congruência de um conceito amplo das noções de parceria, cooperação e da colaboração, não significa abrir mão de exames marcados pelo rigor no que se refere à pertinência constitucional e/ou legal e/ou moral da sua utilização para o caso concreto, tanto no que se refere à modalidade proposta, quanto no que diz respeito à utilização de um ou outro dos regimes jurídicos disponíveis no sistema, de um ou outro dos instrumentos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento.

4.4. ALGUMAS CONCLUSÕES SOBRE A PRECARIIDADE DA DISTINÇÃO, ENTRE CONTRATOS E CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS, QUE CONCEDE PRIMAZIA AOS ELEMENTOS ANTAGONISMO/CONVERGÊNCIA DE INTERESSES, OBJETIVOS E RESULTADOS PRETENDIDOS PELOS PARTICÍPES

Destacamos que tais exames demonstram de forma marcante que são prenes de precariedade as distinções entre Convênios e Contratos Administrativos vistas principalmente e/ou exclusivamente pelo prisma de que nos primeiros temos interesses, objetivos, vontades e/ou resultados comuns, coincidentes, de cooperação e de colaboração e de que nos segundos presenciamos interesses, objetos, objetivos, vontades e/ou resultados diversos, opostos, contraditórios e antagônicos.

Pensamos que as distinções entre Convênios e Contratos, baseadas notadamente nos critérios acima expostos, demonstram-se limitadas e insuficientes, pela simplificação e unilateralidade manifesta de suas análises, como resultado sobretudo da vinculação a uma perspectiva que se demonstra dogmática e restritiva no próprio âmbito da concepção tradicional de contrato, e que deve ser substituída por uma nova concepção das relações contratuais.

Verificamos que na nova concepção das relações obrigacionais e contratuais as mesmas passam a ser vistas como totalidade, processo, para além das partes e também na perspectiva dos terceiros, da sociedade e do ordenamento

jurídico, bem como vinculadas de forma crescente a uma ordem de cooperação, colaboração, parceria, auxílio e/ou ajuda.

Constatamos, na nova concepção das relações contratuais, uma limitação relevante dos princípios contratuais tradicionais, ao lado da afirmação de novos princípios contratuais, tais como o da boa-fé, da função social, do equilíbrio econômico, da equivalência material e das prestações e da justiça. As mudanças ocorridas decorrem, de um lado, do aprofundamento do estudo dos institutos jurídicos, e, de outro, das realidades econômicas, sociais, políticas e comportamentais da atualidade, como também das novas perspectivas do constitucionalismo contemporâneo e do fortalecimento de novas concepções no Direito Privado e no Direito Público. As novas concepções e princípios presentes no Direito Contratual contemporâneo, podem ser encontradas, por exemplo, na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil brasileiro de 2002. Salientamos, no que diz respeito ao direito contratual, o que consta, somente para lembrar, no art. 1º, no art. 3º, e no art. 170, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, no art. 187 - abuso de direito, no art. 317 - equilíbrio contratual, no art. 421 - função social, no art. 422 - probidade e boa-fé, e no art. 478 - onerosidade excessiva, do Código Civil de 2002.

Destacamos que no estudo Princípios do Direito Europeu dos Contratos, preparados pela Comissão do Direito Europeu dos Contratos, presidida pelo Prof. Ole Lando, temos a afirmação de idéias como, dentre outras, a liberdade contratual (art. 1:102), a boa-fé (arts.1:102, 1:201, 1:302, 2:301), o dever de colaboração (art. 1:202), a razoabilidade (art. 1:302), o dever de confidencialidade (art. 2:302) e de comunicação (art. 4:104), a proibição do benefício excessivo ou da vantagem injusta (art. 4:109) e das cláusulas abusivas (art. 4:110).¹⁷²

Julgamos que em sentido contrário às tendências constatadas, aqui e no mundo, Natalino Irti, pronunciando-se recentemente sobre niilismo e método jurídico, defende, dentre outras opiniões, não ser possível nos dias atuais qualquer regulação jurídica presidida pelos critérios de coerência, unidade e previsibilidade, e, ainda, considera inevitável a aceitação de um pensamento sem centro e direção, como

¹⁷² LANDO, Ole (Coordenador da Comissão do Direito Europeu dos Contratos). **Princípios de Derecho Europeo de los Contratos** - Partes I e II. Op. cit.

também defende a rendição do pensamento a lógica revelada objetivamente no âmbito da tecno-economia e do mercado planetário, a partir de uma realidade onde os indivíduos e os Estados nacionais pouco ou nada podem e onde os atores do mercado estão separados e agindo uns contra outros.¹⁷³

Destacamos que Irti, dentre outras afirmações, enuncia que:

2 - (...) O diagnóstico, proposto há mais de vinte anos no ensaio sobre a decodificação, pecava por uma ingênua confiança: de que as leis especiais, exprimindo e atuando princípios da Constituição, se deixassem conduzir, juntamente com o Código Civil, em relação à pluralidade dos microsistemas.¹⁷⁴ Porém este diagnóstico não compreendia, ou talvez se calava da essência niilista do fenômeno: de negar qualquer critério de unidade, de entregar-se à vontade humana e à causalidade do porvir, que precipita a norma em um movimento indefinido, em contínuo nascer e morrer. Esta não é a habitual e banal crítica ao legislador nacional e europeu, porém – ousaria dizer – o destino do direito do nosso tempo.

3 - Tudo aquilo que garantia a unidade e verdade no direito, é agora passado. A teoria do método jurídico se nos apresenta vinda de períodos históricos nos quais as normas ainda era agrupadas e dispostas em sentido unitário. (...)

4 - (...) Eis a moldura de figuras e de mitos que têm acompanhado a formação e o desenvolvimento dos Estados territoriais soberanos. O direito é poder sobre lugares: toda relação jurídica tem lugar na Terra, neste ou naquele ponto, e portanto torna-se previsível e regulável. No declínio dos Estados, o poder territorial não se aplaca, mas transfere-se, por assim dizer, para as “regiões” mais elementares e originárias: onde “regiões” indica não somente um plano espiritual, porém também entidades concretas e fontes de normas. (...)

Contrária aos lugares da Terra, definidos e cerrados, está a dimensão planetária da tecno-economia. (...) Urge somente colher os fenômenos da *spazialità*, que não conhecem confins e medidas, que não jazem em alguma província da Terra, que constituem um não-lugar abstrato e artificial. Na rede global tecem-se inúmeras relações, capitais e valores circulam incessantemente, novos bens emergem, tece-se uma indefinida quantidade de permutas.

¹⁷³ IRTI, Natalino. Niilismo e Método Jurídico. Tradução de Danilo Doneda. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, vol. 15, ano 4. Rio de Janeiro: Padma, ano 4, julho a setembro de 2003, pp. 133-143.

¹⁷⁴ IRTI, Natalino. **L'Età della Decodificazione**. 4ª. ed. Milano: Giuffrè, 1999. 220 p.

O mercado, seja espacial ou global, obedece a uma lógica de rigorosa objetividade. Linguagens particulares são reduzidas ao jargão anglófono da tecno-economia; a variedade de moedas tende-se a unificar-se; os homens assumem as posições típicas do mercado (empreendedores, compradores, vendedores). Os "indivíduos imprecisos" (para usar a expressão de Paul Valéry) não são admitidos: todos devem deixar-se medir por critérios de homologação, tornar-se conformes ao uniforme. Assim, juntamente com a identidade dos lugares, perde-se a identidade dos homens, considerados como simples funcionários do mercado.(...) Os Estados nacionais, enfraquecidos em seu interior e limitado pelos confins, esforçam-se em seguir e atingir os fenômenos globais. Porém parecem, quase como resposta, não aceitara a sua tutela e vão refugiar-se na universalidade dos direitos humanos. (...)

7 – (...) O ponto é, segundo a minha visão, que a comunidade, capaz de colher o direito em sua coerência e em unidade, não existe mais; ou talvez sobreviva somente naquela região do mundo a que me referi como sendo dos lugares e das diferenças. O mercado global, desvestindo o homem de qualquer identidade e reduzindo-o a uma função de produção e das trocas, não gera qualquer comunidade. Os atores do mercado não estão juntos, porém um de frente (ou contra) ao outro. Eles têm em comum somente o mecanismo de transmissão. (...)

Angelo Fazea teme e denuncia a "rendição do pensamento", mas o pensamento, que decide o rendimento de acordo com a época e o conflito das forças originárias, não capitula. Assume para si o risco e a dor de nosso tempo, de um andar sem centro e sem direção.¹⁷⁵

Consideramos que tais exames de Natalino Irti pecam pela simplificação e unilateralismo, significando, no que se refere sobretudo às relações obrigacionais e contratuais. uma desconsideração da própria evolução, aqui brevemente referida, do pensamento jurídico no que se refere às mesmas relações. Por caminhos diferentes, temos em Natalino Irti, novamente, uma lógica que conduz a que não se perceba as relações obrigacionais como uma totalidade e um processo, em toda a sua amplitude e complexidade, e, ainda, que enxerga sobretudo as partes e o antagonismo entre as mesmas. Verificamos em Natalino Irti, pior ainda, uma decisiva subestimação da possibilidade de intervenção dos indivíduos, da cidadania, da sociedade civil, da comunidade, dos movimentos políticos, sociais e de massa, do

¹⁷⁵ IRTI, Natalino. Nihilismo e Método Jurídico. Tradução de Danilo Doneda. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, vol. 15, ano 4. Op. cit., pp. 135, 137 e 142.

Estado e de um Direito presidido por critérios de coerência, unidade e previsibilidade, bem como constatamos no mesmo autor a rendição a um pensamento sem centro e direção.

Entendemos que no Direito Privado, ao contrário do que afirma Irti, pode ser verificada na atualidade uma tendencial afirmação da perspectiva de publicização e constitucionalização do mesmo, como também a proclamação da sua despatrimonialização ou repersonalização, através sobretudo da valorização da dignidade da pessoa humana, da personalidade, dos valores existenciais, da liberdade, da ética, da igualdade, da solidariedade, da função social, da equidade e da justiça, bem como pode ser constatado um crescente abandono dos enfoques predominantemente individualistas, de divinização do sujeito proprietário, do patrimônio, do produtivismo e do mercado.

Salienta Gustavo Tepedino o “processo de profunda transformação social, em que a autonomia privada passa ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública”, como também destaca que “propriedade, empresa, família, relações contratuais tornam-se institutos funcionalizados à realização da dignidade da pessoa humana”.¹⁷⁶

Eugênio Facchini Neto, efetuando reflexões histórico-evolutivas sobre o Direito Privado, aponta para a constitucionalização do mesmo, a afirmação dos valores constitucionais no ordenamento, com primazia para o princípio da dignidade da pessoa humana, como também para a repersonalização e despatrimonialização do Direito Civil. O autor enuncia que:

Da constitucionalização do Direito Civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁷⁷ Disso

¹⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. Editorial: do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC** - vol. 2. Op. cit., p. VI.

¹⁷⁷ O autor destaca, em relação ao tema dignidade da pessoa humana, manifestações presentes nos trabalhos que seguem:

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4^a. edição. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 75. 458 p.

Ainda: SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Humanos**. 3^a. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 311. 416 p.

deriva, necessariamente, a chamada repersonalização do Direito Civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do Direito Civil. Ou seja, recoloca-se no centro do Direito Civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% dos seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações), sendo substituído pela consideração com a pessoa humana. Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade, que o novo Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seis primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil. Discorrendo sobre o tema, Perlingieri ressalta que a transformação despatrimonializadora no Direito Civil se produz fundamentalmente como conseqüência do maior relevo dado à pessoa. Daí por que entende ele ser possível afirmar que “interesses e direitos de natureza essencialmente pessoal antepõem-se a interesses e direitos patrimoniais, o que supõe que na hierarquia de valores a pessoa humana prevalece sobre o interesse econômico”.^{178 179}

Também: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 46. 152 p.

Igualmente: CARRIÓ, Genaro. **Los Derechos Humanos e Su Protección**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d., p. 64.

¹⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. Editoriale. In: **Rassegna di Diritto Civile**, nº 1, 1983, p. 2.

¹⁷⁹ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 13-60, pp. 32-33. 357 p.

5. DA FRAGILIDADE DO CONCEITO OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS, COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE OS CONTRATOS E OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Constatamos, quando do exame dos fundamentos doutrinários da distinção entre Contrato e Convênio da Administração Pública, a insuficiência da noção de Obrigações Recíprocas para diferenciar entre o conceito de Contrato e as noções de Acordo, Convenção, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo, como também para fundamentar a distinção entre o Contrato e o Convênio da Administração Pública.

A mencionada noção de Obrigações Recíprocas, devidamente vinculada ao conceito de Contrato da Administração Pública, pode ser encontrada, como já registramos, no problemático parágrafo único do artigo 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, onde temos que “para fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Julgamos que a estipulação legal “obrigações recíprocas” tem se demonstrado precária para definir, tanto o conceito de Contrato, como o de Contrato da Administração Pública. De um lado, pela compreensão de que o enunciado “obrigações recíprocas”, segundo os exames de Plácido e Silva, pode ser entendido como obrigações “que se equivalem, ou as que se mostram de natureza semelhante ou de prestações equivalentes”.¹

De outro lado, a insuficiência do conceito “obrigações recíprocas” decorre também da constatação de que no sistema jurídico nacional, com grande aprovação doutrinária e em outras codificações, nem todos os contratos e contratos administrativos são onerosos, bilaterais e comutativos.

Persuasivo exemplo do sustentado de que nem todos os contratos e contratos administrativos são onerosos, bilaterais e comutativos é o instituto do

¹ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1.162. 1.519 p.

contrato de doação, que tem como características a gratuidade, a unilateralidade e a ausência de comutatividade. O instituto da doação está fixado no sistema jurídico nacional no art. 538 da Lei Federal nº 10.406, Código Civil de 2002 (antes no art. 1.165, Lei Federal nº 3.071, Código Civil de 1916) e, também, no art. 17, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, Das Licitações e dos Contratos Administrativos (anteriormente no art. 15, do Decreto Lei nº 2.300, de 1986, Das Licitações e dos Contratos Administrativos).

Julgamos, porém, que a doação da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e na Administração Pública têm particularidades que são próprias do sistema público. De um lado, os princípios da legalidade, da impessoalidade, do interesse público e da motivação, praticamente suprime nas doações promovidas pela Administração Pública as noções de liberalidade, de gratificação generosa e o elemento subjetivo pessoal do agente. De outro lado, a doação pública, como regra, deve ser condicionada a existência do interesse público e social e justificação, com encargos e previsão de reversão. Igualmente, se podemos dizer que na doação pública temos, em princípio, um contrato gratuito, unilateral e não comutativo, é problemático dizer, por exemplo, que no âmbito do conjunto das relações a que a se vincula o mesmo ajuste, somente o doador contrai obrigações.

Destacamos, inclusive, que no âmbito dos Convênios da Administração Pública e congêneres o contrato de doação se encontra geralmente vinculado e/ou condicionado ao próprio ajuste, como também, em muitas situações, associado e/ou submetido ao seu objeto, suas finalidades e aos programas aos quais se destinam os recursos.

Verificamos, outrossim, que no art. 7º, inciso IX, da Instrução Normativa nº 01, da Secretaria do Tesouro Nacional, de 15 de janeiro de 1997, a previsão, como cláusula obrigatória do Convênio, “a definição do direito de propriedade dos bens remanescentes na data de conclusão ou extinção do instrumento, e que, em razão deste, tenham sido adquiridos, produzidos, transformados ou construídos, respeitando o disposto na legislação pertinente”.

Igualmente, pensamos de enorme importância destacar que os princípios, normas, valores e diretrizes presentes no sistema jurídico nacional, encontram apoio, a despeito de questionamentos e perplexidades percebidas, em ampla e idônea doutrina, do passado e da atualidade, brasileira e mundial, como também em grande número de codificações dos séculos XIX, XX e atual.

Leciona Clóvis Bevilaqua, que apresentou um dos Projetos do Código Civil que gestaram o de 1916, comentando a doação, que:

O art. 1.165 nos oferece uma definição legal satisfatória de doação: a) natureza contratual, o que pressupõe capacidade do doador e objeto lícito; b) o ânimo liberal; c) a translação do direito, do patrimônio do doador para o do donatário; d) a aceitação deste. (...)

O que caracteriza a doação é o *animus donandi*. Há outros contratos, como ela, gratuitos, mas em nenhum outro se observa a intenção de praticar um ato de liberalidade, ou gratificação espontânea. O *animus donandi* não está na intenção de enriquecer o donatário (Savigny), nem nos motivos finalísticos do ato (Becker); mas na liberalidade, elemento subjetivo pessoal do agente, ora beneficiante, ora generosa, ora expressão de estima ou apreço.

Todavia é certo que a doação importa, sempre, na diminuição do patrimônio do doador e conseqüente enriquecimento do donatário. (...)

A aceitação é elemento necessário à doação, pois que é um contrato, embora de natureza benéfica, e, ordinariamente, unilateral. Não é, porém, necessário que a aceitação seja expressa (art. 1.079).(...)²

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, referindo-se a natureza da doação, diz que “a doação é contrato”.³ Igualmente, considera a doação um “contrato unilateral”, entendendo que “a doação supõe a bilateralidade do negócio jurídico, sem bilateralidade do contrato”, pelo fato de considerar que “quem doa contrata, e o donatário, aceitando, apenas aceita o contrato, que é unilateral”.⁴

² BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado** - Volume IV. 10ª edição atualizada por Achilles Bevilaqua e Isaias Bevilaqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, pp. 270-273. 375 p.

³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 198. 537 p.

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Op. cit., p. 198.

Também entende que “a atribuição patrimonial tem de ser gratuita para que haja doação”.⁵

Ainda, destaca Pontes de Miranda que “a resistência à concepção dos negócios jurídicos unilaterais, que foi grande, proveio, em grande parte, da falta de método científico no estudar os fatos jurídicos”.⁶ Entende que “os que criticam a concepção de promessa unilateral porque não pode haver devedor sem haver credor confundem dívida ou obrigação com vinculação”, lembrando que “o próprio oferente, nos contratos, vincula-se antes da aceitação, em sentido próprio”.⁷

Anota Eduardo Espínola, referindo-se ao mesmo instituto jurídico, que “doação, define o Código Civil, é contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita”, e, ainda, que “é uma liberalidade, como o é a disposição testamentária; mas é, ao mesmo tempo, um contrato como qualquer outro, porque se constitui pelo acordo de duas vontades, a do doador, que promete, e a do donatário, que aceita”.⁸ Destaca também que como “uma só das partes tem a obrigação de prestar, incumbindo à outra somente aceitar, a doação pura é classificada como unilateral”.⁹

⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Op. cit, p. 198.

⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XXII - Direito de Obrigações: Obrigações e Suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 58. 484 p.

⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XXII - Direito de Obrigações: Obrigações e Suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 59.

⁸ ESPINOLA, Eduardo. **Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Editora, 1953, p. 144. 578 p.

⁹ ESPINOLA, Eduardo. **Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro**. 1953. Op. cit., p. 147.

Miguel Maria de Serpa Lopes, tratando das características da doação, considera que:

Em resumo, a doação apresenta os seguintes caracteres: a) é um contrato a título gratuito e unilateral; b) é um contrato que envolve um ato de alienação, isto é, transferência de um bem ou de um direito sobre o mesmo; c) é um contrato realizado *animus donandi*, pois sem essa intenção de dar não se constitui a liberalidade; d) exige uma determinada forma, conforme a espécie e o valor do bem doado; e) é um ato *inter vivos*; f) é um ato irrevogável, quer dizer, não pode ser revogado *ad nutum* do doador.¹⁰

Define Orlando Gomes, referindo-se à doação, que:

Doação é, pois, contrato pelo qual uma das partes se obriga a transferir gratuitamente um bem de sua propriedade para patrimônio da outra, que se enriquece na medida em que aquela empobrece. (...)

A doação é contrato unilateral, simplesmente consensual e gratuito

Unilateral, porque somente o doador contrai obrigações. Simplesmente consensual, porque não requer, para o seu aperfeiçoamento, a entrega da coisa doada ao donatário. Desde que o acordo se realiza, o contrato está perfeito e acabado. É da aceitação do donatário que nasce para o doador a obrigação de entregar o bem. Gratuito, por excelência, porque o donatário enriquece seu patrimônio sem contrapartida.¹¹

Maria Helena Diniz, detalhando as características da doação, ensina que:

A doação é contrato: a) Unilateral porque, apesar de reclamar duas declarações de vontades, (...) somente um dos contraente assume obrigações perante outro, (...). b) Formal, pois com o acordo de vontades o contrato não estará perfeito e acabado, ante o disposto no Código Civil, art. 1.168. c) Gratuito, porque o donatário terá enriquecido em seu patrimônio sem qualquer contraprestação, embora possa parecer oneroso se o doador impuser um encargo ao donatário no ato de efetuar a generosidade, ficando claro que mesmo assim a liberalidade sobreviverá.¹²

¹⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil – Fontes de Obrigações: Contratos – Volume III.** 6ª. edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, pp. 386-387. 430 p.

¹¹ GOMES, Orlando. **Contratos.** 20ª. edição, atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 211. 535 p.

¹² DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos – Volume 2.** São Paulo: Saraiva, 1993, p. 42. 496 p.

Enuncia Arnaldo Rizzardo, conceituando a doação no novo Código Civil, que:

Cuida-se de um contrato a título gratuito por excelência. (...). A definição está no art. 538 do Código Civil (art. 1.165 do Código de 1916): “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. (...) ¹³

Silvio Rodrigues, conceituando a doação, ensina que:

(...) é contrato unilateral, gratuito, consensual e, via de regra, solene.

Unilateral, porque envolve prestação de uma só das partes, opondo-se, assim, aos contratos bilaterais em que as prestações são co-respectivas.

Gratuito, porque se inspira no propósito de fazer uma liberalidade, afastando-se, desse modo, dos negócios especulativos.

Consensual, porque se aperfeiçoa pela conjugação das vontades do doador e do donatário, em oposição aos contratos reais que implicam a entrega da coisa por uma das partes à outra.

Solene, porque a lei impõe forma escrita, a menos que se trate de bens móveis de pequeno valor, seguindo-se-lhe de imediato a tradição. (...) ¹⁴

O jurista referido, opinando sobre o fato do art. 538 do Código Civil de 2002 ter suprimido a menção, presente no art. 1.165 do Código de 1916, referente à necessidade de aceitação da doação pelo donatário, entende que:

O art. 538 do Código novo repetiu a regra, omitindo, contudo, a locução final “que os aceita”. Criou, assim, uma dúvida, pois parece dispensar a aceitação do donatário. Não é esse, porém, o intuito do legislador, visto que a doação é um contrato, envolvendo, sempre a manifestação concordante da vontade de ambas as partes. (...)

(...) a aceitação é a manifestação concordante da vontade do donatário, indispensável para o aperfeiçoamento do negócio. Ela pode ser expressa ou tácita e, além disso, algumas vezes a lei a presume. (...) ¹⁵

¹³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 439. 1.468 p.

¹⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004, p. 200 . 447 p.

Arnoldo Wald, tratando da doação no novo Código Civil e da ausência da menção da necessidade de aceitação do beneficiário, entende que:

Parece-nos que acertou o nosso legislador ao conceituar a doação como contrato, como negócio jurídico estabelecido pelas vontades do doador e do donatário. Uma vez que a própria definição legal explicita o aspecto contratual da doação, o conceito estabelecido no art. 538 do novo Código Civil não menciona mais a necessidade da aceitação do beneficiário, antes prevista no art. 1.165 do Código Civil de 1916. De fato, a definição da doação como contrato já implica tal aceitação, sem a qual não poderia haver acordo de vontade. Ressalta-se, entretanto, que o novo Código Civil não mais exige a aceitação da doação quando o donatário for absolutamente incapaz.

É um contrato unilateral, pois só cria obrigações para uma das partes, consensual e gratuito, por se tornar perfeito pelo simples acordo de vontades, e diminui o patrimônio do doador em favor do donatário”.¹⁶

Devemos destacar que o tratamento dado ao instituto da doação pelo sistema jurídico pátrio e de outros países não foi tranqüilo ao longo da história, tendo Pontes de Miranda observado que “até se chegar à época pós-clássica, a doação não era contrato, nem, sequer, negócio jurídico”.¹⁷ Ainda, Pontes de Miranda, abordando o tema dos pressupostos da capacidade e das manifestações de vontade na doação, entende que “sempre foi difícil, em todos os tempos, construir-se o negócio jurídico da doação”.¹⁸

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). Op. cit., pp. 199-200.

¹⁶ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos** – De Acordo com o Novo Código Civil: Lei nº 10.406, de 10.1.2002. 16ª. edição, ampliada e atualizada com a colaboração do prof. Semy Glanz, 2ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 379-380. 1.186 p.

¹⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Op. cit, p. 197.

¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais.

Igualmente, a abordagem recebida pela doação não se revelou pacífica na doutrina e legislação internacional. Tendo Arnoldo Wald anotado que “o conceito de doação não é simples e tem sido objeto de divergências, não apenas na doutrina como nas diversas legislações”.¹⁹

Menciona Pontes de Miranda, quando trata do art. 1.165, do Código Civil de 1916, onde temos a definição de doação, como fontes inspiradoras da mesma o Esboço de Teixeira de Freitas (art. 2.119)²⁰, os Projetos de Felício dos Santos (art. 2.372), de Coelho Rodrigues (art. 990) e de Clóvis Bevilacqua (art. 1.304), e, ainda, o Code Civil (art. 894) e o B.G.B.(§ 516).²¹

Salienta Silvio Rodrigues, que a orientação fundamental dada à doação, pelo legislador brasileiro de 1916, ocorreu “nas pegadas dos Códigos alemão²² e

Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Op. cit, p. 226.

¹⁹ WALD. Arnoldo. **Obrigações e Contratos**. 16^a. edição, revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 200, com a colaboração do Prof. Semy Glanz, 2^a. tiragem. Op.cit., p. 377.

²⁰ Constatamos que A. Teixeira de Freitas, no seu Código Civil – Esboço, de 1860, que em muitos aspectos serviu de referência sobretudo para as codificações civis argentina, uruguaia e brasileira (FREITAS, A. Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, de 1860 – 1^o Volume. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1952, pp. VII-XXXVI. 668 p.), tratava a doação como contrato (FREITAS, A. Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, de 1860 – 2^o Volume. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1952, pp. 633-714, p. 701. 779 p).

O art. 2.119, do mesmo Esboço, estabelece que: “haverá doação, quando, para o fim de transferir domínio, uma das partes se tiver obrigado a entregar, gratuitamente, à outra parte uma coisa com valor por si”. (FREITAS, A. Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, de 1860 – 2^o Volume. Op. cit., p. 701).

²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2^a.edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 285. 491 p.

²² O Código Civil Alemão, BGB, de 18 de agosto de 1896, no § 516, considera a doação como contrato. Temos, na definição da doação (Schenkung), como segue: “uma atribuição pela qual alguém, à custa do seu patrimônio, enriquece um outro, é doação quando ambas as partes estiverem de acordo sobre a circunstância de que a atribuição tenha lugar a título gratuito” (Donación. 516. 1. La

suíço²³”, tendo o mesmo divergindo “da senda do Código Civil francês²⁴, onde não se atribuiu à doação o caráter de convenção”.²⁵

Igualmente, constatamos que o Código Civil do Reino da Itália, de 25 de junho de 1865, e o Código Civil italiano, de 16 de março de 1942, considerou,

disposición mediante la cual una persona confiere un beneficio a otra a costa de su próprio patrimônio es una donación si ambas partes acuerdan que la disposición se realice de forma gratuita).

(DINIZ, Souza. **Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)**, de 18 de agosto de 1896, com todas as modificações posteriores. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1960, p. 93. 396 p.; ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil Alemán Comentado – BGB**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 179. 720 p.)

²³ O Código Federal Suíço das Obrigações de 14 de julho de 1881, que revisou os artigos 1 a 551, pela lei de março de 1911, define que “como doação (Schenkung) considera-se toda atribuição pela qual uma pessoa, à custa do seu patrimônio, enriquece uma outra sem uma correspondente contraprestação”. (DINIZ, Souza. **Código Civil Suíço**, de 10 de dezembro de 1907, com todas as modificações introduzidas posteriormente, e **Código Federal Suíço de Obrigações** (Livro V do Código Civil), de 14 de junho de 1881 e revisado em 30 de março de 1911 e 18 de dezembro de 1936, e todas as modificações posteriores. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1961, p. 190. 350 p.)

²⁴ No Código Civil Francês, de 21 de março de 1804, também conhecido como Código Napoleão, as Doações *Inter Vivos* (art. 893 a 966) podem ser encontradas no Título II, que trata das Doações *Inter Vivos* e dos Testamentos” (arts. 893 a 1.100), não sendo tratada como Contrato ou Convenção. (DINIZ, Souza. **Código de Napoleão ou Código Civil dos Franceses**, de 21 de março de 1804, de acordo com a sua última edição oficial de 30 de agosto de 1816, com todas as suas modificações posteriores. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1962, pp. 152-160. 409 p.; **Code Civil**. Quatre-Vingt Cinquième Édition. Paris: Dalloz, 1985-1986, pp. 543-582. 1.556 p.)

Apesar de não reconhecer a doação como contrato ou convenção, o Código Civil Francês de 1804, reconhece a existência dos contratos unilaterais (art. 1.103) e de beneficência-gratuitos (art. 1.105). (DINIZ, Souza. **Código de Napoleão ou Código Civil dos Franceses**, de 21 de março de 1804, de acordo com a sua última edição oficial de 30 de agosto de 1816, com todas as suas modificações posteriores. Op. cit., p. 177.)

²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3**. 30ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). Op. cit, p. 199.

respectivamente, a doação, no primeiro, um ato, e, no último, um contrato, mas incluído no Livro das Sucessões e não no Livro das Obrigações.²⁶

Clóvis Bevilacqua anota que:

Os Códigos, que seguiram a distribuição das matérias do francês, colocaram a doação ao lado dos testamentos, entre os vários modos de se adquirir a propriedade. Outros, porém, como o português, o argentino, o alemão, o suíço das obrigações, deram a doação o seu posto verdadeiro entre as diversas figuras de contratos. O brasileiro seguiu esta corrente mais conforme as normas de uma boa classificação, e destacou a doação, logo em seguida à venda, por ser o contrato benéfico, em contraposição ao contrato oneroso por excelência.²⁷

Lembra Eduardo Espínola que o Código Civil francês não tratou a doação como um “contrato, pela oposição do Primeiro Cônsul Napoleão, que não admitiu sua classificação na categoria dos contratos, por ser uma relação jurídica da qual se

²⁶ No Código Civil do Reino da Itália, de 25 de junho de 1865, a doação é considerada ato e não como contrato. No art. 1050 do citado Código é definida como “um ato de espontânea liberalidade, com a qual o doador se despoja atualmente e irrevogavelmente da coisa doada em favor do donatário que a aceita” (1050. La donazione è un atto di spontanea liberalità col quale il donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore del donatario che l'accetta.).

(**Codice Civile del Regno D'Italia**, 25 giugno 1865. Torino: Stamperia Reale, sem data, p. 255. 530 p.).

Já, no Código Civil Italiano, de 16 de março de 1942, no art. 769, a doação é considerada contrato, mas é encontrada no Livro das Sucessões e não no Livro das Obrigações. No art. 769, temos que: “A doação é um contrato pelo qual, com espírito de liberalidade, uma parte enriquece a outra, dispondo a favor desta de um seu direito ou assumindo para com a mesma uma obrigação” (art. 769. La donazione è il contratto col quale, per spirito de liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione).

(DINIZ, Souza. **Código Civil Italiano**, de 16 de março de 1942, Disposições sobre as Leis em Geral e Disposições para a Execução do Código Civil e Disposições Transitórias, de 30 de março de 1942. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1961, p. 137. 490 p.; ALPA, Guido.; e IUDICA, Giovanni. **Codice Civile**, 16 marzo 1942, con commento essenziale di giurisprudenza, Costituzione, Trattato Comunità europea, leggi complementari. Sem Indicação Local: Kluwer, Ipsona, 1996, p. 205. 1.549 p.).

²⁷ BEVILAGUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado** - Volume IV. 10ª edição atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Op. cit., p. 270.

originam obrigações apenas para uma das partes”.²⁸ Recorda que diversos códigos seguiram o francês, como o espanhol, o chileno, o colombiano e o boliviano, “definindo a doação como ato e não contrato, considerando-a como um dos modos de aquisição da propriedade e contemplando no mesmo título as doações entre vivos e os testamentos”.²⁹

Orlando Gomes, tratando da natureza jurídica da doação, considera que “o problema (...) perdeu interesse com a predominância absoluta da opinião de que é um contrato”, embora o tema tenha sido, “no entanto, vivamente debatido por ter sido considerado ato unilateral no código civil francês”, atribuindo-se “o equívoco à influência de Napoleão, que intervindo nos debates, impusera seu ponto de vista baseado na falsa suposição de que a criação de obrigação unilateral é incompatível com a idéia de contrato”.³⁰

Salienta Orlando Gomes que “a natureza contratual da doação é atualmente inquestionável”, embora entenda que “não resta dúvida de que, para sua formulação, é indispensável o acordo de duas vontades, somente se configurando, com efeitos, se o donatário a aceita, expressa ou tacitamente”, sendo “de se admitir, entretanto, que, em certos casos, a doação não tem natureza contratual, realizando-se em virtude de uma só declaração de vontade, quando se caracteriza, portanto, como negócio unilateral”.³¹

Igualmente, destaca Caio Mário Pereira da Silva, que o sistema jurídico pátrio seguiu “a idéia contratualista, sustentada firmemente por Windscheid, Dernburg, Giorgi, e que domina diversos códigos – alemão, suíço, português,

²⁸ ESPINOLA, Eduardo. **Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro**. 1953. Op. cit., p. 145.

²⁹ ESPINOLA, Eduardo. **Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro**. 1953. Op. cit., p. 145.

³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 20^a. edição atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Op. cit., pp. 211-212.

³¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 20^a. edição atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Op. cit., p. 212.

polonês, japonês, argentino, uruguaio, peruano, mexicano”³², contrariando a orientação do Código Civil francês, que considerava a doação “como um ato, sem caráter contratual”.³³

Sylvio Capanema de Souza, quando comenta no Código Civil de 2002 o instituto da doação, anota que “uma das mais antigas e acaloradas polêmicas que cercam a doação refere-se à sua natureza jurídica, discussão que remonta ao Direito Romano, quando não se revestia ela da natureza contratual, traduzindo uma mera liberalidade unilateral” e que “só depois de Justiniano é que se declarou a doação como um meio de aquisição ou de transferência da propriedade, e por nítida influência do Cristianismo”.³⁴

Lembra o autor que “a divergência persiste até os nossos dias e se reflete nos diferentes sistemas adotados pelos Códigos modernos”.³⁵

Registra o mencionado jurista que, numa posição “hoje manifestamente minoritária”, temos o Código Civil francês, de 1804, que “não atribui à doação a natureza contratual, e ao que se diz, por influência direta do próprio Napoleão Bonaparte, que não se deixou convencer pelos argumentos em contrários defendidos por Pothier”, bem como comenta que “todos os demais Códigos, que

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 152. 408 p.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10ª edição. Op.cit., p. 151.

³⁴ SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao Novo Código Civil** – Das Várias Espécies de Contrato. Da Troca ou Permuta. Do Contrato Estimatório. Da Doação. Da Locação de Coisas – Volume VIII (arts. 533 a 578). Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense: 2004, pp. 83-84. 611 p.

³⁵ SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao Novo Código Civil** – Das Várias Espécies de Contrato. Da Troca ou Permuta. Do Contrato Estimatório. Da Doação. Da Locação de Coisas – Volume VIII (arts. 533 a 578). Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Op. cit., p. 84

seguem a inspiração napoleônica, consideram a doação um ato unilateral, que independe da vontade do donatário, equiparando-os aos testamentos”.³⁶

Esclarece Sylvio Capanema de Souza que:

Diante da acesa controvérsia, preferimos, e com acerto, seguir a tradição romano-germânica, atribuindo à doação a natureza de negócio jurídico bilateral que, para se aperfeiçoar, exige o consenso das vontades, do doador e do donatário.

Tanto no Código passado, quanto no atual, a doação é disciplinada como um contrato, unilateral e gratuito, que envolve um ato de alienação, importando na transferência de um bem ou direito, por espírito de liberalidade (*animus donandi*), acarretando redução patrimonial para o doador, que assim empobrece, com o correspondente enriquecimento do donatário.

A idéia contratualista é defendida pela maioria dos juristas, como Windscheid, Dernburg, Giorgi, Savigny, encontrando guarida, entre outros, nos Códigos alemão, suíço, português, argentino e espanhol, além do nosso, (...).³⁷

Destaca adequadamente Paulo Luiz Netto Lobo, tratando da natureza contratual da doação e da dispensa da manifestação da aceitação no Código Civil de 2002, que:

O Código Civil de 2002 suprimiu a exigência da aceitação para a perfeição do contrato de doação. A aceitação far-se-á sempre que possível, mas nunca como elemento essencial de existência ou de ingresso no plano da existência como fato jurídico. É elemento complementar para tutela dos interesses do donatário porque ninguém é obrigado a receber ou aceitar doação de coisas ou vantagens, inclusive por razões subjetivas. Sempre que o direito tutele a manifestação de vontade de alguém, esta deverá ser considerada. Todavia quando o beneficiário da doação não puder manifestá-la ou quando ainda não exista (caso da prole futura), independentemente da manifestação desta, haverá doação.

³⁶ SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao Novo Código Civil** – Das Várias Espécies de Contrato. Da Troca ou Permuta. Do Contrato Estimatório. Da Doação. Da Locação de Coisas – Volume VIII (arts. 533 a 578). Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Op. cit., pp. 84-85.

³⁷ SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao Novo Código Civil** – Das Várias Espécies de Contrato. Da Troca ou Permuta. Do Contrato Estimatório. Da Doação. Da Locação de Coisas – Volume VIII (arts. 533 a 578). Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Op. cit., pp. 84-85.

Essa questão reabre o tema que esteve presente na elaboração do Código francês de 1804. Diante da realidade existencial das doações feitas sem necessidade de aceitação, o chamado Código Napoleônico, que tanta influência exerceu sobre as codificações ulteriores, optou por excluir a doação do elenco dos contratos. Vivia-se o momento da exasperação da vontade individual, da conseqüente sacralidade do esquema clássico do contrato, assentado nas vontades livres de ofertar e aceitar, sendo compreensível a perplexidade ante um instituto com pretensão a ser concebido como contrato, mas que dispensava a aceitação em determinadas situações. (...)

No tráfico jurídico atual, várias situações negociais passaram a dispensar a livre e consciente manifestação da vontade, para a geração dos efeitos obrigacionais, próprios dos contratos. Em vez da aceitação, ou mesmo do consentimento, como ato de vontade individual, o direito confere eficácia a comportamentos típicos, captando objetivamente certas condutas que substituem com vantagens a necessidade da aceitação. Entre as várias construções doutrinárias, ressalta-se a desenvolvida por Karl Larenz, sob a denominação de “conduta social típica”.³⁸ A conduta social típica é aquela que conduz a uma convicção nas demais pessoas de originarem obrigações semelhantes a contratos, ainda que estes sejam estranhos ao esquema clássico de oferta e aceitação. Nestas hipóteses, a regulação comercial deriva mais das relações de confiança do que da vontade.

A teoria da conduta social típica afigura-se-nos explicação adequada para a persistência da doação no campo contratual, em virtude da dispensa da aceitação como elemento essencial, consagrada no Código Civil de 2002. (...)

O conceito de Pontes Miranda de ato-fato jurídico (o ato é desconsiderado pelo direito; apenas o fato resultante é juridicamente relevante) encontra-se a meio caminho entre o fato jurídico em sentido estrito e o ato jurídico. O negócio jurídico, inclusive o contrato, é espécie de ato jurídico. Assim, adotando-se essa orientação teórica, teríamos dois tipos de doações, uma que se enquadraria como contrato, quando houvesse aceitação expressa ou tácita por donatário civilmente capaz, e outra que não seria contrato ou

³⁸ LARENZ, Karl. **Derecho Civil**. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978, p. 734.

O autor entende que há de se imputar ao que se comporta de forma socialmente típica o significado genérico de sua conduta como se fosse aceitação do contrato, sem se considerar se dele tomou conhecimento ou se quis os efeitos jurídicos.

negócio jurídico, mas ato-fato jurídico, nas demais hipóteses.³⁹ Porém, o direito brasileiro optou nitidamente pela natureza contratual, o que somente pode ser resolvido se a aceitação não for considerada essencial em qualquer hipótese, podendo ser substituída pela conduta social típica, como acima discorreremos.⁴⁰

Igualmente, na doação, como decorrência da unilateralidade e da gratuidade, temos o afastamento da comutatividade, pelo fato de não ocorrer na mesma uma equivalência entre as obrigações das partes.

Anota Orlando Gomes que “nos contratos comutativos, a relação entre vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente, havendo certeza quanto às prestações” e, ainda, “à prestação corresponde uma contraprestação”⁴¹. Enquanto que Caio Mário da Silva Pereira leciona que “são comutativos os contratos em que as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores”.⁴²

Marçal Justen Filho, comentando a parte final do parágrafo único do art. 2º., da Lei Federal nº 8.666, onde se discute a expressão legal “estipulação de obrigações recíprocas”, lembra que “o contrato pode gerar direitos apenas para uma das partes (contrato “unilateral”), como se passa, por exemplo, na doação” e, ainda, destaca que “a doação, por exemplo, poderá ser praticada pela Administração e se

³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Volume XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3ª.edição, reimpressão, 1972. Op. cit., pp. 226-227.

⁴⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código Civil** – Parte Especial – Das Várias Espécies de Contratos – Da Compra e Venda. Da Troca ou Permuta. Do Contrato Estimatório. Da Doação (Artigos 481 a 564) – Volume 6. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 279-282. 402 p.

⁴¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 77. 527 p.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Vol. III – Fontes das Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. Op. cit, p. 39.

sujeitará às regras da Lei (tal como previsto no art. 17), embora não gere obrigações recíprocas”.⁴³

Leciona Odete Medauar, constatando que nem sempre temos nos contratos a reciprocidade como contraprestação exata de obrigações, que:

4.11. (...) a reciprocidade como contraprestação exata de obrigações não caracteriza todos os contratos, tanto que Limongi França arrola, como tipo de contrato, o unilateral, em que uma pessoa se obriga perante a outra, sem que da parte desta haja qualquer contraprestação, dando como exemplo a doação pura e simples (verbete “Contrato”, Enciclopédia Saraiva).^{44 45}

A precariedade da tentativa de identificação dos contratos ou contratos administrativos com noção de “obrigações recíprocas”, pode ser dimensionada pelo fato do próprio Código Civil Francês, de 1804, bem como o Código Civil do Reino da Itália, de 1865, que fazem parte de tradições jurídicas com dificuldades em relação à temática dos contratos unilaterais, gratuitos e não comutativos, inclusive não reconhecendo a doação no âmbito do Direito de Obrigações, vincularem a mesma noção de “obrigações recíprocas” somente aos contratos bilaterais⁴⁶.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª. edição. Op. cit., p. 40.

⁴⁴ FRANÇA, R. Limongi. Contrato. In: FRANÇA, R. Limongi (coordenador). **Enciclopédia Saraiva do Direito** – Volume 19. São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 137-146, p. 143.

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, nº 2. São Paulo: Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, junho de 1996, pp. 69-89, p. 78.

⁴⁶ Anotamos que no mesmo Código Civil Francês, de 21 de março de 1804, a exigência dos contratantes se obrigarem, reciprocamente, uns para com os outros, se encontra somente no art. 1.102, que trata dos contratos sinalagmáticos ou bilaterais.

(DINIZ, Souza. **Código de Napoleão ou Código Civil dos Franceses**, de 21 de março de 1804, de acordo com a sua última edição oficial de 30 de agosto de 1816, com todas as suas modificações posteriores. Op. cit., p. 177.)

Igualmente, salientamos que o Código Civil do Reino da Itália, de 02 de abril de 1865, preceitua, no art. 1099, quando define o contrato bilateral, a necessidade dos contraentes se obrigarem reciprocamente um em relação ao outro (1099. Il contratto è bilaterale, quando i contraenti si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri).

(**Codice Civile del Regno D'Italia**, 25 giugno 1865. Op. cit., p. 266).

Podemos verificar, ainda, que a noção de contrato, presente no Código Civil alemão, BGB, de 1896, como também no Código Civil francês, de 1804, e nos Códigos Civis italianos, de 1865 e 1942, se revelam com significativa amplitude⁴⁷, não sendo mencionados nos mesmos os conceitos de contraposição ou de contraditório entre as partes, como também a noção de “obrigações recíprocas”.

Igualmente, salientamos que o Código Civil francês, de 1804, e o Código Civil do Reino da Itália, de 1865, reconhecem a existência de contratos unilaterais e

⁴⁷ Salientamos que o Código Civil alemão, de 18 de agosto de 1896, no § 305, estabelece “para a constituição de uma obrigação por negócio jurídico, assim como para a mudança de uma obrigação, é necessário um contrato entre os interessados, sempre que a lei não dispuser outra coisa”. (Creación del Contrato. 305. Para la creación de una obligación mediante un negocio jurídico, y para la modificación del contenido de una obligación, es necesario un contrato entre las partes, a menos que la ley lo establezca de otro modo).

(DINIZ, Souza. **Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)**, de 18 de agosto de 1896, com todas as modificações posteriores. Op. cit., p. 64.; ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil Alemán Comentado – BGB**. Op. cit., p. 131).

No Código Civil napoleônico, 21 de março de 1804 o contrato é definido singelamente, no art. 1.101, como “convenção pela qual uma ou várias pessoas se obrigam para com uma ou várias outras a fazer ou não fazer alguma coisa”.

(DINIZ, Souza. **Código de Napoleão ou Código Civil dos Franceses**, de 21 de março de 1804, de acordo com a sua última edição oficial de 30 de agosto de 1816, com todas as suas modificações posteriores. Op. cit., p. 177).

O Código Civil do Reino da Itália, de 25 de junho de 1865, no art. 1098, define que o “contrato é acordo de duas ou mais pessoas para construir, regular ou resolver entre elas um vínculo jurídico” (1098. Il contratto è accordo di due o più persone per costruire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico).

(**Codice Civile del Regno D’Italia**, 25 giugno 1865. Op. cit., p. 266.).

O Código Civil italiano, de 16 de março de 1942, no art. 1321, fixa que “contrato é um acordo de duas ou mais partes para construir, regulamentar ou extinguir, entre elas, uma relação jurídico-patrimonial. (1321. Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale).

(DINIZ, Souza. **Código Civil Italiano**, de 16 de março de 1942, Disposições sobre as Leis em Geral e Disposições para a Execução do Código Civil e Disposições Transitórias, de 30 de março de 1942. Op. cit., p. 212.; ALPA, Guido.; e IUDICA, Giovanni. **Codice Civile**, 16 marzo 1942, con commento essenziale di giurisprudenza, Costituzione, Trattato Comunità europea, leggi complementari. Op. cit., p. 345.).

gratuitos-beneficência,⁴⁸ do que decorre aceitação que nem todos os contratos são comutativos. Destacamos, ainda, que o primeiro Código define a noção de contrato comutativo com o conceito de equivalência de dar ou fazer entre as partes.⁴⁹

Ainda, pensamos que a noção “obrigações recíprocas” tem se demonstrado precária para fazer a distinção entre os Contratos e os Convênios da Administração Pública, também pelo fato de nos convênios se constatar, em variadas ocasiões, que os partícipes assumem encargos recíprocos.

A constatação da existência de obrigações recíprocas em Convênios da Administração Pública, dentre outras questões, foi indicada em decisão unânime da

⁴⁸ Apesar de não reconhecer a doação como contrato ou convenção, o Código Civil Francês de 1804, reconhece a existência dos contratos unilaterais (art. 1.103) e de beneficência-gratuitos (art. 1.105).

O art. 1.103, enuncia que: “É ele unilateral quando uma ou várias pessoas são obrigadas para com uma ou várias outras, sem que, da parte destas últimas, haja um compromisso”

O art. 1.105, preceitua que: “O contrato de beneficência é aquele pelo qual uma das partes proporciona à outra uma vantagem puramente gratuita”.

(DINIZ, Souza. **Código de Napoleão ou Código Civil dos Franceses**, de 21 de março de 1804, de acordo com a sua última edição oficial de 30 de agosto de 1816, com todas as suas modificações posteriores. Op. cit., p. 177.)

De outro lado, o Código Civil do Reino da Itália, nos artigos 1100 e 1101, reconhece a existência de contratos unilaterais e gratuitos-beneficência.

O artigo 1100 enuncia que “o contrato é unilateral, quando uma ou mais pessoas, se obrigam em relação a uma ou mais pessoas, sem que estas últimas se deparem com alguma obrigação” (1100. Il contratto è unilaterale, quando una o più persone, si obbligano verso una ou più persone, senza che queste ultime incontrino alcuna obbligazione).

O artigo 1101, preceitua que o contrato é “a título gratuito ou de beneficência aquele em que um dos contraentes entender de patrocinar uma vantagem ao outro sem equivalente” (1101. (..) a titolo gratuito o di beneficenza quello in cui uno dei contraenti intende procurare un vantaggio all’altro senza equivalente.)”.

(**Codice Civile del Regno D’Italia**, 25 giugno 1865. Op. cit., pp. 266-267).

⁴⁹ Lembramos que o Código Civil Francês de 1804, no art. 1.104, entende existir o contrato comutativo “quando cada uma das partes se compromete a dar ou fazer uma coisa que é considerada como equivalente do que se dá a ela ou do que se faz por ela”.

(DINIZ, Souza. **Código de Napoleão ou Código Civil dos Franceses**, de 21 de março de 1804, de acordo com a sua última edição oficial de 30 de agosto de 1816, com todas as suas modificações posteriores. Op. cit., p. 177.)

Segunda Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de 02 de junho de 2004, na Apelação Reexame Necessário nº 70004487229, que teve como Relator o Desembargador João Armando Bezerra Campos e que contou com a participação dos Desembargadores Roque Joaquim Volkweiss e Antonio Janyr Dall’Agnol Junior.

No seu Voto, o Relator Desembargador João Armando Bezerra Campos, enuncia, para caracterizar a existência de Convênio Administrativo, que no caso em análise se observa a existência de “identidade do interesse dos acordantes”, e, ainda, a ocorrência do “propósito comum de formalizar uma ação conjunta de ambos os entes políticos direcionada à satisfação de um serviço público fundamental e de responsabilidade de ambos os conveniados, (...) de prestar assistência à saúde e médico-hospitalar”.⁵⁰ Igualmente, destaca o Relator “a natureza pública do serviço, deixando a cargo de terceiros tão-somente a administração do sistema hospitalar, sem estabelecer qualquer tipo de remuneração por este mister, seja (...) pelo ente político, seja pelos que se beneficiam com o serviço”.⁵¹ Também anota, apontado para a diferenciação dos conceitos de pagamento e repasse de recursos e das noções de remuneração, preço e custo, que “a obrigação dos pagamentos mensais (...) consistia em repasse de recursos financeiros para o custeio de todo o aparato administrativo”.⁵²

⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Segunda Câmara Cível. Apelação Reexame Necessário nº 70004487229. Decisão unânime em 02 de junho de 2004. Relator Desembargador João Armando Bezerra Campos e participaram da decisão os Desembargadores Roque Joaquim Volkweiss e Antonio Janyr Dall’Agnol Junior. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Jurisprudência de Inteiro Teor** (Internet). Porto Alegre: TJRS, 2004, p. 16. 31 p. Encontrado no site: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 18 de dezembro de 2005.

⁵¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Segunda Câmara Cível. Apelação Reexame Necessário nº 70004487229. Decisão unânime em 02 de junho de 2004. Relator Desembargador João Armando Bezerra Campos e participaram da decisão os Desembargadores Roque Joaquim Volkweiss e Antonio Janyr Dall’Agnol Junior. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Jurisprudência de Inteiro Teor** (Internet). Op. cit., p. 17.

⁵² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Segunda Câmara Cível. Apelação Reexame Necessário nº 70004487229. Decisão unânime em 02 de junho de 2004. Relator Desembargador João Armando Bezerra Campos e participaram da decisão os Desembargadores

A mencionada decisão unânime, dentre outras questões, estabelece que:

CONVÊNIO ADMINISTRATIVO. OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS. A hipótese configura a realização de um convênio, não obstante a existência de obrigações de cada uma das partes, porquanto visam à concretização de um interesse comum, qual seja o atendimento à comunidade dos serviços de saúde pública. Reconhecimento da existência de obrigações recíprocas inclusive nos convênios, pois obrigatoriamente cada parte deverá promover esforços para atingir a finalidade previamente estabelecida.⁵³

Julgamos que a decisão examinada da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul demonstra, à luz do caso concreto, a fragilidade da noção “obrigações recíprocas” como elemento suficiente para distinguir os Convênios dos Contratos da Administração Pública, na medida que também nos Convênios se verifica que os partícipes, em muitas ocasiões, assumem encargos recíprocos.

Roque Joaquim Volkweiss e Antonio Janyr Dall’Agnol Junior. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Jurisprudência de Inteiro Teor** (Internet). Op. cit., p. 17.

⁵³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Segunda Câmara Cível. Apelação Reexame Necessário nº 70004487229. Decisão unânime em 02 de junho de 2004. Relator Desembargador João Armando Bezerra Campos e participaram da decisão os Desembargadores Roque Joaquim Volkweiss e Antonio Janyr Dall’Agnol Junior. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Jurisprudência de Inteiro Teor** (Internet). Op. cit., p. 01.

6. OS EQUÍVOCADOS ENTENDIMENTOS QUE CONSIDERAM OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PACTOS DE NATUREZA PRECÁRIA

6.1. DOS EXAMES QUE CONCEBEM OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PACTOS DE NATUREZA PRECÁRIA

Verificamos que os Convênios da Administração Pública são concebidos, por vários caminhos, por parcela da doutrina, da prática administrativa brasileira e mesmo da jurisprudência pátria, como pactos de natureza precária. Constituindo-se a sua natureza precária em um dos elementos relevantes para caracterizar os Convênios da Administração Pública e, ainda, para distinguir o mesmo especialmente dos Contratos Administrativos.

Relembramos que Hely Lopes Meirelles considera que o “convênio é acordo, mas não é contrato”, e, ainda, que no “contrato as partes têm interesses diversos e opostos”, enquanto “no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes”, havendo no último “unicamente partícipes”.¹ Em razão do que o administrativista entende que nos convênios “a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades”.²

Pensa Hely Lopes Meirelles, ainda, que diante da “igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar a sua cooperação quando desejar”,

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo; Malheiros, 2004, p. 387. 798 p.

O mesmo conteúdo pode ser encontrado também em: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 6ª. edição atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 307. 602 p.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 387.

ficando responsável somente “pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo”.³ Ao passo que o autor considera que “a liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa”, que devido tal traço distintivo “não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes”.⁴ O mesmo autor julga que os convênios, entre nós, ocorrem “como simples aquiescência dos partícipes para a prossecução de objetivos comuns”, o que o leva a “considerá-los, tão-somente, uma cooperação associativa, livre de vínculos contratuais”.⁵

No sentido apontado, Edmir Netto de Araújo considera que:

Convênios administrativos são convenções, mas não são contratos, pois nestes as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma), ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns.⁶

São, portanto, acordos de cooperação (quando todas as pessoas têm atividades preordenadas para o fim desejado) ou de colaboração (quando as pessoas desempenham atividades-meio, preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade estatal, para o objetivo comum), e por essa razão, como lembra Hely Lopes Meirelles⁷ “a posição dos signatários é uma só e idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum”, do que decorre: a ausência de vinculação contratual, a inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória (os

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29^a. edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 387.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29^a. edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 387.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29^a. edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 387.

⁶ MOREIRA NETTO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 151.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**: São Paulo: Editora RT, 1987, p. 335.

convenientes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência, promovendo o respectivo encontro de contas) e de sanções pela inadimplência (exceto eventuais responsabilidades funcionais, que, entretanto, são medidas que ocorrem fora da avença).⁸

Outrossim, Toshio Mukai, inicialmente anota que Marçal Justen Filho considera que “os convênios administrativos não deixam de ser contratos segundo a nova teoria dos contratos, que diferencia os contratos comutativos dos de natureza cooperativa”, ao mesmo tempo que entende que “os contratos comutativos regem-se por interesses interpostos, enquanto os cooperativos, por interesses comuns, como ocorre nos ditos contratos societários”.^{9 10}

Toshio Mukai pensa que nos convênios e consórcios “não há a composição de vontades”, mas “simples cooperação”.¹¹ Destaca que “neste sentido já se manifestara o ilustre jurista Edmir Netto de Araujo, dizendo que, nos contratos, as vontades opostas se compõem formando uma nova vontade contratual”, e, ainda, que “nos convênios, as vontades não são opostas, assim apenas somadas e não dão origem a uma terceira”.^{12 13}

Registra Toshio Mukai que “o principal elemento, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que distingue o contrato do convênio é o concernente à natureza dos interesses: no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio, são

⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Editora RT, 1992, pp. 145-146. 223 p.

O autor defende os mencionados pontos de vista em: ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 676. 1.289 p.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Aide, 1994, pp. 524-525. 571 p.

¹⁰ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 399. 582 p.

¹¹ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 399.

¹² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. Op. cit., p. 145.

¹³ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 399.

recíprocos”.¹⁴ ¹⁵ Entende o mesmo autor, outrossim, que a questão natureza dos interesses trazido pela administrativista, “é o elemento diferenciador principal”, mas considera, porém, “que é preciso acrescentar-lhe o fato de os interesses recíprocos não se comporem, não formarem um terceiro interesse (como nos contratos de sociedade)”.¹⁶

Outrossim, Toshio Mukai pensa que “não havendo contrato, não há vínculo contratual, o que implica que cada partícipe pode retirar-se do convênio quando desejar (sem penalidades)” e, ainda, que significa que cada partícipe fica “responsável apenas pelas obrigações que assumiu no período em que participou voluntariamente do acordo, auferindo as vantagens somente durante esse mesmo período”.¹⁷ O mesmo autor desaprova sugestão de criação de uma pessoa jurídica para dar execução ao convênio devido “a precariedade do convênio”.¹⁸

Sílvio Luís Ferreira da Rocha entende que “da distinção entre convênio e contrato decorre a precariedade do convênio”, tendo em conta especialmente o fato de que “o convênio pode ser denunciado a qualquer tempo, sem imposição de sanção, conforme prevê o art. 57 do Decreto 93.872”.¹⁹

Outrossim, anotamos que a enunciação legal, presente no art. 2º, da Lei Federal nº 8.666, define o Contrato e/ou Contrato da Administração Pública como “acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”.

Entendemos, de um lado, que ao definir da mencionada forma o conceito de Contrato e/ou de Contrato da Administração Pública, pode sugerir, no mínimo,

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. São Paulo: Atlas, 1997, p. 115.

¹⁵ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 399.

¹⁶ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 399.

¹⁷ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 398.

¹⁸ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 400.

¹⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53. 174 p.

que os Convênios e congêneres são pactos de cooperação, onde inexistem e/ou se revela precária a relação e/ou a formação de vínculos jurídicos, obrigacionais e/ou contratuais entre os partícipes.

Consideramos, de outro lado, que também o enunciado “obrigações recíprocas” é extremamente problemático, na medida em que não consegue abranger a totalidade do fenômeno contratual, podendo dizer alguma coisa, quando muito, aos contratos bilaterais, onerosos e/ou comutativos e desconhecendo ou subestimando a constatação de que nem todos os contratos são bilaterais, onerosos e/ou comutativos.

Igualmente, salientamos que a possibilidade de denúncia nos convênios está estipulada também no art. 116, § 6º, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como no art. 7º, caput e inciso X, da Instrução Normativa nº 01, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional²⁰, mas também em diversos tipos de Contratos.

Enuncia Carlos Ari Sunfeld o convênio como “conjugação de esforços para o atingimento de objetivo comum (...) facultada a denúncia unilateral a qualquer tempo”.²¹ Enquanto Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres, em relação ao tema, considera “inconcebível a existência de uma cláusula em convênio que disponha sobre a existência de imposição de penalidades pela denúncia, quando a essência da relação é a espontânea vontade de colaborar ou cooperar”.²²

²⁰ No mesmo art. 7º, caput e inciso X, da Instrução Normativa STN, consta:

“Art. 7º. O convênio conterá, expressa e obrigatoriamente, cláusulas estabelecendo: (...)

X - a faculdade aos partícipes para denunciá-lo ou rescindi-lo, a qualquer tempo, imputando-se-lhes as responsabilidades das obrigações decorrentes do prazo em que tenham vigido e creditando-se-lhes igualmente os benefícios adquiridos no mesmo período”. (...)

Também, salientamos que no art. 14, §§ 2º e 3º, da Instrução Normativa nº 01, de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, temos a previsão da faculdade de retirada dos convênios pelos partícipes, bem como o estabelecimento de que os partícipes são responsáveis pelas obrigações originadas no período em que estiveram conveniados.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**: de Acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994, pp.198-199. 311 p.

²² TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos

Roberto Ribeiro Bazilli pensa que “o partícipe do convênio dele pode retirar-se quando bem lhe aprouver, ficando, contudo, sujeito às obrigações assumidas na vigência do acordo”.²³

Entende Leon Fredja Szkalarowsky que “convênio e contrato são acordos, mas aquele não é contrato, conforme já decidiu o Excelso Pretório, em memorável decisão”.^{24 25}

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 119.256 –SP, tendo como Relator o Ministro Moreira Alves, decidiu, dentre outras questões, que “pela precariedade do convênio administrativo, seus beneficiários não têm direito à sua manutenção, nem, muito menos, direito adquirido a ela”.²⁶

Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br) , em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Aracaju: J. Andrade, 2003, pp. 307-331, p. 321.

²³ BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 35-36. 162 p.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência** nº 141. Brasília: STF, agosto de 1992, pp. 619-627. pp. 619 e ss.

²⁵ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). S/Local: Âmbito Jurídico, set/1998, p. 01. 06 p. Encontrado no site: <http://ambito-juridico.com.br/aj/da0005.html>. Acesso em: 23 de julho de 2003.

O artigo poderá ser encontrado também: In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, a.1, n. 20, out.1997, p. 01. 07 p. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2005.

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 119.256 – São Paulo - Primeira Turma, decisão de 14.04.1992. Relator Min. Moreira Alves. Turma não conheceu do Recurso Extraordinário. Unânime. Transferência, dentre outros, dos pensionistas ex-Vereadores e dependentes de Vereadores inscritos e beneficiários da Carteira de Previdência dos Deputados à Assembléia Legislativa para a Carteira de Previdência dos Vereadores do Estado de São Paulo, em virtude de Lei Estadual. Precariedade convênio administrativo e seus beneficiários não têm direito a sua manutenção e a direito adquirido a ela. Transferência determinada pela lei não extinguiu os benefícios dos recorridos. Não há direito adquirido à não aplicação imediata do regime legal relativo à

O Ministro Moreira Alves, no Relatório, entende que o Tribunal de origem não violou a lei, mas, pelo contrário, razoavelmente interpretou a mesma, destacando notadamente o que segue:

(...) quando o Instituto de Previdência do Estado de São Paulo – IPESP exigiu o cumprimento da lei nova; ele, em absoluto, não afrontou ato perfeito e/ou direito adquirido, pois é da natureza do convênio a sua precariedade e, ao certo, ele não gera direito adquirido para os seus partícipes, em razão da sua própria natureza jurídica (cfr. TJSP, 1ª. C. Civ., ap. m. 64.041-1, j. 11-3-86, rel. Octavio Stucchi, m. v.).

Depois disso, em julgamento de que participou também o relator deste, também ficou considerado que os convênios, como acordo de vontades para a cooperação entre órgãos de serviço público, não geram direitos (cfr. TJSP, 1ª. C. Civ., ap. n° 72.780-1, j. 13-5-86, rel. Álvaro Lazzarini, m.v. (Decisão que apreciou a apelação, fl. 680).²⁷

No Voto do Relator Ministro Moreira Alves pode ser lido, somente para exemplificar, que:

Ora, como acentua Hely Lopes Meirelles (**Direito Administrativo Brasileiro**, 15ª. edição, pág. 351, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990), os convênios administrativos não são contratos, mas acordos, porque os partícipes deles não têm interesses colidentes, mas ao contrário, comuns e coincidentes, razão por que “diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar a sua cooperação quando o desejar”. Conseqüentemente, pela sua precariedade, os beneficiários do convênio administrativo não têm direito à sua manutenção, nem muito menos direito adquirido a ela.²⁸

contribuição a ser paga com relação aos benefícios. Recurso extraordinário que não se conhece. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência** nº 141. Brasília: STF, agosto de 1992, pp. 619-627, p. 619.

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 119.256 – São Paulo - Primeira Turma, decisão de 14.04.1992. Relator Min. Moreira Alves. Turma não conheceu do Recurso Extraordinário. Unânime. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência** nº 141. Op. cit., p. 622.

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 119.256 – São Paulo - Primeira Turma, decisão de 14.04.1992. Relator Min. Moreira Alves. Turma não conheceu do Recurso Extraordinário. Unânime. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência** nº 141. Op. cit., p. 625.

Diógenes Gasparini entende que “no convênio tem-se partícipes (convenientes não vinculados contratualmente) que propugnam por objetivos de interesses comuns”.²⁹ O jurista citado anota que “desse modo, é natural que qualquer partícipe, a todo tempo, possa denunciar o convênio e dele retirar-se, respondendo pelas obrigações assumidas e auferindo as vantagens até esse momento”.³⁰

Destaca Diógenes Gasparini que “não se pode, nem mesmo constando do convênio, obrigá-lo a permanecer integrando o ajuste ou puní-lo por solicitar o seu desligamento” e, ainda, que “qualquer cláusula que restrinja a faculdade de denunciar o acordo ou que institua punição pela retirada contraria a natureza desses ajustes e por essa razão não é admitida, conforme vêm decidindo os nossos pretórios”.³¹ No rumo indicado lembra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (RJTJSP, 95:61).^{32 33}

Edithe Mesquita Hupsel lembra que se admite “no convênio a retirada dos partícipes a qualquer momento, mediante simples denúncia, mantidas as vantagens e responsabilidades existentes até o momento do desfazimento do acordo” e, ainda que “a liberdade de ingressar e de se retirar é peculiaridade do convênio”. A autora registra que “cláusulas que restrinjam a faculdade de denunciar o acordo ou fixem

²⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 399. 924 p.

³⁰ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9ª. edição, revista e atualizada. Op. cit., p. 399.

³¹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9ª. edição, revista e atualizada. Op. cit., p. 399.

³² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 56.698 – Santa Rita do Passa Quatro. 1ª. Câmara Civil do Tribunal de Justiça. Relator Desembargador Galvão Coelho. Decisão: Nega Provisão ao recurso, por unanimidade. Convênio – Retirada da cooperação por um dos partícipes – Admissibilidade – Igualdade jurídica e ausência de vinculação contratual entre os signatários do convênio – Cobrança improcedente – Recurso não provido. In: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, vol. 95, ano 19. São Paulo: Lex Editora, julho e agosto de 1985, pp. 61-62.

³³ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9ª. edição, revista e atualizada. Op. cit., p. 399.

punição pela denúncia não são admitidas, conforme decisão dos nossos tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJSP, 95:61)”³⁴ ³⁵

A Primeira Turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Civil n. 56.698-1 – Santa Rita do Passa Quatro, Relator Desembargador Galvão Coelho, decidiu por negar provimento ao recurso, tendo em vista ação de cobrança de valores envolvendo convênio que havia sido rompido por Município. Na decisão consta, dentre outros argumentos, que:

Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar a sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.³⁶

Constatamos, nos diferentes exames enunciados, que a fundamentação da natureza precária e instável dos Convênios da Administração Pública é buscada numa série de juízos. Anotamos, dentre outros, os seguintes entendimentos: da ausência de composição e/ou acordo de vontades nos Convênios, sendo os mesmos simples pactos de cooperação; de que inexiste e/ou é instável a relação/vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual nos Convênios, como decorrência de que os Convênios não possuem natureza contratual e/ou de que nos mesmos existe a possibilidade de denúncia a qualquer tempo; e de que da ausência

³⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 56.698 – Santa Rita do Passa Quatro. 1ª. Câmara Civil do Tribunal de Justiça. Relator Desembargador Galvão Coelho. Decisão: Nega Provimento ao recurso, por unanimidade. In: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, vol. 95, ano 19. Op. cit., pp. 61-62.

³⁵ HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, nº 25. Salvador: Procuradoria Geral do Estado, Serviço de Documentação e Divulgação, 1999, pp. 35-44, pp. 37-38. 445 p.

³⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 56.698 – Santa Rita do Passa Quatro. 1ª. Câmara Civil do Tribunal de Justiça. Relator Desembargador Galvão Coelho. Decisão: Nega Provimento ao recurso, por unanimidade. In: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, vol. 95, ano 19. Op. cit., p. 62.

ou limitação da vinculação jurídica, obrigacional ou contratual nos Convênios deriva a fragilidade de suas estipulações no que se referem aos direitos, deveres, obrigações e pretensões, como também quanto à possibilidade, se necessário, de eventuais ações, exceções, responsabilizações, sanções e penalizações.

Ainda, destacamos que a precariedade e instabilidade nos Convênios da Administração Pública, ou em parcela dos mesmos, segundo alguns, decorrem da inexistência ou instabilidade da relação/vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual nos mesmos, onde teríamos relações/vinculações próprias sobretudo das denominadas declarações, protocolos, pautas e acordos de intenções, programáticos e/ou políticos.³⁷

6.2. A COMPREENSÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO AJUSTES ONDE OCORRE A COMPOSIÇÃO E ACORDO DE VONTADES

Verificamos que, questionando as concepções acima enunciadas, parcela importante da doutrina pátria afirma, com os mais diferentes conteúdos, os Convênios da Administração Pública como composição e acordo de vontades, onde ocorre vinculação jurídica e obrigacional.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera que “o convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades”, embora sendo “um acordo de

³⁷ Saliemos que opiniões assemelhadas mereceram exames nos seguintes trabalhos:

ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 496-498. 598 p.;

MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria e Bélgica. Madrid: McGrawHill, 1998, pp. 102-120. 372 p.;

SANTIAGO, José María Rodríguez. **Los Convênios entre Administraciones Públicas**. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 337-349. 434 p.;

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativos das Concessões**: Concessões. Terceirizações. Convênios, Consórcios e Acordos. Outras Formas de Gestão Associada. 5ª. edição, sistematizada, revista, ampliada e atualizada da obra Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 444-448. 527 p.

vontades com características próprias”.³⁸ Entende a autora que tal “resulta da própria Lei 8.666, de 1993, quando, no art. 116, caput, determina que suas normas se aplicam aos convênios no que couber”.³⁹ Igualmente, salienta que a legislação trabalha com a hipótese de os convênios não terem natureza contratual, quando menciona que “se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei decorreria dos arts. 1º e 2º”.⁴⁰

Da mesma forma, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera o convênio como acordo de vontades. O administrativista diz que “o consenso, no ato complexo, atua como forma de conjugação de vontades autônomas, paralelas e unidirecionadas, já que visam à realização de interesses comuns a todas as partes”.⁴¹ O autor define o convênio como “ato administrativo complexo em que uma entidade pública acorda com outra ou outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho conjunto, por cooperação ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira”.⁴²

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 189. 395 p.

As opiniões da autora, sobre o tema Convênio, podem ser encontrados também em:

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 292-296. 751 p.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição. Op. cit., p. 189.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição. Op. cit., p. 189.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição, totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 187. 683 p.

⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição, totalmente revista, ampliada e atualizada. Op. cit., p. 189.

No rumo indicado, Leon Fredja Szkarowsky enuncia que “os convênios e consórcios administrativos diferem dos contratos administrativos, conquanto com estes tenham um ponto de convergência: o acordo de vontades”.⁴³

Outrossim, Celso Antônio Bandeira de Mello, que, como já anotamos, estabelece uma série de ressalvas em relação à própria noção de contrato administrativo⁴⁴, em 1983, efetuou Parecer sobre disputa que se origina em Convênio entre a União e Estado, entendendo haver o dever de indenizar da primeira⁴⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende, inicialmente, que “um convênio é um contrato entre partes de direito público”.⁴⁶ Considera, na perspectiva apontada, que “o contrato, seja ele de direito privado, seja de direito público, é uma composição consensual de interesses” e, também, “uma pacífica harmonização de interesses”.⁴⁷ O jurista salienta, ainda, que como o contrato “envolve um ponto de coincidência de interesses, os sujeitos se afinam em torno dele, fazendo-o pela livre conjugação de suas vontades, as quais, dessarte, se atrelam pra obter a recíproca

⁴³ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Os Convênios Administrativos** – Convênio – Contrato Administrativo – Constituição Federal – Decreto-Lei 2.300/86 e legislação pertinente – Doutrina e Jurisprudência do TCU. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 669, ano 80. São Paulo: Editora RT, julho de 1991, pp. 39-46, p. 44.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. edição, revista e atualizada até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 567-577. 960 p.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Parecer, de 26 de setembro de 1983. Interesse Público Primário e Secundário – Convênio entre União e Estado – Dever de Indenização. In: **Revista de Direito Público**, nº 75. São Paulo: Editora RT, julho-setembro de 1985, pp. 55-61.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Parecer, de 26 de setembro de 1983. Interesse Público Primário e Secundário – Convênio entre União e Estado – Dever de Indenização. In: **Revista de Direito Público**, nº 75. Op. cit., p. 56.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Parecer, de 26 de setembro de 1983. Interesse Público Primário e Secundário – Convênio entre União e Estado – Dever de Indenização. In: **Revista de Direito Público**, nº 75. Op. cit., p. 56.

satisfação de suas aspirações”.⁴⁸ O mencionado autor destaca, igualmente, que “o contrato gera um vínculo assentado nas premissas da lealdade e boa-fé, vez que as partes não estariam obrigadas a se relacionar”.⁴⁹

De outro lado, salienta Paulo Modesto que “contrato de direito público e convênio são ambos ajustes de vontades, distinguindo-se basicamente pela natureza dos interesses de ambas as partes”, ao mesmo tempo que anota que nos mesmos os “vínculos são regidos pelo direito público”.⁵⁰

Enquanto Floriano de Azevedo Marques Neto entende que “consórcios, como os convênios, são acordos de vontade, negócios jurídicos em que duas ou mais partes ajustam seus interesses (vontades) com vistas atingir um resultado de interesse comum”.⁵¹

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, entendemos que o art. 71, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, associa o repasse de recursos pela União ao conceito de acordos de vontades, tendo em vista que vincula a transferência dos mesmos recursos com as noções de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Parecer, de 26 de setembro de 1983. Interesse Público Primário e Secundário – Convênio entre União e Estado – Dever de Indenização. In: **Revista de Direito Público**, nº 75. Op. cit., p. 56.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Parecer, de 26 de setembro de 1983. Interesse Público Primário e Secundário – Convênio entre União e Estado – Dever de Indenização. In: **Revista de Direito Público**, nº 75. Op. cit., p. 56.

⁵⁰ MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por Fundação de Apoio. Serviço de Saúde. Conceito de Serviço Público e Serviço de Relevância Pública na Constituição de 1988. Forma de Prestação de Contas das Entidades de Cooperação após a Emenda Constitucional n. 19/98. In: **Revista Diálogo Jurídico**, n. 11 (Internet). Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, fevereiro de 2002, p. 9. 27 p. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 20/03/2004.

⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios Públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho/agosto/setembro 2005, p. 21. 53 p. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/12/2005.

Ainda, o tratamento dado ao tema pela Lei Federal nº 8.666/93 afirma o entendimento de que o ordenamento jurídico considera o convênio acordo de vontades, na medida em que, de um lado, o artigo 116, caput, fala em convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres e, de outro lado, determina que se aplique as demais disposições da Lei Federal nº 8.666, Da Licitação e dos Contratos Administrativos, no que couber, aos convênios e assemelhados.

De outro lado, a Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, além de sujeitar os convênios, no que couber, à Lei Federal nº 8.666/93 e ao Decreto Federal nº 93.872, estipula que os mesmos ajustes são instrumento que disciplinam a transferência de recursos públicos e, ainda, estabelece amplíssimo rol de requisitos, cláusulas, vedações e obrigações, no que se refere à celebração, formalização, execução e prestação de contas⁵².

Pensamos que nos Convênios da Administração Pública, tendo em vista os exames aqui trazidos e o estabelecido no sistema jurídico brasileiro, ocorre composição e ajuste das vontades, como também a vinculação jurídica e obrigacional. Igualmente, consideramos que nos Convênios da Administração Pública não estamos diante de um pacto de cooperação que se caracteriza pela precariedade nas suas relações, apesar da possibilidade de retirada unilateral e/ou denúncia nos mesmos.

6.3. DO ENTENDIMENTO SOBRE A EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO E VINCULAÇÃO JURÍDICA E OBRIGACIONAL ENTRE OS PARTICIPES DO CONVÊNIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Verificamos que diversos juristas brasileiros associam de forma umbilical a compreensão da precariedade dos Convênios da Administração Pública com as noções de ausência ou instabilidade da relação e vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual nos mesmos, a partir principalmente das idéias de que “convênio é acordo, mas não é contrato”, de que os Convênios da Administração Pública não

⁵² Verificamos normatização no mesmo rumo na Instrução Normativa nº 01, de 15 de maio de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

possuem natureza contratual e/ou de que nos mesmos existe a possibilidade de retirada unilateral e/ou denúncia a qualquer tempo.

Ainda, anotamos que a precariedade nos Convênios da Administração Pública, ou em parcela dos mesmos, segundo outros, se devem a inexistência ou instabilidade da relação ou vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, pelo fato de termos nos mesmos especialmente pactuações e/ou associações que seriam melhor caracterizadas como declarações, pautas, protocolos e acordos de intenções, programáticos e/ou políticos.

Igualmente, salientamos que da compreensão sobre a inexistência ou instabilidade da relação e vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual nos Convênios deriva o entendimento sobre a fragilidade do estabelecido no que diz respeito a direitos, deveres, obrigações e pretensões, como também quanto a possibilidade, quando e no que couber, de ações, exceções, responsabilizações, sanções e penalizações.

Entendemos que o exame, mesmo que breve, das questões suscitadas passa pela necessariamente pela verificação de conceitos presentes na doutrina, dentre outros, de fato jurídico, de juridicidade, relação e vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual.

Julgamos que os mesmos conceitos são indispensáveis para tratar no plano teórico e prático, de um lado, a questão da juridicidade do instituto do Convênio da Administração Pública, do seu adentramento ou não no mundo jurídico, e, de outro, a constituição de fatos, relações e vinculações jurídicas e obrigacionais, com decorrentes direitos, deveres, obrigações e pretensões, e, no que couber, ações, exceções, responsabilidade, sanções e penalizações, especialmente em face de entendimentos sobre a existência situações nos Convênios, ou em parte deles, que se caracterizariam pela ausência, precariedade e/ou instabilidade de efeitos dos mesmos no âmbito jurídico.

José Cretella Júnior, falando sobre fato jurídico, registra que “nem todo fato do mundo interessa ao direito” e, ainda, que “na verdade, a maioria dos fatos do mundo são estranhos ao mundo jurídico”.⁵³ O jurista anota que “só interessa ao

⁵³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2ª. edição, 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 13. 576 p.

mundo jurídico o fato do mundo com implicações jurídicas, acontecimento que interfere na relação de direito, dando-lhe nascimento, extinguindo-a, alterando-a, modificando-a, protegendo-a”.⁵⁴

Lembra Carlos Ari Sunfeld que “fato jurídico é o evento ao qual a norma atribui efeitos jurídicos”, e, ainda, que “ao contrário do normalmente afirmado pela doutrina – fato jurídico não é sinônimo de evento natural”.⁵⁵ O jurista destaca que “o fato jurídico se opõe ao fato juridicamente irrelevante, isto é, ao evento cuja ocorrência não gera a incidência de qualquer norma jurídica”.⁵⁶

Marçal Justen Filho, tratando das normas jurídicas de conduta e hipótese de incidência jurídica, lembra que “a norma jurídica de conduta apresenta estrutura dúplice”, sendo “composta por uma hipótese de incidência e um mandato”.⁵⁷ O mesmo jurista registra que “a hipótese de incidência é a descrição de certa situação cuja ocorrência é condição de incidência do mandamento”.⁵⁸ O mencionado jurista diz que “o mandamento contém a disciplina jurídica de uma conduta, tornando-a permitida (facultada), proibida ou obrigatória”, e, ainda, que “a disciplina contida no mandamento incidirá se e quando verificados os eventos previstos na hipótese”.⁵⁹

Igualmente, Marçal Justen Filho, examinando o conceito de fato jurídico, anota que “a situação descrita na hipótese de incidência é denominada fato jurídico”, sendo o “evento que produz o nascimento, a modificação ou a extinção de direitos e deveres”.⁶⁰ O autor citado ressalta “que, rigorosamente, o evento ocorrido no

⁵⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2ª. edição. Op. cit., pp.13-14.

⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 85. 183 p.

⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. Op. cit., p. 85.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 175. 878 p.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 175.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 175.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 175.

mundo fático não produz efeito jurídico algum”, na medida que “tais efeitos são, na verdade, determinados pela norma jurídica”.⁶¹

De outro lado, Luiz Edson Fachin, enuncia que “há que se reconhecer que ingressam no campo jurídico os fatos valorados pela norma”, que “são os fatos jurídicos, que assim se constituem sem deixar o campo fático, uma vez que este e aquele se interpenetram”.⁶² Destaca o mencionado jurista que “esse agasalho da norma é a guarida ao suporte fático, sem suprimí-lo”, do que decorre a juridicidade que é “um componente do binômio fato-norma”.⁶³

Anota Marcos Bernardes de Mello, examinando o conceito de fato jurídico, que “parece ter sido Savigny quem primeiro empregou a expressão fato jurídico (*juristische Tatsache*)”, vendo os mesmos como “os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e terminam”^{64 65}, sofrendo restrições por parte da doutrina “pela razão de se haver limitado a referir o nascimento e a extinção das relações jurídicas, sem mencionar as transformações por que elas passam e outros efeitos que se verificam, também, em virtude dos fatos jurídicos”.⁶⁶

Ainda, lembra Bernardes de Mello que Santo Passarelli define os fatos jurídicos como:

(...) os que produzem um evento jurídico que pode consistir, em particular, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, ou,

⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 175.

⁶² FACHIN, Luiz Edson. **Novo Conceito de Ato e Negócio Jurídico: Conseqüências Práticas**. Curitiba: EDUCA-Scientia et Labor, 1988, p. 01. 121 p.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson. **Novo Conceito de Ato e Negócio Jurídico: Conseqüências Práticas**. Op. cit., p. 01.

⁶⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del Derecho Romano Actual** – Vol. II. Trad. Jacinto Messia y Manoel Poley Centro. 2ª. edição. Madrid: Góngora, s/d, p. 79.

⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 105. 300 p.

⁶⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., p. 105.

também, na substituição dum relação nova a uma relação preexistente e, ainda, na qualificação dum pessoa, dum coisa ou de um fato.^{67 68}

Bernardes de Mello, que entende que Pontes de Miranda trouxe a melhor conceituação do fato jurídico, questiona as concepções antes assinaladas, que colocam como elemento essencial a eficácia jurídica.⁶⁹

O mencionado jurista, no que se refere ao fato jurídico, pensa que:

a) a eficácia não lhe é essencial e b) sendo a eficácia resultado do fato jurídico, não é conveniente definir a causa pela consequência, porque quando tivermos de definir a consequência teremos que nos reportar à causa e, assim, estará estabelecido um círculo vicioso.⁷⁰

O jurista português Manuel A. Domingues de Andrade, quando trata os elementos da relação jurídica, registra, sobre a noção de fato jurídico, o seguinte:

Fato jurídico é todo fato em sentido comum (acontecimento natural ou ação humana) que produz consequências jurídicas.

Tais efeitos, podendo ser de várias ordens, reconduzem-se fundamentalmente a alguns destes tipos: constituição de relações jurídicas novas; modificação ou extinção de relações jurídicas preexistentes. Mas é claro que só interessa aqui a primeira modalidade. O fato jurídico constitutivo é na verdade condição indispensável para que surja qualquer relação jurídica concreta.

Na lei estão prefiguradas em abstrato todas as relações jurídicas. Todas existem na lei como idéia. Mas nenhuma relação concreta, efetiva, real pode existir sem que intervenha um fato jurídico. Por obra do fato jurídico é que a relação jurídica sai do limbo das possibilidades para surgir como

⁶⁷ SANTORO-PASSARELLI. Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida Editora, 1967, p. 79. 293 p. Título original: *Dottrine Generali del Diritto Civile*. 8ª. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964.

⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., pp. 106-107.

⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., p. 107.

⁷⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., p. 106-107.

realidade concreta, tornando-se de potencial em atual. Neste sentido se pode dizer que o fato jurídico desempenha o papel de elemento causal.⁷¹

Salienta Emílio Betti, quando se refere o direito em relação à realidade social, que:

(...) A norma jurídica, considerada no seu arranjo lógico, consta de uma previsão e de uma disposição correspondente. Isto é, prevê, em abstrato e em geral, hipóteses de fato, classificadas por tipos e, ao mesmo tempo, orientadas segundo as diretivas de uma valoração jurídica (...) e estabelece-lhes um tratamento apropriado (...). Logo que se realiza, em concreto, um fato ou uma relação da vida social que, enquadrado na sua moldura circunstancial, apresente os requisitos previstos e corresponda ao tipo de *fatispécie* contemplado, intervém a síntese, o nexó estabelecido pela norma, de um modo hipotético, entre aquele tipo de *fatispécie* e a correspondente disposição: isto é, produz-se a nova situação jurídica disposta em previsão.⁷²

O jurista italiano Emilio Betti, quando se refere ao fato jurídico, enuncia que:

Fatos jurídicos são, portanto, aqueles fatos a que o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas. O esquema lógico do fato jurídico, reduzido à expressão mais simples, obtém-se estudando-o como um fato dotado de certos requisitos pressupostos pela norma, o qual incide sobre uma situação preexistente (inicial) e a transforma numa situação nova (final), de modo a constituir, modificar ou extinguir poderes e vínculos, ou qualificações e posições jurídicas.⁷³

⁷¹ ANDRADE. Manuel A. Domingues. **Teoria Geral da Relação Jurídica** – Vol. I – Sujeitos e Objeto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 22-23. 309 p.

⁷² BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico** – Tomo I. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, pp. 10-11. 307 p. Teoria General del Negozio Giuridico. Obra em 3 volumes.

Os mencionados exames também pode ser encontrado em: BETTI, Emilio. **Teoria General del Negocio Jurídico**. Tradução de A. Martin Perez. Madrid: Revista de Derecho Privado, s/d, pp. 04-05. 464 p. Original: Teoria General del Negozio Guiridico.

⁷³ BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico** – Tomo I. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Op.cit., p. 12.

As mesmas lições podem ser encontradas em: BETTI, Emilio. **Teoria General del Negocio Jurídico**. Tradução de A. Martin Perez. Op. cit., p. 06.

Pietro Perlingieri, tratando do fato jurídico, diz que o mesmo “pode ser definido como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica”.⁷⁴ Anota o jurista italiano que “em geral a norma prevê a hipótese de verificação do evento (ou seja, do fato) e a possibilidade de que este – humano (um passeio, a conclusão de um contrato) ou natural (um temporal) -, uma vez ocorrido, tenha relevância jurídica”.⁷⁵ O autor considera que “o fato, no momento de seu acontecimento, atua como abstratamente hipotizado na previsão da lei: ordenamento lhe atribui uma qualificação e uma disciplina”.⁷⁶ Enuncia que “o fato concreto quando se realiza constitui o ponto de confluência entre a norma e o seu tornar-se realidade: é o modo no qual o ordenamento se atua” e, ainda, que “a norma existe na sua atuação, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui a concreteness e a historicidade essenciais à norma”.⁷⁷

Ainda, destaca Pietro Perlingieri que:

Fato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de conseqüências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou de princípios presentes no ordenamento. Não existe fato que não tenha uma valoração expressa ou implícita no âmbito do ordenamento.⁷⁸

⁷⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 89. 369 p. Título original: Profili del Diritto Civile. Nápoles: Edizione Schientifiche Italiane, 1994.

⁷⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Op. cit., p. 89.

⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Op. cit., pp. 89-90.

⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Op. cit., p. 90.

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Op. cit., p. 90.

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, no prefácio do Tratado de Direito Privado, entende que “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois de relação jurídica”, e, ainda, que “quem diz “aí está o sistema jurídico” diz há elementos fáticos sobre os quais incidiu regra jurídica”.⁷⁹

Ainda, Pontes de Miranda, no mesmo prefácio, questiona o entendimento que, busca estabelecer critério distintivo entre o direito privado e o direito público, dizendo que “em direito privado, se permite o que não é proibido, ao passo que, no direito público, só se pode fazer o que é permitido”.⁸⁰ O autor entende que a mencionada compreensão não tem “qualquer apoio em princípios”, como também lembra que “tanto há regras jurídicas permissivas e proibitivas no direito privado quanto no público”.⁸¹

Outrossim, destaca Pontes de Miranda que “a regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou discutir os bens da vida”, enunciando que “há o fato de legislar, que é editar a regra jurídica; há o fato de existir, despregada do legislador, a regra jurídica; há o fato de incidir, sempre que ocorra o que ela prevê e regula”.⁸²

Pontes de Miranda anota que “os fatos do mundo ou interessam ao direito ou não interessam” e que “se interessam, entram no subconjunto do mundo a que se chama mundo jurídico e se tornam fatos jurídicos, pela incidência das regras jurídicas, que assim os assinalam”.⁸³ Destaca o jurista que “para que os fatos sejam

⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1974, p. XVI. 567p.

⁸⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. XIX.

⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. XIX.

⁸² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Op. cit., p. 03.

⁸³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. Op. cit., p. 06.

jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos”.⁸⁴

Salienta Pontes de Miranda que “o mundo jurídico confina com o mundo dos fatos (materiais, ou enérgicos, econômicos, políticos, de costumes, morais, artísticos, religiosos, científicos).⁸⁵ Outrossim, lembra o jurista que no seu trabalho procedeu uma “maior caracterização dessa vida à parte, desse além da vida uterina (legislativa) da regra jurídica”, de modo a mostrar “a passagem do político para o jurídico (..), quando começa, e só então começa, a incidência dela”.⁸⁶

Enuncia Pontes de Miranda que “pelo trato teórico e prático, as regras jurídicas são objeto de pensamento e momentos da vida” e, ainda, anota que “pensadas e vividas, através de gerações, podemos observar como se transformam e em que se diferenciam, dando ensejo a regras jurídicas da mesma família mas inconfundíveis”.⁸⁷

Pontes de Miranda salienta que “ganha a ciência em separar, com precisão o mundo fático, em que se compõe os suportes fáticos, e o mundo jurídico, em que somente entra o que está carimbado (digamos assim) pela incidência da regra jurídica”.⁸⁸ Registra o mesmo jurista que “no mundo jurídico, penetram fatos

⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. 06.

⁸⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo II – Bens. Fatos Jurídicos. 4ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1974, p. 183. 592 p.

⁸⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. 07.

⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. 09.

⁸⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo V – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas/SP: Bookseller, 2000, p. 41. 649 p.

(ditos jurídicos): eles é que são o conteúdo dessem mundo” e, ainda, que “não importa se o fato é humano, ou não; outrossim, se é lícito, ou ilícito”.⁸⁹

O mencionado autor lembra que “ser fato jurídico é existir no mundo jurídico” e, ainda, que “juridicizar-se é começar de existir juridicamente; isto é, dentro desse mundo”, como também anota, referindo-se ao mundo jurídico, que “dentro dele, há o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia”.⁹⁰ O mestre destaca que em face do exposto “quando os juristas raciocinam como se houvesse o mundo fático e o mundo dos efeitos jurídicos, saltam por sobre dois planos que vêm antes: o da existência e da validade”.⁹¹

No sentido indicado, destaca Marcos Bernardes de Mello, que é de “extrema propriedade e utilidade a proposta de Pontes de Miranda”, que considera “o mundo jurídico dividido em três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações”.⁹² O autor julga que nos exames de Pontes de Miranda “o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos”, e, entende que “a existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-los como se fossem iguais”.⁹³

⁸⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo V – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Op. cit., p. 41.

⁹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo V – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Op. cit., p. 41.

⁹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo V – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Op. cit., p. 41.

⁹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., p. 96

⁹³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., p. 96.

Marcos Bernardes de Mello, tratando do plano da existência, anota que “ao sofrer a incidência de norma juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência”, sendo que “neste plano, que é o plano do ser, entram todos fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos”, como também no mesmo plano “não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência”.⁹⁴

O mencionado jurista, quando se refere ao plano da validade, diz que “se o fato jurídico existe e é daqueles em que a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático há de passar pelo plano da validade, onde o direito fará a triagem entre o que é perfeito (que não tem qualquer vício invalidante) e o que está eivado de defeito invalidante”.⁹⁵ Igualmente o jurista citado destaca que “os fatos jurídicos lícitos em que a vontade não aparece como dado do suporte fático (fatos jurídicos *stricto sensu* e ato-fato jurídico), como os fatos ilícitos *lato sensu* (inclusive o ato ilícito) não estão sujeitos a transitar pelo plano da validade, uma vez que não podem ser nulos ou anuláveis”.⁹⁶ O mesmo autor anota que “a nulidade ou anulabilidade – que são graus de invalidade – prendem-se à deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico”, como também que “a invalidade, no entanto, pressupõe como essencial a suficiência do suporte fático, portanto, a existência do fato jurídico”.⁹⁷

O referido autor, ao tratar do fato jurídico, no plano da eficácia, diz que:

⁹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., p. 96.

⁹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., p. 97.

Destacamos que o fato jurídico, no plano da validade, é tratado de forma mais aprofundada, em: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano de Validade. 6ª. edição, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2004. 336 p.

⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., p. 97.

⁹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Existência. 12ª. edição. Op. cit., p. 97.

O plano da eficácia é a parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todos o seu conteúdo eficaz (...).⁹⁸

Igualmente, anota Marcos Bernardes de Mello que “o plano da eficácia, com o da validade, pressupõe a passagem do fato jurídico pelo plano da existência, não, todavia, essencialmente, pelo plano da validade”.⁹⁹

Outrossim, o jurista citado salienta que na visão enunciada de Pontes Miranda “as questões de nulidade e eficácia dos fatos jurídicos não podem ser resolvidos pela aplicação de critérios apriorísticos, porque, na verdade, tudo depende do traçamento jurídico estabelecido pelo sistema”, ao mesmo tempo entende que “parece ser imprescindível, diante de problemas de validade e eficácia, tenhamos sempre presentes os princípios que norteiam o sistema jurídico a que se referem, para que as soluções sejam alcançadas com a maior dose de coerência e veracidade”.¹⁰⁰

Tratando do conceito de relação jurídica, Manuel A. Domingues de Andrade anota que “num sentido mais amplo, relação jurídica é toda a situação ou relação da vida real (social), juridicamente relevante (produtiva de conseqüências jurídicas), isto é disciplinada pelo direito”.¹⁰¹

O jurista português, tratando da noção de relação jurídica no seu sentido restrito, efetua distinção, dentre outras, da relação jurídica em sentido abstrato e da relação jurídica em sentido concreto, como segue:

⁹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** - Plano de Existência. 12^a.edição. Op. cit., p. 98.

Salientamos que a análise do fato jurídico, no plano da eficácia, é estudado de forma mais ampla em: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Eficácia – 1^a. Parte. 2^a. edição, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2004. 292 p.

⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** - Plano de Existência. 12^a.edição. Op. cit., p. 98.

¹⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico** - Plano de Existência. 12^a.edição. Op. cit., p. 100.

¹⁰¹ ANDRADE. Manuel A. Domingues. **Teoria Geral da Relação Jurídica** – Vol. I – Sujeitos e Objeto. Reimpressão. Op. cit., p. 02.

(...) Quando falamos de relação jurídica em sentido abstrato, não consideramos nenhuma relação jurídica efetivamente constituída e portanto individualmente determinada, mas apenas uma relação jurídica figurada, ideal: (...)

Quando falamos de uma relação jurídica em sentido concreto, aludimos a uma relação jurídica realmente existente e individualizada – a uma relação com pessoas determinadas, procedente de um fato jurídico, efetivamente verificado ou produzido e não apenas possível. (...)

Sintetizando, pode dizer-se que a relação jurídica abstrata é uma relação virtual ou em potência; ao passo que a relação jurídica concreta é uma relação jurídica concreta é uma relação jurídica real ou em ato.¹⁰²

Pontes de Miranda, abordando o conceito de relação jurídica, enuncia que a mesma “é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica”, ao mesmo tempo que registra que ela ocorre “entre pessoas, isto é, entidades capazes de ter direitos, deveres, pretensões, obrigações e exceções”.¹⁰³

Pontes de Miranda destaca, dentre outros exames e exemplos, que “muitas relações da vida são irrelevantes para o direito (e.g., a relação de amizade); posto que, aqui e ali, ganhe (...) relevância (e.g. a inimizade, como causa suficiente para alguém não ser tutor, Código Civil, art. 413, III¹⁰⁴)”.¹⁰⁵

Destaca Marcos Bernardes de Mello que Pontes de Miranda “se refere a relações jurídicas: (a) básicas ou fundamentais, aquelas relações da vida sobre as quais incide a norma jurídica, e (b) intrajudrídica, ou eficaciais, aquelas que somente

¹⁰² ANDRADE. Manuel A. Domingues. **Teoria Geral da Relação Jurídica** – Vol. I – Sujeitos e Objeto. Reimpressão. Op. cit., pp. 03-04.

¹⁰³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. 117.

¹⁰⁴ Anotamos que, de acordo as previsões do art. 413, inciso III, do Código Civil de 1916, e do art. 1.735, inciso III do Código Civil de 2002, são incapazes de exercer a tutela “os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela”.

¹⁰⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. 117.

nascem no plano da eficácia”.¹⁰⁶ Outrossim, anota criticamente Marcos Bernardes Mello que “apesar de reconhecer a existência das espécies, parece-nos merecer reparo a afirmativa do mestre de que as relações jurídicas fundamentais não se produzem no plano da eficácia, mas desde o plano da existência”, na medida que entende, no sentido da lição de Lourival Vilanova, que “toda relação jurídica é intrajurídica, portanto eficaz, só se produzindo no plano da eficácia”.^{107 108}

Pontes de Miranda entende, separando metodologicamente também no âmbito da relação jurídica o plano da existência do da eficácia, que “sempre que a regra jurídica recai sobre a relação da vida diz-se básica ou fundamental a relação jurídica: a incidência da regra jurídica é como sobre pedra angular” e, ainda, que “se a relação sobrevém à incidência e dela decorre, é no campo da eficácia”.¹⁰⁹ O jurista registra, porém, que “para as relações jurídicas básicas não é preciso que delas nasçam logo direitos e deveres” e, ainda, que “pode mesmo dar-se não nasçam nunca”.¹¹⁰ Anota o autor que “para as outras, que são relações intra-jurídicas, (...) o ser e o ter algum efeito hão de, pelo menos, coincidir no início delas”.¹¹¹

¹⁰⁶ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Eficácia – 1ª. Parte. 2ª. edição revista, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). Op. cit., p. 188, na nota de rodapé.

¹⁰⁷ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4ª. edição. São Paulo: Editora RT, 2000, p. 146. 334 p.

¹⁰⁸ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico** – Plano da Eficácia – 1ª. Parte. 2ª. edição revista, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). Op. cit., p. 188, na nota de rodapé.

¹⁰⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., pp. 117-118.

¹¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. 118.

¹¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. 118.

Destaca Pontes de Miranda que “a relação jurídica básica distingue-se da relação intra-jurídica ou eficaz, em que aquela é juridicização de relação, e essa relação só é oriunda da eficácia do fato jurídico”.¹¹² Ainda, salienta o mencionado jurista que “onde os fatos jurídicos ocorrem, todas as relações que deles emanam são eficácia, porém o fato jurídico em si já pode ser relação jurídica” e, ainda, lembra que “quando o fato se fez jurídico, jurídicas fizeram-se as relações que ele implicou” e “só a posteridade disso é que é eficácia”.¹¹³

Pontes de Miranda, tratando da noção de vinculação, diz que “os juristas descuraram o estudo do efeito mínimo, isto é, o efeito que seria o único”, e, ainda, que “se algum ato jurídico tem um efeito, já não é ele totalmente ineficaz”.¹¹⁴ O jurista enuncia que “se o ato jurídico, embora revogável enquanto não ocorre algum fato (e.g., aceitação), está exposto a vincular quem o pratica e, pois, a tornar-se irrevogável, há efeito que é anterior à irrevogabilidade” e, ainda, que “tal efeito, para os atos jurídicos, é o efeito mínimo”.¹¹⁵ Ainda, destaca o referido autor que “quem pratica atos, que entram no mundo jurídico, expõe-se a ele, que é a vinculabilidade”.¹¹⁶

Pensamos que os ensinamentos de Pontes de Miranda dimensionam corretamente o surgimento das noções de relação jurídica e de vinculação jurídica,

¹¹² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., p. 120.

¹¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. Op. cit., pp. 119-120.

¹¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral -Tomo V – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Op. cit., p. 37.

¹¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo V – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Op. cit., p. 38.

¹¹⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo V – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Op. cit., p. 38.

desde a configuração do fenômeno da incidência da norma jurídica, do adentramento ao mundo jurídico e do surgimento do fato jurídico no plano da existência, contrariando entendimentos que subestimam o mesmo plano inaugural e/ou enxergam somente o plano da eficácia.

De outro lado, entende Pietro Perlingieri, falando sobre relação jurídica e ordenamento, que “as situações subjetivas encontram a sua justificação e o seu ponto de confluência na relação jurídica”, que “deve ser colocada ao centro do direito civil”.¹¹⁷ O jurista italiano anota que “na maioria das vezes, a atenção detém-se nas situações individualmente consideradas, independentemente das suas relações, enquanto que seria necessário não se limitar à análise de cada direito e obrigação, mas, sim, examinar as suas correlações”, na medida que “não é suficiente aprofundar o poder atribuído a um sujeito se não se compreendem ao mesmo tempo os deveres, as obrigações, os interesses dos outros”.¹¹⁸ Destaca o autor que “em uma visão conforme aos princípios de solidariedade social¹¹⁹, o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos”.¹²⁰

No sentido apontado Paulo Luiz Netto Lobo, quando aborda a tradição patrimonialista do Direito Civil e as tendências de repersonalização, lembra que “a patrimonialização da relações civis, que persiste nos códigos, no sentido de primazia, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa

¹¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Op. cit., p. 113.

¹¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Op. cit., p. 113.

¹¹⁹ Salientamos que o princípio da solidariedade, referido pelo jurista italiano, é tratado em: MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves.; e MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. (Organizadores). **Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 527-556. 658 p.

¹²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. Op. cit., p. 113.

humana¹²¹, adotados pelas Constituições modernas, inclusive a brasileira (art. 1º, III)” e, ainda, anota que “a repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante”.¹²²

Igualmente, Marcelo Junqueira Calixto, refletindo em torno do conceito de obrigação, seus elementos e fontes, constata que “a doutrina nacional basicamente salienta ser a obrigação um vínculo jurídico que une dois sujeitos, denominados devedor e credor, por força do qual este deve realizar em favor daquele uma prestação, (...) sob pena de coerção judicial”.¹²³ Entende o autor que “a doutrina tradicional via neste vínculo jurídico praticamente um estado de subordinação do devedor, que seria o único responsável pelo adimplemento da obrigação”.¹²⁴ Julga o autor que na doutrina mais recente, “a obrigação deve ser vista sob um aspecto dinâmico e não estático, salientando existir uma verdadeira relação jurídica obrigacional, que tem por conteúdo uma série de direitos e deveres de ambas as partes”.¹²⁵ Anota o mesmo que para a nova doutrina “a obrigação pode ser vista

¹²¹ Destacamos que o princípio da dignidade da pessoa humana, mencionado pelo autor, mereceu exame consistente em: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p.

¹²² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 07. 334 p.

¹²³ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em Torno do Conceito de Obrigação, seus Elementos e suas Fontes. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coordenador). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 01-28, p. 02. 574 p.

¹²⁴ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em Torno do Conceito de Obrigação, seus Elementos e suas Fontes. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coordenador). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Op. cit., p. 04.

¹²⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em Torno do Conceito de Obrigação, seus Elementos e suas Fontes. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coordenador). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Op. cit., pp. 04-05.

como um processo, no qual também o credor assume o dever de cooperar com o adimplemento”.¹²⁶

No rumo indicado, Adilson Ralf Santos entende que a “relação jurídica obrigacional não é uma relação simples, conforme apresenta o Direito Clássico, mas sim uma relação complexa”, na medida que “hoje, uma obrigação tem um vínculo íntimo ligando-a ao desejo das partes, a confiança depositada no contratante que tem o dever de buscar o final planejado para o contrato e, não o podendo, o final que mais se aproxima ao esperado pelas partes”.¹²⁷

Destacamos, pela relevância que ganham os princípios, normas estritas e valores jurídicos para o desenho dos contornos que tomam os fatos jurídicos, a juridicidade, a relação/vinculação jurídica, que os Convênios da Administração Pública, como também o conjunto das relações jurídicas, obrigacionais e contratuais, experimentam, contemporaneamente, as influências decisivas, dentre outras, das seguintes situações e elementos: a consolidação da normatividade constitucional e de perda de seu caráter de normas programáticas, e, ainda, de afirmação dos princípios, normas e valores constitucionais e da aplicação direta e imediata das mesmas, bem como da hegemonia e primazia dos princípios¹²⁸; a subordinação do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional e, ainda, das ações da Administração Pública, aos princípios, dentre outros, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da liberdade, da justiça social, do desenvolvimento nacional, social e regional, do interesse público e social, da participação popular e da cidadania, da legitimidade, da razoabilidade, da proporcionalidade com a vedação de sacrifícios injustos, seja por excessos e abusos, seja por inoperância e

¹²⁶ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em Torno do Conceito de Obrigação, seus Elementos e suas Fontes. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coordenador). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Op. cit., pp. 05-06.

¹²⁷ SANTOS, Adilson Ralf. A Relação Jurídica Obrigacional como Processo. In: **Revista Visão e Ação**, vol.1, n.1, da Faculdade Santa Marta (Internet). São Lourenço/MG: Revista Visão e Ação/Faculdade Santa Marta, 2005, p. 01-02. 24 p.

¹²⁸ Lembramos aqui, dentre outros, alguns dos ensinamentos trazidos, quando Paulo Bonavides (**Curso de Direito Constitucional**. 7ª. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 265. 766 p.) aborda o tema Dos Princípios Gerais de Direito aos Princípios Constitucionais.

omissão, da legalidade, da impessoalidade, da imparcialidade, da moralidade, da probidade, da publicidade, da transparência, da confiança, da boa-fé, da motivação, da economicidade, da eficiência, da eficácia, da responsabilidade, e, ainda, do controle externo, interno, judicial, social, cidadã e popular, como também a promoção dos direitos fundamentais¹²⁹; o fortalecimento de uma visão civil-constitucional baseada na dignidade da pessoa humana e na repersonalização das relações civis¹³⁰ e, ainda, de relações jurídicas, obrigacionais e/ou contratuais baseadas na boa-fé, na probidade, na lealdade, na correção, na confiança, na transparência, na função social, na equidade, na justiça, e, ainda, na responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual, bem como na vedação da lesão, do estado de perigo, do enriquecimento sem causa, da onerosidade excessiva, da abusividade das cláusulas e do abuso de direito.¹³¹

¹²⁹ Os mencionados princípios podem ser encontrados, na doutrina nacional, em uma série de constitucionalistas e administrativistas pátrios. Destacamos, dentre outros: FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª. edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 23-149, 177-237 e 259-311. 367 p.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 86-125 e 825-919. 960 p.

Destacamos, ainda, exames específicos sobre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, inclusive no que se refere aos procedimentos licitatórios, contratuais e de fomento da Administração Pública, presentes em: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006. 582 p.

Salientamos, também, o estudo do princípio da impessoalidade, que trabalha o mesmo princípio em suas variadas dimensões, presente em: ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **Princípio da Impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 414 p.

¹³⁰ Destacamos alguns trabalhos na chamada perspectiva civil-constitucional e da repersonalização das relações civis:

MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: **Revista de Direito Civil** nº 65. São Paulo: Editora RT, 1993, pp. 21-32.;

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 527 p.;

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 11-60. 357 p.

¹³¹ Salientamos obras que tratam dos mencionados princípios e temáticas:

-
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 552 p.;
- NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-Fé, Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. 273 p.;
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 4ª. edição, revista, atualizada e ampliada, de acordo com o Novo Código Civil, 2ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 2004. 1.109 p.;
- SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direitos dos Contratos: Seus Princípios Fundamentais sob a Ótica do Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 166 p.;
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução – De Acordo com o Novo Código Civil**. 2ª. edição, revista e atualizada, 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2004. 328 p.;
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Editora RT, 1ª. edição, 2ª; tiragem, 2000. 544 p.;
- NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos Para Uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 305 p.;
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: De Acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. 217 p.;
- MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado**. São Paulo: Editora RT, 2002. 861 p.;
- MORAES, Renato José de. **Cláusula Rebus Sic Stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001. 320 p.;
- BORGES, Nelson. **A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil: Com Referências ao Código Civil de 1916 e ao novo Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002. 824 p.;
- NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento Sem Causa: De Acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. 451 p.;
- BECKER, Anelise. **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000. 215 p.;
- MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão Contratual no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 307 p.;
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. 246 p.;
- USTÁRROZ, Daniel. **A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. 200 p.;
- TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 589 p.;
- TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. 2ª. edição revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 507 p.;
- TEPEDINO, Gustavo. (Coordenador). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 574 p.;

Destacamos, pela importância dos princípios, normas estritas e valores jurídicos para a configuração do fato jurídico, da juridicidade, da relação/vinculação jurídica, nos planos da existência, da validade e eficácia, que os Convênios da Administração Pública sofrem a incidência concreta de muitas estipulações constitucionais e infraconstitucionais.

Salientamos, no âmbito das estipulações constitucionais pátrias, que os Convênios da Administração Pública recebem a concreta incidência, por exemplo, das estipulações presentes no art. 1º, no art. 3º, no art. 37, caput, incisos XXI, §§ 4º, 5º e 6º, no art. 70, caput e parágrafo único, no art. 71, caput, Incisos II, VI e VIII, como também no art. 199, § 1º., da Constituição Federal de 1988. Nos dispositivos constitucionais mencionados temos a afirmação, somente para lembrar, de uma grande parcela dos princípios antes referidos que balizam o ordenamento jurídico nacional e as ações da Administração Pública.

Lembramos que, no âmbito das determinações infraconstitucionais, os Convênios da Administração Pública recebem a incidência dos princípios, normas estritas e valores que se manifestam, somente para lembrar: no art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93; nas estipulações, no que couber, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e Contratos Administrativos, e, ainda, da Lei Federal nº 4.320/64, Do Direito Financeiro, Orçamentário e de Contabilidade Pública, como também da Lei Complementar nº 101/00, Da Responsabilidade Fiscal; nos arts. 10 e 68 a 93, do Decreto-Lei nº 200/67, da Reforma da Administração Federal; nas Leis de Diretrizes Orçamentárias, como acontece nos artigos 30 a 56, da Lei Federal nº 11.178/05, Das Diretrizes para a Elaboração Orçamentária de 2006, e nos arts. 29 a 54, da Lei Federal nº 10.934/04, Das Diretrizes para a Elaboração Orçamentária de 2005; nos arts. 48 a 66, do Decreto Federal nº 93.872/86; e da Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios.

Pensamos que, à luz do enumerado ao longo do presente trabalho, sobretudo na esfera doutrinária e legal, são errôneas compreensões que não

LÔBO, Paulo Luiz Netto.; e LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (Coordenadores). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. 338 p.;

SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 271 p.;

SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p.

enxergam que os Convênios da Administração Pública, tendo em vista os princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais existentes no sistema jurídico pátrio, se constituem em fatos jurídicos e adentram o mundo jurídico e, ainda, estabelecem relações/vinculações jurídicas e relações/vinculações jurídicas obrigacionais, como regra, no plano da existência, validade e eficácia, do que deriva, em princípio, direitos, deveres, pretensões, obrigações e, quando necessário ou couber, ações, exceções, responsabilizações, sanções e/ou penalizações.

De outro lado, destacamos que têm impacto relevante sobre os debates que se travam em torno dos chamados Convênios da Administração Pública, dentre os elementos trazidos, a nítida superação, nos dias atuais, dos entendimentos que concebiam para as normas constitucionais uma dimensão onde estavam ausentes a normatividade e/ou a juridicidade e para as quais se atribuíam um caráter restritamente político e/ou programático, na medida em que também nas citadas concepções se nutriam exames que consideram os mesmos ajustes como meras declarações, protocolos, pautas e/ou acordos de intenções, programáticos e/ou políticos, onde, como regra, não se configuraria, ou se configuraria precariamente, os fatos jurídicos, a juridicidade, as relações/vinculações jurídicas e obrigacionais, como também direitos, deveres, pretensões, obrigações e, quando couber, ações e exceções, responsabilizações, sanções e penalizações.

Igualmente, julgamos, por tudo que foi dito ao longo do trabalho, que devem ser afastadas quaisquer dúvidas no que se refere à relação e vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, bem como no que diz respeito a sua consistência, quando da ocorrência de ajustes, onde estejam ausentes a bilateralidade, a onerosidade, a comutatividade, a reciprocidade de obrigações, a correlação direta e imediata direito/dever e/ou pretensão/obrigação, a divergência de interesses, objetivos e/ou resultados pretendidos. O nosso sistema jurídico e os sistemas jurídicos modernos e contemporâneos, na medida em que admitem a existência de contratos e ajustes unilaterais, gratuitos, com ausência de comutatividade e/ou de correlação direta e imediata, com inexistência de obrigações recíprocas, e, ainda, com convergência e paralelismo de interesses, objetivos e/ou resultados pretendidos, reconhecem a ocorrência nos mesmos contratos e/ou acordos, no mínimo implicitamente, a existência nos mesmos de fatos jurídicos, juridicidade, relações e vinculações jurídicas, obrigacionais e/ou contratuais.

Igualmente, consideramos errôneos os entendimentos que consideram que nos Convênios da Administração Pública, tendo em vista a possibilidade de denúncia, em princípio não se configuraria ou se configuraria precariamente, as noções de juridicidade, fatos jurídicos, relação/vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações, exceções, responsabilizações, sanções e penalizações.

6.4. DA COMPREENSÃO SOBRE A CONSISTÊNCIA DAS ESTIPULAÇÕES RELATIVAS A DIREITOS, DEVERES, PRETENSÕES E OBRIGAÇÕES ENTRE OS PARTÍCIPIES DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COMO TAMBÉM EM RELAÇÃO À POSSIBILIDADE DE AÇÕES, EXCEÇÕES, RESPONSABILIZAÇÕES, SANÇÕES E PENALIZAÇÕES DOS MESMOS

Constatamos que objetando idéias presentes na doutrina, parte relevante da mesma entende, com diferentes conteúdos, que nos Convênios da Administração Pública temos direitos, deveres, pretensões e obrigações entre os partícipes, bem como a possibilidade, quando e se couber, de ações, exceções, responsabilizações, sanções e penalizações para os mesmos, do que decorre o acatamento nos mencionados ajustes, mesmo que implicitamente, das noções de vinculação jurídica e/ou obrigacional entre os partícipes,

Pedro Durão, quando se refere aos princípios específicos da cooperação administrativa, enuncia o princípio do ingresso livre e voluntário no ato convenial ou consorcial, onde destaca a “possibilidade de ingresso (...) sem qualquer meio imperativo e a possibilidade de afastamento sem designação de penalidades”.¹³² Ao mesmo tempo que constata que “têm-se observado minutas de convênio inócuas, delineando cláusulas sancionadoras à saída de partícipes”.¹³³

¹³² DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 31. 244 p.

¹³³ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Op. cit., p. 31.

Porém, entende Pedro Durão que a cooperação administrativa aproveita todos os princípios “inerentes a Administração Pública como um todo, até mesmo os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, enunciados pelo art. 37 da atual Constituição Federal”.¹³⁴ Lembra também “os princípios da descentralização, controle ou tutela, continuidade do serviço público, finalidade, controle judicial dos atos administrativos, dentre outros diversos, caracterizados como princípios administrativos”.¹³⁵ Ainda, considera que “além disso, defluem outros princípios informadores da licitação e dos contratos, hauridos na doutrina e na Lei 8.666/93, estando estes apoiados na amplitude do interesse público”.¹³⁶

Igualmente, pensa Pedro Durão que as partes se vinculam ao “ajuste administrativo formulado”.¹³⁷ O mesmo autor registra que “o Estado não pode eximir-se de reparar o prejuízo provocado por seus atos, mesmo porque este ente é solidário aos vícios cometidos por qualquer dos partícipes”.¹³⁸

Pedro Durão assevera que:

A Constituição Federal cidadã homenageou o princípio da moralidade como uma das regras norteadoras da Administração Pública, inclusive para proporcionar a reparação por danos provocados ou para impor conduta proba ao agente público que represente qualquer partícipe acima esboçado. Assim, surgiu a lei 8.429/92 com abrangência a toda e qualquer pessoa que se envolva com a Administração Pública, principalmente por enriquecimento

¹³⁴ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 30.

¹³⁵ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 30.

¹³⁶ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 30.

¹³⁷ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 32.

¹³⁸ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 32.

ilícito ou locupletamento ilícito, até para caracterizar as espécies legais de improbidade administrativa.

Enfim, digno de nota é apontar a responsabilidade daqueles envolvidos no ajuste administrativo que patrocinam o desejo da coletividade com desvio ou desonestidade, com o fito de penalizar o ofensor dos princípios gerais da pública administração e para que não haja prejuízo patrimonial ao erário.¹³⁹

Anota Bruno Nubens Barbosa Miragem que a natureza do vínculo entre os partícipes “é um dos pontos mais delicados” no exame dos institutos do Convênio e do Consórcio Administrativo.¹⁴⁰ Destaca o autor que é “da natureza de todo e qualquer ajuste de vontades, contratual ou não, que as partes gozem de legítima expectativa quanto à ação das demais”, como também adverte que se assim não for, “razão mesmo faltaria ao ajuste”.¹⁴¹

Bruno Miragem, no que se refere à responsabilidade dos partícipes, identifica que, “de um lado, a responsabilidade pelas obrigações ajustadas, as prestações positivas ou negativas celebradas no instrumento de convênio ou consórcio”, onde “parece indiscutível a responsabilidade das partes”, compreensão que inclusive conta “com sede jurisprudencial”.¹⁴² ¹⁴³ O autor registra que “de outra

¹³⁹ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 32-33.

¹⁴⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Convênios e Consórcios Administrativos: Instrumentos Jurídicos do Federalismo Brasileiro. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, a. 4, n. 46, out. 2000, p. 05. 15 p. Encontrado em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=457>>. Acesso em 19/05/2006.

¹⁴¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Convênios e Consórcios Administrativos: Instrumentos Jurídicos do Federalismo Brasileiro. In: **Jus Navegandi** (Internet). Op. cit., p. 05

¹⁴² O autor traz o Recurso Especial nº 21587/BA, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, decisão unânime, em 09 de novembro de 1994, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado DJU 28.11.1994, p. 32601. A Ementa do Recurso diz o que segue: “Processual civil. Ação proposta por Estado contra Município, visando responsabilizar o réu por descumprimento de convênio. I. O Município é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda que lhe move o Estado, visando o reembolso de quantia relativa a convênio celebrado com o réu, sob a alegação de que foi por este descumprido. II – Recurso Especial conhecido e provido”.

A mencionada jurisprudência do Superior Tribunal pode ser encontrada no site www.stj.gov.br.

parte, a responsabilidade propriamente administrativa, vinculada aos deveres do administrador, e que se refere à prestação de contas do gestor de todo e qualquer recurso público, conforme, aliás, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pródiga em referir”.^{144 145}

Entende Bruno Miragem “artificioso o argumento da inexistência do vínculo para eximir a responsabilidade obrigacional”, ao mesmo tempo que anota o autor que “a noção de vínculo (...) afastada é a que preside a adesão ou manutenção ao pacto”.¹⁴⁶

Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres entende que “não há que falar em denúncia a qualquer momento como consequência distintiva entre o convênio e o contrato, mas sim em inadmissibilidade de imposição de multa para a hipótese de denúncia em convênio”, ao passo que considera que a recusa em admitir a multa devido a denúncia, não descarta a “obrigatoriedade de reparação dos prejuízos eventualmente causados aos demais partícipes”, como também não afasta a “responsabilidade pelas obrigações assumidas”.¹⁴⁷

¹⁴³ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Convênios e Consórcios Administrativos: Instrumentos Jurídicos do Federalismo Brasileiro. In: **Jus Navegandi** (Internet). Op. cit., p. 05.

¹⁴⁴ O autor destaca decisões do Tribunal de Contas da União presentes em: SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Os Convênios Administrativos – Convênio – Contrato Administrativo – Consórcio Administrativo – Constituição Federal – Decreto-lei 2.300/86 e Legislação Pertinente – Doutrina e Jurisprudência do TCU. In: **Revista dos Tribunais** – Vol. 669. São Paulo: Editora RT, ano 80, julho de 1991, pp. 39-46, pp. 42-44.

¹⁴⁵ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Convênios e Consórcios Administrativos: Instrumentos Jurídicos do Federalismo Brasileiro. In: **Jus Navegandi** (Internet). Op. cit., p. 05.

¹⁴⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Convênios e Consórcios Administrativos: Instrumentos Jurídicos do Federalismo Brasileiro. In: **Jus Navegandi** (Internet). Op. cit., p. 05.

¹⁴⁷ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Torres. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Op. cit., p. 321.

Entende Marcos Juruena Villela Souto, que “embora a livre adesão e a livre denúncia sejam características do convênio, poderá ser imposta obrigação ao partícipe denunciante de recompor os prejuízos decorrentes do inadimplemento de sua parcela de cooperação”.¹⁴⁸

Celso Antonio Bandeira de Mello, em Parecer relativo à disputa entre um Estado-Membro e a União, considera, diante de um convênio que instaura relação que pode ser considerada comutativa e onerosa e, ainda, de colaboração recíproca entre os partícipes, que não se justificam os prejuízos causados e/ou o locupletamento da segunda em relação ao primeiro partícipe, cabendo ao prejudicado ampla indenização. Justifica as conclusões do seu Parecer especialmente nos princípios da boa-fé, da lealdade, da confiança, do relativo equilíbrio e da proibição de locupletamento nos ajustes comutativos, onerosos e de colaboração recíproca, como também da prevalência do interesse público primário, que transcendem aos meros interesses do aparelho da Administração.¹⁴⁹

Destaca Odete Medauar, no que diz respeito a responsabilidade nos Convênios, que:

A celebração de convênios e consórcios sujeita-se a todos os princípios e normas incidentes sobre as atividades da Administração Pública, no que for compatível com o teor dessas figuras. Assim, por exemplo, é ilegal um convênio que envolve delegação de competência vedada pelo ordenamento. Ou o convênio celebrado com desvio de finalidade, por não visar a fins de interesse público. Ou o convênio que implique improbidade administrativa, tais como previsto na Lei nº 8.429, de 02/06/92, sobretudo no art. 10, caput e incisos VII e VIII.

Da responsabilização de autoridades e servidores por convênios e consórcios viciados decorrem sanções antevistas no ordenamento. Ex.: havendo ação popular procedente decorrerá ressarcimento ao erário

¹⁴⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões** - Concessões – Terceirizações – Convênios, Consórcios e Acordos – Outras Formas de Gestão Associada. 5ª. edição, sistematizada, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 441. 487 p.

¹⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Parecer, de 26 de setembro de 1983. Interesse Público Primário e Secundário – Convênio entre União e Estado – Dever de Indenização. In: **Revista de Direito Público**, nº 75. Op. cit., pp. 55-61.

público do montante do dano; verificada improbidade administrativa, o responsável sujeita-se às cominações arroladas na Lei nº 8.429/92.

Também é possível cogitar-se de responsabilização dos executores do convênio, por danos a terceiros ou por danos decorrentes da má execução.¹⁵⁰

Anotamos que o jurista espanhol José Maria Rodríguez da Santiago, traz interessantes exames do jurista alemão Willibalt Apelt, onde o último, referindo-se às relações entre as corporações vinculadas aos órgãos de governo, entende de forma pertinente que os ajustes devem sempre ser criados com o objetivo de criar relações jurídicas consistentes e com a possibilidade de proteção jurídica adequada em situações de conflito.

O autor mencionado, no rumo apontado, diz que:

Não é possível, portanto, construir tais relações exclusivamente sobre a base do espírito cívico da outra parte, e tais acordos se celebram sempre com a incontestável intenção de criar sólidas relações jurídicas, das quais resultem direitos entre os contratantes, que em caso de conflito não podem carecer de proteção jurídica".^{151 152}

Verificamos que, pondo em discussão os ponto de vista indicados, parcela importante da jurisprudência pátria, a começar pelos Tribunais Superiores, reconhecem, pelo conteúdo de suas decisões, que nos Convênios da Administração Pública temos direitos, deveres, pretensões e obrigações, como também a possibilidade, quando e se couber, de ações, exceções, responsabilizações, sanções e penalizações para os mesmos, o que significa o reconhecimento implícito da ocorrência nos citados ajustes da vinculação jurídica e/ou obrigacional entre os partícipes.

¹⁵⁰ MEDUAR, Odete. Artigo Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, Vol. 2. São Paulo: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos, junho de 1996, pp. 69-89, pp. 86-87.

¹⁵¹ APELT, Willibalt. **Der verwaltungsrechtliche Vertrag**. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht. Leipzig, 1920, pp. 211-212.

¹⁵² SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 46. 434 p.

O Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 24.328-7-Distrito Federal, pelo seu Tribunal Pleno, em processo que teve como Relator o Ministro Ilmar Galvão, decidiu, por unanimidade de votos, em 24/10/2002, indeferir a segurança, nos seguintes termos:

Prefeito Municipal. Convênio com Governo Federal. Prestação de Contas. Condenação Imposta pelo Tribunal de Contas. Alegada Violação aos arts. 5º e 37 da Constituição Federal.

A Corte de Contas, levando em consideração o montante das verbas federais repassadas ao Município de (...) durante a gestão do impetrante, concluiu por sua responsabilidade na administração de tais recursos, não havendo falar em contrariedade aos princípios da isonomia, legalidade, moralidade e impessoalidade pelo simples fato de o convênio em questão haver sido firmado pelo Prefeito antecessor.

Mandado de segurança indeferido.¹⁵³

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 232.093-8 - Ceará, pela sua Primeira Turma, em processo que teve como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, decidiu, por unanimidade de votos, em 28/03/2000, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, como segue:

Justiça Federal: competência: julgamento de agente público municipal por desvio de verbas repassadas pela União para realizar incumbência privativa da União – a eles delegada mediante convênio ou não – ou de interesse comum da União e da respectiva unidade federada, como ocorre em recursos destinados à assistência social (CF, art. 23, II e X).¹⁵⁴

¹⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 24.328-7- Distrito Federal - Tribunal Pleno, unanimidade de votos, em 24/10/2002. Relator Ministro Ilmar Galvão. Prefeito Municipal. Convênio com Governo Federal. Prestação de Contas. Condenação Imposta pelo Tribunal de Contas. Alegada Violação aos arts. 5º e 37 da Constituição Federal. Indeferir a Segurança. In: **Supremo Tribunal Federal** (Internet) – Jurisprudência – Inteiro Teor de Acórdão. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2002, pp. 307-313. 07 p. Encontrado no site www.stf.gov.br. Acesso em 02/04/2006.

¹⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 232.093-8 – Ceará - Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão, por unanimidade de votos, em 28/03/2000. Justiça Federal: competência: julgamento de agente público municipal por desvio de verbas repassadas pela União para realizar incumbência privativa da União – a eles delegada mediante convênio ou não – ou de interesse comum da União e da respectiva unidade federada, como ocorre em recursos destinados à assistência social (CF, art. 23, II e X. Conhecer do recurso e dar-lhe provimento. In: **Supremo Tribunal Federal** (Internet) – Jurisprudência – Inteiro Teor de Acórdão.

O Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 80.867-1 – Piauí, pela sua Primeira Turma, em processo que teve como Relatora a Ministra Ellen Gracie, por maioria de votos, deferir, em parte, o pedido de *Habeas Corpus*, nos termos do voto da Relatora, como segue:

Habeas Corpus. Crime previsto no art. 2º, I, do Decreto-lei nº 201/67. Prefeito Municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI, da CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a Competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV, da CF). Havendo concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes. Precedentes citados: HHCC nºs. 68.399, 74.788 e 78.728.¹⁵⁵

A Ministra Ellen Gracie, em seu Voto, enuncia que::

(...) entendo eu, revendo a minha própria posição sobre o assunto quando juíza do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, que o fato de a verba ser proveniente da União, somada à previsão contida no art. 71, VI, da CF, de que qualquer recurso repassado por ela sujeita-se à fiscalização pelo TCU, cuja execução se dá nos termos da legislação citada¹⁵⁶, é suficiente para

Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, pp. 1251-1258. 08 p. Encontrado no site www.stf.gov.br. Acesso em 02/04/2006.

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 80.867-1 – Piauí - Primeira Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão, por maioria de votos, deferindo, em parte, o pedido de *Habeas Corpus*, em 18 de dezembro de 2001. Crime previsto no art. 2º, I, do Decreto-lei nº 201/67. Prefeito Municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI, da CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a Competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV, da CF). Havendo concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes. Precedentes citados: HHCC nºs. 68.399, 74.788 e 78.728. In: **Supremo Tribunal Federal** (Internet) – Jurisprudência – Inteiro Teor de Acórdão. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2001, pp. 531-539. 09 p. Encontrado no site www.stf.gov.br. Acesso em 30/04/2006.

¹⁵⁶ A Ministra Ellen Gracie, no seu voto, destaca: a Lei Federal nº 8.443/92, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - TCU, art, 41, IV; e o Regimento Interno do TCU, aprovado Resolução Administrativa TCU 15/93, no art. 6º, inciso VII, no art. 148 e no art. 199.

evidenciar que o interesse da União ou de entidade a ela vinculada fica agregado ao recurso repassado, pois sua aplicação permanece a mercê da fiscalização do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso Nacional. Tal circunstância acarreta, conseqüentemente, a competência da Justiça Federal para o julgamento de crimes como o presente¹⁵⁷, nos termos do art. 109, IV, da CF.

Tendo sido o paciente acusado também pela prática dos crimes capitulados no art. 90 da Lei 8.666/93 e no art. 12, II, da Lei 8.492/92, em relação a eles também deve ser processado pela Justiça Federal, diante do entendimento fixado nesta Corte de que, na hipótese de concurso de infrações penais, a competência da Justiça Federal para uma delas arrasta, por conexão, a competência para o processo das demais (...)¹⁵⁸

O Superior Tribunal de Justiça, no Agravo de Instrumento nº 334.711 – Sergipe (2000/0100837-4), que teve como Relator o Ministro Milton Luiz Pereira, decidiu, em 12 de fevereiro de 2001, pelo provimento do Recurso, nos seguintes termos:

Processual Civil. Convênio. Recurso Federal Desviado. Interesse Comum (União e Município). Legitimação Ativa Concorrente. Extinção do Processo (art. 267, VI, CPC). Recurso Provido.

1. Decorrente de convênio, transferida verba federal para o Município executar obras específicas, o desvio de finalidade enseja a ação para o ressarcimento. Existindo interesse comum, o Município tem legitimação ativa e, se a União intervir na relação processual, desponta a competência da Justiça Federal 150/STJ).

2. Recurso provido.¹⁵⁹

¹⁵⁷ No seu voto, a Ministra Ellen Gracie, fala do art. 2º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201/67, Dos Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores.

¹⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 80.867-1 – Piauí - Primeira Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão, por maioria de votos, deferindo, em parte, o pedido de *Habeas Corpus*, em 18 de dezembro de 2001. In: **Supremo Tribunal Federal** (Internet) – Jurisprudência – Inteiro Teor de Acórdão. Op. cit., pp. 536-537.

¹⁵⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento nº 334.711 – Sergipe (2000/0100837-4). Relator Ministro Milton Luiz Pereira. Decisão, em 12 de fevereiro de 2001, pelo provimento do Recurso. Processual Civil. Convênio. Recurso Federal Desviado. Interesse Comum (União e Município). Legitimação Ativa Concorrente. Extinção do Processo (art. 267, VI, CPC).

O mesmo Superior Tribunal de Justiça, no Agravo de Instrumento nº 326.896 – SE (2000/0084550-7), que teve como Relator o Ministro Franciulli Netto, decidiu, em 10 de fevereiro de 2003, pelo provimento do Recurso, no seguinte sentido:

Agravo de Instrumento. Processual Civil. Recurso Federal Desviado. Legitimidade Ativa do Município. Recurso Provido (Art. 544, § 3º).¹⁶⁰

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Reexame Necessário no Processo nº 1.0017.02.002329-1/001(1), que teve como Relatora a Desembargadora Maria Elza, decidiu a Quinta Câmara Cível do mesmo Tribunal, por unanimidade de votos, em 28 de abril de 2005, reformar a sentença, em reexame necessário, como segue:

Repasse de Verbas. Despesa Pública. Ação de Ressarcimento em Face de Anterior Administração Municipal. Legitimidade Ativa *Ad Causam* e Interesse de Agir do Ente Local da Federação. Precedente do Superior Tribunal de Justiça.

Estando o Município impedido de receber novos repasses de verbas do Estado-membro e/ou da União pela não prestação de contas de verbas que lhe foram anteriormente repassadas tem ele, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, legitimidade *ad causam* e interesse de agir contra aquele a quem incumbiria realizar a devida prestação de contas.¹⁶¹

Recurso Provido. In: **Superior Tribunal de Justiça** (Internet). Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2001, p. 01. 02 p. Encontrado no site: www.stj.gov.br. Acesso em 01/05/2006.

¹⁶⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento nº 326.896 (2000/0084550-7). Relator Ministro Franciulli Netto. Decisão, em 10 de fevereiro de 2003, pelo provimento do Recurso. Agravo de Instrumento. Processual Civil. Recurso Federal Desviado. Legitimidade Ativa do Município. Recurso Provido (Art. 544, § 3º). In: **Superior Tribunal de Justiça** (Internet). Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2003, p. 01. 02 p. Encontrado no site: www.stj.gov.br. Acesso em 01/05/2006.

¹⁶¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Reexame Necessário no Processo nº 1.0017.02.002329-1/001(1). Relatora Desembargadora Maria Elza. Decisão da Quinta Câmara Cível, em 28 de abril de 2005, de Reformar a Sentença, no Reexame Necessário. Repasse de Verbas. Despesa Pública. Ação de Ressarcimento em Face de Anterior Administração Municipal. Legitimidade Ativa *Ad Causam* e Interesse de Agir do Ente Local da Federação. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. In: **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Jurisprudência - Inteiro Teor** (Internet). Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2005, p. 01. 07 p. Encontrado site: www.tjmg.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Reexame Necessário no Processo nº 1.0024.03.964418-2/001(1), que teve como Relator o Desembargador Eduardo Andrade, decidiu, através da sua Primeira Câmara Cível, por unanimidade de votos, reformar parcialmente a sentença no reexame necessário, como segue:

Convênio Firmado entre Município e Estado de Minas Gerais. Ausência do Cumprimento dos Termos do Convênio. Dever de Ressarcimento Imposto à Municipalidade.

Considerando que não foram prestadas as contas das duas últimas parcelas do convênio para se demonstrar a correta aplicação dos recursos financeiros, impõe-se a aplicação da penalidade prevista no termo de convênio consubstanciada no dever do Município conveniado devolver o respectivo numerário recebido do Estado de Minas Gerais. (...)¹⁶²

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível/Reexame Necessário no Processo nº 1.0024.03.129892-0/002(1), que teve como Relatora a Desembargadora Maria Elza, decidiu, através de sua Quinta Câmara Cível, em 18 de agosto de 2005, confirmar a Sentença, em reexame necessário, como segue:

Administrativo. Convênio. Prestação de Assistência à Saúde. Administração Direta. Fundação de Direito Privado. Responsabilidade Objetiva. Presentes os Requisitos para Configuração.

Aplica-se a responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, ao dano causado a administrado por pessoa jurídica de direito privado, que celebrou convênio administrativo com a administração direta para cooperação governamental.¹⁶³

¹⁶² TRIBUNAL DE JUSTÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Reexame Necessário no Processo nº 1.0024.03.964418-2/001(1). Relator Des. Eduardo Andrade. Decisão da Primeira Câmara Cível, em 07 de dezembro de 2004, de Reformar Parcialmente a Sentença, no Reexame Necessário. Convênio Firmado entre Município e Estado de Minas Gerais. Ausência do Cumprimento dos Termos do Convênio. Dever de Ressarcimento Imposto à Municipalidade. In: **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** – Jurisprudência - Inteiro Teor (Internet). Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2004, p. 01. 03 p. Encontrado site: www.tjmg.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

¹⁶³ TRIBUNAL DE JUSTÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível/Reexame Necessário. Processo nº 1.0024.03.129892-0/002(1). Relatora Des. Maria Elza. Decisão da Quinta Câmara Cível, em 18 de agosto de 2005, por unanimidade, confirmar a sentença, no Reexame Necessário.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível no Processo 2002.001.29354, que teve como Relator o Desembargador Ivan Cury, decidiu, através da Décima Câmara Cível, em 13 de maio de 2003, acatar parcialmente o Recurso, nos seguintes termos:

Responsabilidade Civil Médica. Infecção Hospitalar. Responsabilidade Objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Aplicação da Regra do Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e Artigos 14, 22 e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.

A Teoria do Risco Administrativo, consagrada em, sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Inequívoca é a responsabilidade médica quando instala-se no lesado infecção hospitalar. Nexo de causalidade comprovado por perícia. Havendo Convênio entre a unidade hospitalar onde a parte submeteu-se a cirurgia que lhe infectou e o Município, pessoa jurídica de direito público interno, para a prestação do serviço público de saúde, há entre ambos, solidariedade pelos danos causados à parte. Indenização. Dano Moral. Majoração. Infecção hospitalar contraída na unidade hospitalar conveniada, a qual deixou seqüela definitiva, infertilidade em mulher jovem, na forma do laudo pericial, há que ser adequada a concessão de verba a título de dano moral, em valor que realmente atinja a finalidade de lei. Danos morais fixados em R\$50.000, 00 (cinquenta mil reais), o que atende aos critérios da razoabilidade, exemplariedade e solidariedade ínsitos na imputação de dano moral. Recurso parcialmente provido.¹⁶⁴

Administrativo. Convênio. Prestação de Assistência à Saúde. Administração Direta. Fundação de Direito Privado. Responsabilidade Objetiva. Presentes os Requisitos para Configuração. In: **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais** – Jurisprudência - Inteiro Teor (Internet). Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2005, p. 01. 08 p. Encontrado site: www.tjmg.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

¹⁶⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível no Processo 2002.001.29354. Relator o Desembargador Ivan Cury. Decisão, da Décima Câmara Cível, em 13 de maio de 2003, que acata parcialmente o Recurso. Responsabilidade Civil Médica. Infecção

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível do Processo nº 2000.001.21381, que teve como Relator o Desembargador Ademir Pimentel, decidiu, através da Décima Quarta Câmara Cível, em 25 de setembro de 2001, dar provimento parcial ao Recurso, como segue:

Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa.

Secretaria de Educação Município de (...), que numa prática conjunta com a sua Assessora, burla termos de Convênio entre aquele Município e a Secretaria de Estado da Educação, e desviando de seus propósitos num ato de reprovável e ainda que involuntário clientelismo político autorizaram a entrega de óculos a pessoas maiores e não estudantes da rede pública de ensino que não eram, nos termos convenientes, destinatários do benefício.

Ressarcimento dos danos que não afasta a prática de Improbidade Administrativa, ao contrário a caracteriza. Aplicação da pena prevista no Art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.

Provimento Parcial do Recurso.¹⁶⁵

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível Processo nº 70005134754, que teve como Relator o Desembargador Roque Joaquim Volkweiss e que contou com a participação dos Desembargadores Antonio Janyr Dall'Agnol Junior (Presidente/Revisor) e Arno Werlang, decidiu, através da Segunda Câmara Cível, por unanimidade, em 03 de setembro de 2003, negar provimento, como segue:

Direito Administrativo. Ação de Indenização e Ressarcimento de Recursos do Fundo de Desenvolvimento da Educação.

Hospitalar. Responsabilidade Objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Aplicação da Regra do Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e Artigos 14, 22 e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** – Jurisprudência (Internet). Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2003, p. 01. 01 p. Encontrado site www.tj.rj.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

¹⁶⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível no Processo nº 2000.001.21381. Relator Des. Ademir Pimentel. Decisão da Décima Quarta Câmara Cível, em 25 de setembro de 2001, que deu provimento parcial ao Recurso. Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** – Jurisprudência (Internet). Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2001, p. 01. 01 p. Encontrado site www.tj.rj.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

É responsável, perante o Poder Público, ex-Prefeito Municipal pelo emprego irregular de verba decorrente de convênio firmado, durante seu mandato, com a Administração Federal visando ao fornecimento de merenda aos estudantes da rede pública municipal dos níveis pré-escolar e ensino fundamental.

É irregular a contratação de funcionários da própria municipalidade com os recursos disponibilizados, sem autorização no instrumento do convênio e plano de trabalho.

Recurso desprovido. Unânime.¹⁶⁶

Pensamos que as decisões enunciadas são uma pequena amostra de como têm sido tratados, pelos nossos Tribunais Superiores e por inúmeros Tribunais de Justiça dos Estados, alguns temas que envolvem os Convênios da Administração Pública.

Julgamos, igualmente, que nos mencionados pronunciamentos do Poder Judiciário fica nítido o estabelecimento nos Convênios da Administração Pública de direitos, deveres, obrigações e pretensões entre os partícipes, ensejando, quando necessário, ações, exceções, responsabilizações, sanções e penalizações, atingindo pessoas e entidades partícipes, e/ou, ainda, alcançando os agentes públicos responsáveis pelas pessoas ou entidades partícipes onde ocorram irregularidades, e/ou, também, abrangendo todos os que intervenham irregularmente nos mesmos ajustes. Tais manifestações significam também o reconhecimento implícito de que nos mesmos ajustes se configuram vínculos jurídicos e obrigacionais entre os partícipes dos Convênios da Administração Pública.

Entendemos que os princípios, normas estritas e valores presentes na Constituição Federal de 1988, sobretudo no art. 37, caput, incisos XXI, §§ 4º, 5º e 6º, no art. 70, caput e parágrafo único, e no art. 71, caput, incisos II, VI e VIII, como também as disposições infraconstitucionais que os configuram, desautorizam

¹⁶⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Processo nº 70005134754. Relator Desembargador Roque Joaquim Volkweiss e participação do Desembargador Antonio Janyr Dall'Agnol Junior (Presidente/Revisor) e do Desembargador Arno Werlang. Decisão da Segunda Câmara Cível, por unanimidade, em 03 de setembro de 2003, negou provimento. Direito Administrativo. Ação de Indenização e Ressarcimento de Recursos do Fundo de Desenvolvimento da Educação. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Jurisprudência de Inteiro Teor** (Internet). Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2003, p. 01. 05 p. Encontrado site www.tj.rs.gov.br. Acesso em 02/05/2006.

entendimentos que vejam os Convênios da Administração Pública como pactos de natureza precária, e/ou onde estejam ausentes a vinculação jurídica e obrigacional entre os partícipes, e/ou, ainda, que enxerguem os mesmos como limitados no que se refere à estipulação de direitos, deveres, pretensões, obrigações entre os partícipes, e/ou, também, no estabelecimento, quando couber, de ações, exceções, responsabilizações, de sanções e de penalizações dos partícipes e/ou de terceiros que intervenham irregularmente nos procedimentos dos mesmos ajustes.

Julgamos que o descrédito dos mencionados entendimentos, decorrem, dentre outros motivos, do fato de que as normas constitucionais antes referidas afirmam, por exemplo: os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade, da publicidade, da eficiência e da economicidade; a isonomia entre licitantes e contratantes; a responsabilidade civil objetiva do Estado e das prestadoras de serviços públicos pelos danos de seus agentes¹⁶⁷; a punição pelos atos de improbidade e outros ilícitos; do ressarcimento

¹⁶⁷ A questão nos remete ao exame de obras e artigos, clássicos e contemporâneos, que, além das obras de cunho mais didático, desenvolvem, na doutrina pátria, o tema responsabilidade civil e responsabilidade civil do Estado. Destacamos:

DIAS, José de Aguiar Dias. **Da Responsabilidade Civil** – Volumes I e II. 10ª. edição, 4ª. tiragem, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 906 p.;

MARTINS-COSTA, Judith. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, vol. 93, ano 15. São Paulo: Editora Jurid Vellenich, outubro 1991, pp. 29-52.;

NORONHA, Fernando. Responsabilidade Civil: Uma Tentativa de Ressistematização. In: **Revista de Direito Civil**, nº 64, ano 17. São Paulo: Editora RT, abril-junho de 1993, pp. 12-47.;

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil. In: **Revista dos Tribunais**, Volume 761, ano 88. São Paulo: Editora RT, março de 1999, pp. 31-44. 832 p.;

NORONHA, Fernando. Âmbito da Responsabilidade Civil. In: **Revista Trimestral de Direito Civil** – RTDC, vol. 12, ano 3. Rio de Janeiro: Padma, outubro-dezembro de 2002, pp.39-58.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 151-198. 271 p.;

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações** – Fundamentos das Obrigações – Introdução à Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. 718 p.;

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado** – Tomos I e II. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. 812 p.;

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade do Estado**. 2ª. edição ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1995. 679 p.;

dos danos; da prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário, ressalvada a imprescritibilidade das respectivas ações de ressarcimento¹⁶⁸; a prestação de contas

FREITAS, Juarez (Organizador). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. 352 p.;

FREITAS, Juarez. Responsabilidade Civil Objetiva do Estado: Exegese do Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. In: **Veritas**, vol. 37, nº 146. Porto Alegre: PUCRS, junho de 1992, pp. 161-320, pp.233-242.;

FREITAS, Juarez. O Estado, a Responsabilidade Extracontratual e o Princípio da Proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenador). **Jurisdição e Direitos Fundamentais** - Anuário 2004/2005 – Volume I, Tomo I – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado/AJURIS, 2006, pp. 179-196.;

FREITAS, Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. In: FREITAS, Juarez (Organizador). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, pp.170-197. 352 p.

¹⁶⁸ A questão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento é objeto de acessas discussões.

Destacamos alguns exames, como segue, que indicam no rumo que entendemos mais adequado do ponto de vista jurídico, social e político:

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. edição, revista e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Malheiros: 1992, p. 574. 768 p.;

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira** – 2º Volume – Arts. 22 a 53. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 396-397. 718 p.;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988** – Volume 1 – Arts. 1º a 103. 2ª. edição, atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 253. 577 p.;

FREITAS, Juarez. **Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª. edição, revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203. 367 p.;

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora RT, 2000, pp. 412-414. 426 p.;

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2ª. edição. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 379. 405 p.

Temos, em sentido contrário, as opiniões de:

SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado** (Internet), nº 02. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, abril/maio/junho 2005, p. 45. 48 p. Encontrado no site www.direitodoestado.com.br. Acesso em 19 de maio de 2006.;

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição** – 3º volume. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991, pp. 312-313.

pela utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de dinheiros, bens e valores públicos; o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração Direta e Indireta e das contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário; da fiscalização sobre a aplicação dos recursos repassados mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres; e aplicar aos responsáveis, em situações de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções estipuladas em lei, que estabelecerá, dentre outras, a multa proporcional ao dano causado ao erário.

Consideramos, ainda, que a legislação infraconstitucional pátria, a despeito de seus muitos defeitos, aponta no sentido indicado, na medida em que a mesma, como regra, configura¹⁶⁹ os princípios, normas estritas e valores trazidos pela Carta Magna de 1988.

Destacaríamos, além dos principais Códigos pátrios, a legislação que trata, dentre outros temas, da Licitação e os Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93), da Ação Popular (Lei nº 4.717/65), da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), do Seqüestro e Perda de Bens Adquiridos por Servidor Público por Influência ou Abuso de Cargo ou Função Pública (Lei nº 3.164/57), do Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos, Seqüestro e Perda de Bens Adquiridos por Influência ou Abuso de Cargo ou Função (Lei nº 3.502/58), da Responsabilidade do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador Geral da República, dos Governadores e dos Secretários dos Estados (Lei nº 1.079/50), da Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto-lei nº 201/67), da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/92) e das Leis Orgânicas dos

¹⁶⁹ O conceito configuração é utilizada com o sentido que lhe concede Robert Alexy.

Veja-se o mesmo conceito em: ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés e revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 321-329. 607 p. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Suhrkamp-Verlag, 1986.

Tribunais de Contas dos Estados¹⁷⁰, do Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública (Lei nº 4.320/64), e, ainda, da Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), dos Crimes resultantes da Inobservância da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 10.028/00) e, ainda, das Leis de Diretrizes Orçamentárias¹⁷¹.

De outro lado, os exames e conclusões enumerados ganham confirmação também nas estipulações presentes na Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios¹⁷², que além de sujeitar os mesmos instrumentos, no que couber, à Lei Federal nº 8.666/93 e ao Decreto Federal nº 93.872, estabelece uma amplíssima relação de requisitos, cláusulas, vedações, direitos e obrigações, no que se refere à celebração, formalização, execução e prestação de contas.¹⁷³

Julgamos, no que diz respeito aos Convênios da Administração Pública, que o conjunto de questões aqui indicadas demonstram que não têm sustentação razoável, na doutrina, nas estipulações constitucionais, infraconstitucionais e de âmbito administrativo, os ensinamentos relativos à mera cooperação, à inexistência de composição e/ou acordo de vontades, a ausência de vinculação jurídica e/ou obrigacional, como também as lições sobre a precariedade da relação jurídica no que diz respeito à direitos, deveres, pretensões e obrigações entre os partícipes, e,

¹⁷⁰ A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul recebeu nova redação na Lei Estadual nº 11.424, de 06 de janeiro de 2000, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul de 07/01/2000, e legislação posterior. In: **Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul** – Legislação – Lei Orgânica (Internet). Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 2000. 09 p. Encontrada em www.tce.rs.gov.br/legislacao/lei_organica/index.php. Acesso em 25/05/2004.

¹⁷¹ As Leis de Diretrizes Orçamentárias dos anos recentes podem ser encontradas no site do Ministério de Planejamento (www.planejamento.gov.br).

¹⁷² O mencionada Instrução Normativa nº 01/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, vinculada ao Ministério da Fazenda, pode ser conseguida, em sua versão atual, no site www.tesouro.fazenda.gov.br.

¹⁷³ Podemos constatar regramento com padrão semelhante na Instrução Normativa nº 01, de 15 de maio de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Dos Convênios.

ainda, quanto a possibilidade de ações, exceções, responsabilizações, sanções e/ou penalizações dos mesmos.

6.5. DA POSSIBILIDADE DE RETIRADA UNILATERAL E DE DENÚNCIA NOS CONVÊNIOS NÃO PODE SER DEDUZIDA A PRECARIEDADE DOS MESMOS E TAMPOUCO AS MENCIONADAS POSSIBILIDADES SERVEM DE TRAÇO DE DIFERENCIAÇÃO COM OS CONTRATOS

Verificamos que uma parcela ponderável da doutrina entende que a ocorrência de retirada unilateral e denúncia nos Convênios da Administração Pública, conforme previsão do art. 116, § 6º, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, e do art. 7º, inciso X, da Instrução Normativa nº 01/97, da STN, Dos Convênios¹⁷⁴, se constitui na principal comprovação da precariedade e/ou instabilidade do mesmo ajuste, como também serve, para muitos, como elemento para estabelecer distinção do Convênio com o Contrato da Administração Pública.

De outro lado, constatamos que, dentre outros, no art. 58, no art. 65, e nos arts. 77 a 80, da Lei Federal nº 8.666/93, das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, se mencionam as hipóteses tidas, na dicção da Lei, como de modificação e rescisão, inclusive unilateral, dos Contratos Administrativos.

Inicialmente, entendemos, baseados em ampla e qualificada doutrina, que se tornou comum, no Brasil, o uso inadequado do conceito rescisão, como ocorre na Lei Federal nº 8.666/93, equiparando-o às noções de resolução e resilição¹⁷⁵ e/ou a resolução¹⁷⁶ e/ou vinculando-o com a idéia de incumprimento e inadimplemento

¹⁷⁴ O art. 14, § 2º, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de maio de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, que trata da extinção antecipada do Convênio da Administração Pública, faculta “aos partícipes retirarem-se do convênio a qualquer tempo”.

¹⁷⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 193. 527 p.;

¹⁷⁶ USTÁRROZ, Daniel. **A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil**. Op. cit., p. 139.

ocorrido no decorrer do ajuste¹⁷⁷, quando o mesmo vocábulo seria utilizado de forma correta em situações de defeito contemporâneo à formação do acordo¹⁷⁸, ou, ainda, no dizer de Pontes de Miranda, por situações anteriores, lógica e cronologicamente, ao negócio jurídico¹⁷⁹, como nas hipóteses, por exemplo, dos vícios redibitórios, segundo Pontes de Miranda¹⁸⁰, e de lesão, de acordo com Ruy Rosado de Aguiar Júnior¹⁸¹, como também de lesão e estado de perigo, segundo Orlando Gomes e Daniel Ustárroz.¹⁸²

¹⁷⁷ Os exames efetuados podem ser encontrados em:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução** – De Acordo com o Novo Código Civil. 2ª. edição, 2ª. tiragem. Op. cit., pp. 11, 19 e 68-70.;

ASSIS, Araken de. **A Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Editora RT, 2004, pp. 15-21, 78-80 e 85-88. 191 p.

¹⁷⁸ O assunto foi objeto de estudo em:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução** – De Acordo com o Novo Código Civil. 2ª. edição, 2ª. tiragem. Op. cit., p. 70

ASSIS, Araken de. **A Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª. edição, revista e atualizada. Op. cit., pp. 15-21, 78-80 e 85-88.

USTÁRROZ, Daniel. **A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil**. Op. cit., p. 140.

¹⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXV - Direito de Obrigações: Extinção das Dívidas e Obrigações. Dação em Soluto. Confusão. Remissão de Dívidas. Novação. Transação. Outros Modos de Extinção. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 391. 476 p.

¹⁸⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXV - Direito de Obrigações: Extinção das Dívidas e Obrigações. Dação em Soluto. Confusão. Remissão de Dívidas. Novação. Transação. Outros Modos de Extinção. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., pp. 308-309 e 390-391.

¹⁸¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução** – De Acordo com o Novo Código Civil. 2ª. edição, 2ª. tiragem. Op. cit., p. 68-70.

¹⁸² GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 193. 527 p.;

USTÁRROZ, Daniel. **A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil**. Op. cit., p. 140.

Parcela da doutrina considera que teve papel importante para a consolidação da utilização imprópria da noção de rescisão a redação do artigo 1.092, parágrafo único, do Código Civil de 1916¹⁸³, recentemente corrigido pelo art. 475, do Código Civil de 2002, onde se facultava a parte lesada pelo inadimplemento requerer a rescisão do contrato, quando o melhor, para o caso, seria o uso do conceito resolução¹⁸⁴.

A noção de resolução está associada, segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao “incumprimento do devedor imputável, ou não imputável, por incumprimento do credor e por modificação superveniente das circunstâncias (teoria da alteração da base de negócio, da onerosidade excessiva ou da imprevisão)”¹⁸⁵, como também por “fato superveniente à celebração do contrato”.¹⁸⁶

Outrossim, Pontes de Miranda, tratando das diferenças entre os conceitos de resolução e rescisão, entende que “resolver é desconstituir, sem ser por

¹⁸³ Pontes de Miranda, dentre outros, considera o uso do termo rescisão, na mencionada situação, “como erro craso”, que “deve ser evitado”, pois, “de resolução é que se trata”.

(MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXXVIII. Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Bilaterais e Negócios Jurídicos Plurilaterais. Pressupostos. Vícios de Direito. Vícios do Objeto. Evicção. Redibição. Espécies de Negócios Jurídicos Bilaterais e de Negócios Jurídicos Plurilaterais. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 337. 472 p.).

¹⁸⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução** – De Acordo com o Novo Código Civil. 2ª. edição, 2ª. tiragem. Op. cit., pp. 11.; ASSIS, Araken de. **A Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª. edição, revista e atualizada. Op. cit., p. 15.;

USTÁRROZ, Daniel. **A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil**. Op. cit., p. 141.; MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXXVIII. Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Bilaterais e Negócios Jurídicos Plurilaterais. Pressupostos. Vícios de Direito. Vícios do Objeto. Evicção. Redibição. Espécies de Negócios Jurídicos Bilaterais e de Negócios Jurídicos Plurilaterais. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 337.

¹⁸⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução** – De Acordo com o Novo Código Civil. 2ª. edição, 2ª. tiragem. Op. cit., pp. 19.

¹⁸⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor – Resolução** – De Acordo com o Novo Código Civil. 2ª. edição, 2ª. tiragem. Op. cit., pp. 11.

invalidez, nem revogação”, e, também, que “há dois conceitos de resolução, um deles é o de resolução *lato sensu* e abrange a resolução com eficácia *ex tunc* e a resolução com eficácia *ex nunc*, mais propriamente chamada “resilição”.¹⁸⁷ Ou seja, a relação é desconstituída, na resolução, retroagindo ao passado, a partir do ato que dá origem ao desfazimento do vínculo, enquanto que na resilição, temos a desconstituição a partir de agora e para o futuro.

Igualmente, o conceito rescisão, segundo anota Araken de Assis, era utilizado também para tratar dos defeitos contemporâneos a criação do negócio jurídico, vinculado às demandas gestadas por situações de erro, dolo, simulação e fraude, como pode ser verificado no art. 178, § 9º, inciso V, do Código Civil de 1916.¹⁸⁸

No sentido apontado, o Código Civil Italiano, de 1942, trata da Rescisão do Contrato, por estado de perigo e lesão, nos arts. 1.447 a 1.452, e da Resolução do Contrato, por inexecução, por impossibilidade superveniente e excessiva onerosidade, nos arts. 1.453 a 1.469.¹⁸⁹

De outro lado, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres registra que “a doutrina tem ressaltado, por outro lado, a denúncia a qualquer momento como uma das conseqüências peculiares do convênio”, mas lembra a jurista “que o contrato também admite a denúncia, fazendo com que não seja exatamente esta uma conseqüência distintiva entre os dois institutos”.¹⁹⁰

¹⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXXVIII. Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Bilaterais e Negócios Jurídicos Plurilaterais. Pressupostos. Vícios de Direito. Vícios do Objeto. Evicção. Redibição. Espécies de Negócios Jurídicos Bilaterais e de Negócios Jurídicos Plurilaterais. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 331.

¹⁸⁸ ASSIS, Araken de. **A Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª. edição, revista e atualizada. Op. cit., p. 78.

¹⁸⁹ DINIZ, Souza. **Código Civil Italiano**, de 1942. Rio de Janeiro: Distrib. Record, 1961, pp. 226-229. 490 p.

Temos, no rumo indicado: ALPA, Guido.; IUDICA, Giovanni. **Códice Civil**, 1942. Sem indicação de local: Kluwer, Ipsona, 1996, pp. 388-403. 1.549 p.

¹⁹⁰ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Torres. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação

O fato, registrado por Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres, de que o Contrato admite a figura jurídica da denúncia, pode ser verificado quando do exame de vários tipos de ajustes, conforme ensinamentos extraídos na doutrina e nas estipulações legais.

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, ao examinar a denúncia, anota que “a denúncia é negócio jurídico unilateral”, pouco importando “se há de haver circunstâncias que tornem possível a denúncia (denúncia cheia), ou se a líbido do figurante do negócio jurídico ficou a prática do ato denunciativo (denúncia, se quer, e basta que o queira)”.¹⁹¹ Ao mesmo tempo que o jurista, ao se referir sobre os negócios jurídicos unilaterais, lembra que “unilateral o negócio jurídico quando a manifestação de vontade de alguém entra no mundo jurídico e se faz negócio jurídico sem que precise ou venha a precisar de qualquer manifestação de vontade de outrem para o completar”.¹⁹²

Pontes de Miranda adverte que “a interpelação não denuncia; não denuncia a notificação”, lembrando que “a interpelação é ato jurídico *stricto sensu*” e que “a notificação também o é”, enquanto que “a denúncia é negócio jurídico”.¹⁹³

O jurista salienta que “quem denuncia exerce, negocialmente, direito de extinguir a relação jurídica de origem negocial, a partir do momento da denúncia, ou

dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br) , em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Op. cit., p. 320.

¹⁹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXXI - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Unilaterais. Denúncia. Revogação. Reconhecimento. Promessas Unilaterais. Traspasso Bancário. Promessa de Recompensa. Concurso. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 30. 474 p.

¹⁹² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXXI - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Unilaterais. Denúncia. Revogação. Reconhecimento. Promessas Unilaterais. Traspasso Bancário. Promessa de Recompensa. Concurso. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 05.

¹⁹³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXV – Direito das Obrigações: Extinção das Dívidas e Obrigações. Dação em Soluto. Confusão. Remissão de Dívidas. Novação. Transação. Outros Meios de Extinção. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 293.

de outro momento, no futuro”, como também que “a denúncia não se refere ao passado, nem a ele volta”, pois, “o denunciante impede que continue a relação jurídica, não a desconstitui no passado”.¹⁹⁴

Pontes de Miranda estabelece, em diversos momentos da sua obra, uma produtiva distinção entre revogação, rescisão, resolução, resilição, distrato, nulidade e denúncia¹⁹⁵, que entendemos, a despeito dos entendimentos que possamos ter em relação às análises que o mesmo efetua, colaboram no sentido de buscar dar aos conceitos em destaque uma maior precisão técnica.

De outra forma, verificamos que em outros autores nacionais a figura jurídica da denúncia está inserida e/ou associada ao conceito de resilição unilateral.

Maria Helena Diniz considera, numa lógica dogmática que concede aos contratos títulos de superioridade e/ou inferioridade (=excepcionalidade), que “embora um dos efeitos do princípio da obrigatoriedade da convenção seja a impossibilidade de um contraente romper o laço contratual sem o consentimento do outro, tem-se admitido, em hipóteses excepcionais, a resilição unilateral”.¹⁹⁶ A jurista

¹⁹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXXI - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Unilaterais. Denúncia. Revogação. Reconhecimento. Promessas Unilaterais. Traspasso Bancário. Promessa de Recompensa. Concurso. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., pp.. 29-30.

¹⁹⁵ Destacamos, para exemplificar:

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXV - Direito de Obrigações: Extinção das Dívidas e Obrigações. Dação em Soluto. Confusão. Remissão de Dívidas. Novação. Transação. Outros Modos de Extinção. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., pp. 207-209 e 269-392.;

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXXI - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Unilaterais. Denúncia. Revogação. Reconhecimento. Promessas Unilaterais. Traspasso Bancário. Promessa de Recompensa. Concurso. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., pp. 05-36.;

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XL - Direitos de Obrigações: Locação de Coisas. Locação de Uso e Locação de Uso e Fruição. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp. 101-115. 505 p.

¹⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – 3º volume – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 9ª. edição aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 124. 516 p.

anota, agora aproximando-se da realidade contratual, que “deveras, há contratos que, por sua própria natureza, comportam dissolução pela simples declaração de vontade de uma só das partes, como o mandato, o comodato e o depósito”.¹⁹⁷ Lembra a autora que “presume, ainda, a lei que contratos de execução contínua, convencionados por prazo indeterminado, como, p. ex., o de fornecimento continuado de mercadorias, são passíveis de cessação mediante denúncia”, na medida que existe o entendimento de que as “partes não se quiseram obrigar perpetuamente, reservando-se, por isso, o direito de resilir a parte a quem o contrato não mais interessar”.¹⁹⁸

Entende Caio Mário da Silva Pereira, com raciocínio assemelhado, que “em casos excepcionais, contudo, admite a lei que um contrato cesse pela manifestação volitiva unilateral”.¹⁹⁹ O mencionado jurista diz que “o comodato, o mandato, o depósito, por sua própria natureza, admitem a rescisão unilateral”.²⁰⁰ O referido autor anota que “os contratos de execução continuada, quando ajustados por prazo indeterminado, comportam a cessação mediante a denúncia promovida por um dos contratantes”, assim ocorrendo “no fornecimento continuado de mercadorias, ou na locação sob o regime do Código Civil”.²⁰¹

¹⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – 3º volume – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 9ª. edição aumentada e atualizada. Op. cit., p. 124.

¹⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – 3º volume – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 9ª. edição aumentada e atualizada. Op. cit., p. 124.

¹⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10ª edição, 13ª. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 92. 413 p.

²⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10ª edição, 13ª. tiragem. Op. cit., p. 92.

²⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil. 10ª edição, 13ª. tiragem. Op. cit., p. 92.

Orlando Gomes considera que como “o contrato é negócio jurídico que se forma pelo acordo de vontades, não deveria ser admitida a rescisão unilateral”, mas anota que se admite “que seja dissolvido pela vontade de um só dos contratantes”.²⁰² O mesmo jurista lembra que “o fundamento da faculdade de rescindir varia conforme a modalidade do contrato”.²⁰³ Destaca o autor que “a rescisão unilateral ocorre principalmente nos contratos por tempo indeterminado”, tendo em vista que “presume a lei que as partes não quiseram se obrigar perpetuamente, e, portanto, que reservaram a faculdade de rescindir o contrato, a todo tempo”.²⁰⁴ Salienta também que em outras situações “o contrato distingue-se pelo elemento fiduciário, que encerra, de modo que só subsiste enquanto se mantém a confiança de uma parte na outra”, em razão do que é “justo que a lei autorize sua rescisão pelo contratante que a perdeu”.²⁰⁵ O citado autor anota, ainda, que em outras situações “as próprias partes reservam-se o direito de arrependimento, estipulando a faculdade de rescindir o contrato”.²⁰⁶

Igualmente, enuncia Orlando Gomes que “o poder de rescindir é exercido mediante declaração de vontade da parte a quem o contrato não mais interessa”.²⁰⁷ O autor anota que, “para valer, a declaração deve ser notificada à outra parte, produzindo efeitos a partir do momento em que chega ao seu conhecimento”, sendo, “portanto, declaração receptícia de vontade”, que comumente é designada “pelo nome de denúncia”.²⁰⁸

Entende Arnaldo Wald, tratando da rescisão e da rescisão unilateral, que:

²⁰² GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Op. cit., p. 189.

²⁰³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Op. cit., p. 189.

²⁰⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Op. cit., p. 189.

²⁰⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Op. cit., p. 189.

²⁰⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Op. cit., p. 189.

²⁰⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Op. cit., p. 190.

²⁰⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 3ª. edição. Op. cit., p. 190.

Também por fatores sobrevindos, rompem-se os contratos por direito potestativo das partes: é a rescisão, que pode ser: a) bilateral, ou distrato; b) unilateral, nos casos legais, que são: a chamada denúncia, que pode ser vazia (sem precisar os motivos) ou cheia (indicando os motivos previstos em lei); pode haver o arrependimento, num contrato apenas prometido, se houver arras penitenciais; pode haver revogação, se o contrato depende do fator confiança, em que a parte retira a manifestação da vontade, como no mandato, sem fundamento (revogação livre) ou com fundamento legal (revogação vinculada); é o caso da revogação da doação por ingratidão do donatário; incluem-se ainda na rescisão unilateral: a renúncia (caso do mandato) e o resgate (caso da hipoteca).²⁰⁹

Constatamos, no âmbito de inúmeros contratos, tendo-se em conta notadamente os ensinamentos de Pontes Miranda, uma presença importante da figura jurídica da denúncia.

Pontes de Miranda, tratando da denúncia no Contrato de Locação²¹⁰, registra que “denúncia é declaração unilateral de vontade receptícia”, que “não precisa de aceitação”.²¹¹ Anota que a denúncia uma vez que “chegada ao outro contraente, torna-se irrevogável”, embora entenda que “o locatário e o locador podem, contudo, considerá-la desfeita, em acordo desconstitutivo *ex tunc*”.²¹² Entende o jurista que “é essencial à denúncia conter a expressão da vontade de

²⁰⁹ WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos**. 16ª. edição, revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Prof. Semy Glanz, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 327-328. 1.186 p.

²¹⁰ Os Contratos de Locação foram regulados pelos arts. 1.1888 até 1.236 (Locação de Coisas, Locação de Prédios, Locação de Prédios Urbanos e Locação de Serviços), do Código Civil de 1916, e são atualmente regidos pelos arts. 565 a 578 (Locação de Coisas) e 593 até 609 (Prestação de Serviços), do Código Civil de 2002. Por outro lado, os Contratos de Locação de Imóveis Urbanos são regulados, desde o final de 1991, pela Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

²¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XL - Direitos de Obrigações: Locação de Coisas. Locação de Uso e Locação de Uso e Fruição**. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 106. 505 p.

²¹² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XL - Direitos de Obrigações: Locação de Coisas. Locação de Uso e Locação de Uso e Fruição**. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 106.

fazer cessar a relação jurídica; pode, porém, ser indireta ou tácita, como se o locatário entrega as chaves do prédio”.²¹³ Ainda, considera que “a denúncia é negócio jurídico unilateral, constitutivo”, sendo que “da comunicação ao outro figurante é que começa a sua eficácia, mas a eficácia plena depende da determinação do momento em que deva operar-se, determinação voluntária ou legal”.²¹⁴

Salientamos que Maria Helena Diniz, que incorpora a figura jurídica da denúncia ao conceito de rescisão unilateral²¹⁵, anota que uma das formas de extinção da locação de coisas é a “retomada do bem locado nos casos admitidos por lei, por denúncia vazia, ou cheia, caso em que bastará comprovar o fato extintivo”.²¹⁶

Podemos verificar que a Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre as locações de imóveis urbanos, prevê a possibilidade da denúncia, somente para lembrar, nos artigos 6º, 7º, 8º, 46, § 2º, 50, parágrafo único, 57 e 78.

Constatamos, no âmbito de legislações estrangeiras, que os Contratos de Locação convivem com a possibilidade de denúncia dos mesmos.

No Código Civil Alemão (BGB), de 1896, que trata a locação nos § 535 até 580, estipula sobre a denúncia, por exemplo, nos § 542, § 543, § 544, § 564, § 565, § 566 e § 567.²¹⁷

²¹³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XL - Direitos de Obrigações: Locação de Coisas. Locação de Uso e Locação de Uso e Fruição. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 106.

²¹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XL - Direitos de Obrigações: Locação de Coisas. Locação de Uso e Locação de Uso e Fruição. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 109.

²¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – 3º volume – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 9ª. edição aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 124, 125 e 128. 516 p.

²¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos** – Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 108. 496 p.

²¹⁷ DINIZ, Souza. **Código Civil Alemão**, de 18 de agosto de 1896, com todas as modificações posteriores. Rio de Janeiro: Distrib. Record, 1960, pp. 95-102. 396 p.

O Código Federal Suíço de Obrigações, de 1881, versa sobre o aluguel nos arts. 253 até 274, e sobre a possibilidade de denúncia, somente para lembrar, nos arts. 267, 269 e 270.²¹⁸

No Código Civil Italiano, de 1942, aborda a Locação nos arts. 1.571 a 1.614 e trata da hipótese da denúncia nos arts. 1.596 e 1.614.²¹⁹

Outrossim, Pontes de Miranda, verificando a extinção da relação jurídica do Contrato de Depósito²²⁰, registra que “se nenhum termo se fixou no contrato de depósito, nem há condição, a presunção de ser o depósito no interesse do depositante induz a que esse possa, a qualquer momento, denunciar o contrato (denúncia vazia) e exigir a entrega”, independente de “se o depósito é gratuito, ou se é remunerado”.²²¹ Ao mesmo tempo o jurista lembra que “quanto ao depositário, reconhece-se-lhe o direito à denúncia, mas a denúncia cheia”, dizendo que “o art. 1.270 do Código Civil diz que ele pode, por motivo plausível, denunciar o contrato e restituir o bem depositado” e, ainda, que “se o depositante não o quer receber, pode o depositário requerer o depósito judicial”.²²²

Igualmente, verificamos, em versões mais recentes do Código Civil Alemão, a permanência da possibilidade de denúncia. Destacamos, no sentido apontado: ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil Alemán Comentado – BGB**. Madrid/Bacelona: Marcial Pons, 1998, pp. 183-200. 720 p.

²¹⁸ DINIZ, Souza. **Código Civil Suíço, de 1907, e Código Federal Suíço das Obrigações, de 1881**. Rio de Janeiro: Distrib. Record, 1961, pp. 192-195. 350 p.

²¹⁹ DINIZ, Souza. **Código Civil Italiano, de 1942**. Op. cit., pp. 242-247.
Temos, no rumo indicado: ALPA, Guido.; IUDICA, Giovanni. **Códice Civil, 1942**. Op. cit., pp. 440-450.

²²⁰ O contrato de depósito, onde o depositário recebe um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame, foi regulado pelos artigos 1.265 até 1.287, do Código Civil de 1916, e é atualmente normatizado pelos artigos 627 até 652, do Código Civil de 2002.

²²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XLII - Direitos de Obrigações: Mútuo. Mútuo a Risco. Contrato de Conta Corrente. Abertura de Crédito. Assinação e Acreditivo. Depósito**. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 401. 480 p.

²²² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XLII - Direitos de Obrigações: Mútuo. Mútuo a Risco. Contrato de Conta Corrente. Abertura de Crédito. Assinação e Acreditivo. Depósito**. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., pp. 401-402.

Observa Clóvis Beviláqua, tratando do contrato de depósito, ao comentar o art. 1.268, do Código Civil de 1916²²³, que “a obrigação do depositário é restituir a coisa depositada, logo que lhe seja exigida”, como também, ao comentar o art. 1.270, do Código Civil de 1916²²⁴, lembra que, como regra, “não se achando adstrito a um prazo livremente aceito, está o depositário no direito de restituir o depósito, quando tiver motivo plausível para não mais o guardar”.²²⁵

Igualmente, entende Pontes de Miranda, quando examina a extinção do contrato de comodato²²⁶, que “se o contrato de comodato foi concluído sem que se estabelecesse prazo e sem que o prazo resulte do uso, há a denunciabilidade vazia do comodato (cf. Código Civil, art. 1.250)”.²²⁷ Ainda, o autor considera que “se o comodatário infringe algum dever, como o de não usar o bem fora dos limites convencionados, expressa ou tacitamente, a espécie é de denúncia cheia, não de resilição”.²²⁸

²²³ Temos dispositivo com conteúdo assemelhado no art. 663, do Código Civil de 2002.

²²⁴ Podemos encontrar norma praticamente idêntica no art. 635, do Código Civil de 2002.

²²⁵ BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado** – Tomo II – Volume IV. 2ª. tiragem de edição histórica, publicada em 2 tomos e 6 volumes, tendo como base obras publicadas entre 1939 e 1943. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, pp. 380-381. 1.120 p.

²²⁶ O contrato de comodato, que é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, foi regrado pelos arts. 1.248 até 1.255, do Código Civil de 1916, e é regido hoje pelo arts. 579 até 585, do Código Civil de 2002.

²²⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 184. 537 p.

²²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Op. cit., p. 184.

Ainda, Pontes de Miranda julga que “a denúncia cheia é para os casos em que o comodato tem prazo expressa ou tacitamente determinado”, sendo que “a necessidade imprevista e urgente é que pode ser alegada para se encher a denúncia”.²²⁹

O mencionado jurista, verificando a questão sobre a possibilidade do comodatário denunciar o contrato antes do termo, ou antes de completar o uso, entende que é “restituível o bem, antes do prazo, se o prazo somente foi no interesse do comodatário, o que, na falta de cláusula explícita ou implícita em contrário, é o que se há de entender”.²³⁰

O jurista, referindo-se a incapacidade superveniente do comodatário, entende que “a opinião que em todos os casos considera a incapacidade superveniente do comodatário fundamento para a denúncia cheia desatende à diversidade das espécies”.²³¹ O mesmo considera que se “a incapacidade superveniente não é óbice ao uso do bem pelo comodatário, nem afasta a confiança

²²⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Op. cit., p. 184.

²³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Op. cit., p. 187.

²³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3a. edição, reimpressão. Op. cit., p. 188.

que esteve à base do contrato, seria contra os princípios que se considerasse denunciável o contrato de comodato”.²³²

Outrossim, Pontes de Miranda, referindo-se a extinção do Mandato²³³, destaca, dentre outras, as hipóteses de revogação e denúncia do mesmo.

Anota Pontes Miranda que, no mandato, “as leis, por influência de tradição classificatória e terminológica, chamam revogação²³⁴ ao que se poderia conceber como denúncia vazia”, do que decorre que “tem-se de considerar a eficácia do ato como desconstitutivo do suporte fático, e não como desconstitutivo do negócio jurídico ou da sua eficácia”.²³⁵ Lembra que “revogação é retirada da voz (*revocatio*)” e, ainda, que “se o mandatário já iniciou o exercício dos poderes, e talvez esteja a ponto de terminá-lo, ainda assim é revogável o mandato, o que mostra que não se retira a voz, mas sim parte da voz”, e, também, que o termo denúncia seria melhor, mas de algumas conseqüências um tanto diferentes”.²³⁶ O autor lembra que se permite “ao mandante retirar a voz, que dirigiu ao mandatário” e

²³² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 188.

²³³ O Contrato de Mandato, onde alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses, foi regido pelos arts. 1.288 até 1.330, do Código Civil de 1916, e nos dias atuais é regulado pelos arts. 653 até 692, do Código Civil de 2002.

²³⁴ O conceito revogação se encontra presente, tanto no Código Civil de 1916 (por exemplo, nos arts. 1.316, 1.318 e 1.319), como no Código Civil de 2002 (dentre outros, nos arts. 682, 686 e 687).

²³⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 79. 551 p.

²³⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., pp. 80-81.

“todo negócio jurídico vem abaixo, pela subtração do elemento volitivo ao suporte fático”.²³⁷

Igualmente, anota Pontes de Miranda, referindo-se a denúncia do mandatário, que no mesmo “não se trata de qualquer eliminação de elemento do suporte fático, que deixasse, assim, de ser suficiente”, mas “trata-se de manifestação de vontade contrária à continuação do negócio jurídico”, em razão do que “o mandato extingue-se para o futuro, como acontece com a revogação”, não indo, porém “ao suporte fático”.²³⁸ O mencionado jurista registra que “a denúncia por parte do mandatário é manifestação unilateral de vontade, receptícia”.²³⁹ O autor enuncia que “o mandatário pode lisamente renunciar²⁴⁰ - melhor diríamos denunciar – se o mandante pode prover, de outra maneira, ao cuidado e à gestão dos seus interesses (= se há tempo para isso e não foi inoportuna a atitude do mandatário)”.²⁴¹ Lembra que a “denúncia pelo mandatário é eficaz, mesmo se

²³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 81.

²³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 88.

²³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 88.

²⁴⁰ O Código Civil de 1916 utilizava o conceito renúncia, ao invés de denúncia, no art. 1.316, inciso I, e no art. 1.320. Da mesma forma, o Código Civil em vigor, de 2002, utiliza o mesmo conceito no art. 682, inciso I, e no art. 688.

²⁴¹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 88.

inoportuna ou sem deixar tempo ao mandante e sem a eventualidade de prejuízo considerável para o mandatário se não denunciasse”.²⁴²

Clovis Bevilacqua, comentando sobre a extinção do mandato, no que se refere à revogação e a renúncia, anota, sem questionar, como ocorre em Pontes de Miranda, os conceitos utilizados, que “o mandato é, ordinariamente, revogável, por duas razões: funda-se na confiança e esta pode cessar, a qualquer momento; é constituído no interesse do mandante, e conseqüentemente, fica ao arbítrio deste conservá-lo ou revogá-lo”, e, ainda, que “o mandatário tem a faculdade de renunciar, quando lhe convier, seja este gratuito ou salariado”.²⁴³

Verificamos, em legislações de outros países, que os Contratos de Mandato coexiste com a hipótese de denúncia dos mesmos.

No Código Civil Alemão (BGB), de 1896, o Contrato de Mandato está presente nos § 662 até 676, e trata da denúncia, por exemplo, no § 671.²⁴⁴

No mesmo sentido O Código Federal Suíço de Obrigações, de 1881, versa sobre mandato nos arts. 394 até 406, tratando a possibilidade de denúncia no art. 404.²⁴⁵

Anotamos que o Código Civil da Alemanha e o Código Federal de Obrigações da Suíça falam em denúncia do mandatário, como quer Pontes de

²⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 88.

²⁴³ BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado** – Tomo II – Volume V. 2ª. tiragem de edição histórica, publicada em 2 tomos e 6 volumes, tendo como base obras publicadas entre 1939 e 1943. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, pp. 432-433. 1.120 p.

²⁴⁴ DINIZ, Souza. **Código Civil Alemão**. Op. cit., pp. 115-117.
Igualmente, verificamos, em versões mais recentes do Código Civil Alemão, a permanência da possibilidade de denúncia. Destacamos, no sentido apontado: ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil Alemán Comentado – BGB**. Op. cit., pp. 234-236.

²⁴⁵ DINIZ, Souza. **Código Civil Suíço**, de 1907, e **Código Federal Suíço das Obrigações**, de 1881. Op. cit., pp. 213-215.

Miranda²⁴⁶, ao contrário do termo renúncia, utilizado na codificação civil brasileira, nos arts. 1.316 e 1.320, do Código Civil de 1916 e nos arts. 682 e 688, do Código Civil de 2002.

De outro lado, constatamos que o Código Civil da França, 1804, nos arts. 2.003, 2.004, 2.005, 2.006 e 2.007²⁴⁷, e, ainda, o Código do Reino da Itália de 1865, nos arts. 1.757, 1.758, 1.759 e 1.761²⁴⁸, como também o Código Civil da Itália, de 1942, nos arts. 1.722, 1.723, 1.724, 1.725, 1.726 e 1.727²⁴⁹, da mesma forma que os Códigos Civis pátrios, de 1916 e 2002, utilizam os termos revogação e renúncia (e não denúncia).

De outro lado, julgamos que a melhor técnica não aconselha a utilização do termo “rescisão”, previsto, por exemplo, no art. 58 e nos arts. 77 a 80, da Lei Federal nº 8.666/93, das Licitações e dos Contratos da Administração Públicas, por tudo o que foi dito. Na medida que julgamos que os mesmos dispositivos se reportam, como regra, à situações ocorridas depois da celebração dos Contratos da Administração Pública, e, ainda, aos casos de inexecução e incumprimento, total ou parcial, dos ajustes pelas partes, enquanto que o conceito rescisão, concebido no seu sentido mais adequado e técnico, se refere à vícios contemporâneos ao surgimento dos Contratos.

Igualmente, pensamos que nas situações tidas como de “rescisão” unilateral, devido o reconhecimento legal e contratual da manifestação unilateral, mesmo que motivada, da Administração Pública, previstas sobretudo no art. 58, inciso II, no art. 78, incisos I a XII e XVII, no art. 79, inciso I, no art. 80, da Lei

²⁴⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 88.

²⁴⁷ DINIZ, Souza. **Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses**, de 1804. Rio de Janeiro: Distrib. Record, 1962, pp. 263-264. 409 p.

²⁴⁸ **Codice Civile del Regno D'Italia**, 25 giugno 1865. Torino: Stamperia Reale, sem data, pp. 414-415. 530 p.

²⁴⁹ DINIZ, Souza. **Código Civil Italiano**, de 16 de março de 1942. Op. cit., pp. 261-262.; ALPA, Guido.; e IUDICA, Giovanni. **Codice Civile**, 16 marzo 1942. Op. cit., pp. 480-481.

Federal nº 8.666/93, das Licitações e dos Contratos da Administração Públicas, temos hipóteses, no mínimo, muito próximas ao que a doutrina trata, no âmbito da relação obrigacional privada, como denúncia e/ou rescisão unilateral, como também situações vizinhas ao que representa a denúncia nos Convênios da Administração Pública.

Julgamos, em primeiro lugar, que os elementos aqui trazidos demonstram que a denúncia e/ou a rescisão unilateral, podem ser encontradas em um grande número de contratos e ajustes. Em decorrência do que, para que pudéssemos associar as figuras jurídicas da denúncia e/ou da rescisão unilateral às características de precariedade e instabilidade, além da alegada presença nos Convênios da Administração Pública, teríamos que concluir pela existência dos referidos traços também em contratos privados e nos denominados Contratos da Administração Pública.

Aliás, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, considera, no nosso entender inadequadamente, a instabilidade como uma das características dos Contratos da Administração Pública, ao lado da bilateralidade, comutatividade, onerosidade e personalidade.²⁵⁰ O autor entende que a instabilidade decorre notadamente da prerrogativas da Administração, no sentido de modificar e mesmo extinguir unilateralmente o Contrato.²⁵¹

Ainda, entendemos que nos Convênios da Administração Pública, como também nos demais contratos e ajustes, onde temos estipulações prevendo a possibilidade de denúncia e/ou de rescisão unilateral, não verificamos situações que alterem consideravelmente o grau de incerteza e inconsistência nos mesmos contratos, acordos e ajustes. Igualmente, consideramos que a existência de rescisão unilateral ou denúncia em determinados contratos e acordos, não os transforma em ajustes de segunda classe, inclusive pela razoabilidade das ponderações aqui trazidas para justificar a rescisão unilateral e/ou a denúncia.

²⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição, revista, ampliada e atualizada. Op. cit., pp. 167-172.

²⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição, revista, ampliada e atualizada. Op. cit., p. 172.

De outro lado, julgamos que, no que se refere aos Convênios da Administração Pública, a experiência nacional tem demonstrado de que as pessoas ou entidades da Administração Pública e particulares, como regra, manifestam interesse em receber aporte de recursos para as finalidades a que se propõe, sobretudo por necessidade premente das mesmas e/ou pelo fato de que os mencionados recursos significam benefícios para as atividades a que se propõem.

Julgamos que nos Convênios da Administração Pública, no âmbito nacional, como consequência do mencionado interesse em receber repasse de recursos, mas também como decorrência de outros fenômenos, temos um baixo percentual de denúncias, retiradas unilaterais, resoluções, rescisões e de disputas judiciais nos mesmos.

María Jesús García Morales, examinando a experiência europeia sobre Convênios, constata que um reduzido número de controvérsias chegam nos tribunais²⁵², como também colhe uma impressão de lealdade aos compromissos assumidos²⁵³.

Entendemos que as mesmas constatações, no Brasil e na experiência internacional, apontam também, em princípio, no sentido de descaracterizar a chamada precariedade e instabilidade dos referidos Convênios da Administração Pública.

Igualmente, pensamos que a possibilidade, em princípio, da ocorrência de variadas formas de extinção, como por exemplo, a denúncia, a rescisão, inclusive unilateral, a resolução e a rescisão, nos Convênios da Administração Pública (de acordo com o previsto no art. 116, § 6º, da Lei 8.666), nos Contratos da Administração Pública e nos contratos privados, desautorizam que se entenda a denúncia como elemento que possa servir para distinguir de forma marcante os ajustes aqui mencionados.

De outro lado, julgamos que a possibilidade de retirada unilateral e de denúncia nos Convênios da Administração Pública, prevista na nossa legislação, se

²⁵² MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 112.

²⁵³ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 111.

revela adequada tendo em conta sobretudo às características dos mesmos como pactos de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e ajuda, onde está ausente o lucro, preço e remuneração nas relações entre os partícipes.

Outrossim, entendemos que pelo fato dos Convênios da Administração Pública terem como traço fundamental serem pactos de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda que envolvem geralmente interesses públicos e sociais relevantes, e, ainda, como decorrência da afirmação no nosso ordenamento jurídico nacional, além da legalidade, das exigências de preservação do interesse público e da sociedade, da legitimidade, moralidade, probidade, boa-fé, função social, lealdade, confiança, impessoalidade, participação popular e cidadão, publicidade, responsabilidade, transparência, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, julgamos deve passar a ocorrer e preponderar nos mesmos Convênios e congêneres a previsão da denúncia cheia e motivada, como também o estabelecimento de limites e/ou mesmo vedações da denúncia vazia e imotivada.

José María Rodríguez de Santiago, tratando da modificação e extinção dos Convênios, adverte para a necessidade verificar na hipótese “os interesses da contraparte”, na medida que “o interesse público ao qual esta serve poderia ser afetado por esta medida”.²⁵⁴ O mesmo autor entende que a parte que se afasta tem “a obrigação de indenizar os danos e prejuízos causados a outra parte pela Administração que tenha exercido destas facultades”.²⁵⁵

²⁵⁴ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Op. cit., pp. 396-397.

O texto do autor a que nos reportamos diz que:

“Parece lógico pensar que el ejercicio de esta facultad llevará primeiro a intentar una modificación que se acomode en lo posible a los intereses de la contraparte – pues también el interés público al que ésta sirve podría verse afectado por esa medida -, y, solo en caso extremo, se recurrirá a la resolución”.

²⁵⁵ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Op. cit., p. 397.

O trabalho referido enuncia que:

“También de los principios de la contratación administrativa habrá que concluir la obligación de indenizar los daños y perjuicios causados a la otra parte por la Administración que haga ejercicio de estas facultades”.

7. DA FRAGILIDADE DOS ENTENDIMENTOS SOBRE A IGUALDADE ENTRE OS PARTÍCIPES DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ELEMENTO PARA ESTABELECEER A DIFERENCIAÇÃO DOS MESMOS COM OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMO CRITÉRIO QUE COLABORA PARA A FIXAÇÃO DA PRECARIIDADE DOS MESMOS PACTOS

7.1. DOS ENTENDIMENTOS SOBRE A IGUALDADE ENTRE OS PARTÍCIPES DOS CONVÊNIOS E DA INEXISTÊNCIA DE SUPREMACIA ENTRE OS MESMOS, COMO CRITÉRIO PARA ESTABELECEER A PRECARIIDADE DOS MESMOS PACTOS E PARA DISTINGUÍ-LOS DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Constatamos que o Convênio da Administração Pública é concebido, na doutrina e prática administrativa brasileira e mesmo na jurisprudência pátria, como um pacto ou acordo que têm como uma das suas principais características a igualdade e/ou igualdade jurídica entre os seus partícipes, como também a ausência de supremacia entre os mesmos. Ao passo que se entende que no Contrato Administrativo não haveria igualdade entre as partes/partícipes, ocorrendo a supremacia da Administração Pública contratante.

Verificamos, ainda, a existência de entendimentos que julgam que a igualdade entre os partícipes no Convênio, aliado à liberdade de entrada e retirada do mesmo ajuste, transformam o Convênio num acordo também de natureza precária.

Constituindo-se, portanto, a igualdade entre os partícipes e falta de supremacia entre os mesmos, como também a natureza precária do mesmo pacto de cooperação, em questões importantes para distinguir o Convênio do Contrato da Administração Pública.

Hely Lopes Meirelles anota, lembrando, o convênio como acordo onde temos a “igualdade jurídica de todos os signatários”.¹

Pensa Roberto Ribeiro Bazilli que “ao contrário do que sucede no contrato administrativo, no qual a Administração coloca-se em situação de supremacia em relação ao contratado, no convênio os partícipes estão em igualdade jurídica”, do que decorre, por exemplo, que “a faculdade de denúncia do convênio é assegurada, igualmente, a todos, consoante prevê o § 6º do art.116 do estatuto”.²

Sílvio Luís Ferreira da Rocha considera insuficiente a distinção entre o contrato e o convênio administrativo alicerçada na existência interesses, respectivamente, contrapostos e comuns, ao mesmo tempo em que entende como elemento relevante de diferenciação entre os mesmos a existência de cláusulas exorbitantes nos contratos e a inexistência das mesmas no Convênio.³

Entende Edmir Netto de Araújo, tratando da distinção do contrato e do convênio, no que se refere à de preponderância ou igualdade entre os partícipes, que, nos contratos administrativos, “os interesses que motivam as declarações dos sujeitos da relação podem ser opostos, criando obrigações recíprocas (...), quando o Estado se situa em posição de preponderância em relação ao particular”, ao passo que, nos convênios e consórcios, temos interesses “paralelos, com o interesse público coincidente no objetivo comum, e posição idêntica dos partícipes,(...), sem essa relação de supremacia de uma entidade partícipe sobre outra”.⁴ O mencionado administrativista considera que nos convênios “em todos os casos, qualquer dos

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 387. 798 p.

² BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 35-36. 162 p.

³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54. 174 p.

⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 673. 1.289 p.

A mesma opinião pode ser encontrada em: ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 207. 223 p.

partícipes de convênio, Estado ou particular, se mantém na mesma posição de igualdade, sem a preponderância característica dos contratos administrativos”, pelo fato de que a “execução e operacionalidade de convênios fundamenta-se basicamente na confiança recíproca e na cooperação, colaboração e permanência voluntárias dos partícipes, enquanto desejam essa permanência”.⁵

Edite Mesquita Hupsel acredita que “a igualdade de todos os signatários, de todos os partícipes, também é característica do convênio”, em razão do que compreende que “não há que se falar, (...), na existência de cláusulas exorbitantes, peculiaridades dos contratos administrativos, que põem a Administração contratante em uma posição de superioridade em relação a outra parte, assegurando-lhe privilégios”.⁶

7.2. DA INSUFICIÊNCIA DO ENTENDIMENTO QUE ESTABELECE A IGUALDADE ENTRE OS PARTÍCIPIES NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO ELEMENTO QUE DISTINGUE OS MESMOS DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMO CRITÉRIO QUE COLABORA PARA A FIXAÇÃO DA PRECARIÉDADE DOS MESMOS PACTOS

Julgamos que a vinculação entre os conceitos de Acordo, Convenção, Ato Complexo, Ato Coletivo e/ou de Convênio, como também a noção do regime de união, cooperação e igualdade entre os partícipes que deve caracterizar o mesmo, nasce, no que diz respeito ao pensamento moderno, na Alemanha do século XIX.

Em decorrência do que entendemos que se demonstra relevante, ainda que de forma breve, a compreensão da realidade que gestou os mencionados conceitos e noções, como também os desdobramentos da mesma realidade, no mínimo, na Alemanha e no Brasil.

⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 677

⁶ HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, nº 25. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, Serviço de Documentação e Divulgação, 1999, pp. 35-44, p. 37. 445 p.

7.2.1. Alguns exames sobre o Federalismo na Alemanha

Lembra o jurista espanhol Enoch Alberti Rovira que “o federalismo foi o instrumento básico utilizado para lograr a unidade alemã, em 1871”, tendo se compatibilizado “a existência de um só Estado, com uma única direção dos assuntos de interesse comum, com a manutenção do poder dos príncipes e das cidades livres no interior de cada *Land*”, o que significou a criação de “uma unidade plural”.⁷ O mesmo autor anota que “as características e circunstâncias de tal processo de unificação, assim como o papel desempenhado pelo princípio federal no mesmo, impregnaram profundamente a configuração e a própria concepção deste primeiro federalismo alemão”, como também registra de que devemos falar em “primeiro federalismo em termos modernos, pois a história constitucional alemã como tal começa com o processo de criação do II *Reich*”.⁸

Destaca Enoch Alberti Rovira, dentre outras questões, que “o fundamento contratual do *Reich*, nasceu de uma série de Tratados Internacionais subscritos entre Estados livres e soberanos”.⁹ Registra o autor o “Tratado de agosto, de 1866,

⁷ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 11. 598 p.

Temos, no texto traduzido:

“El federalismo fue el instrumento básico utilizado para lograr la unidad alemana, em 1871, de modo que se compatibilizara la existencia de un solo Estado, con una única dirección de los asuntos de común interes, con el mantenimiento del poder de los príncipes y las ciudades libres en el interior de cada *Land*. En definitiva, la creación de una unidad plural”.

⁸ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 11, no texto e parte da nota de rodapé de nº 05.

Tratamos do texto e da nota de rodapé que seguem:

“Las características y circunstancias de tal proceso de unificación, así como el papel desempeñado por el principio federal en el mismo, impregnaron profundamente la configuración y la propia concepción de este primer federalismo alemán (5)

5) Primer federalismo em términos modernos, pues la historia constitucional alemana como tal empieza propriamente con el proceso de creación del II *Reich*. (...)”

⁹ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 11.

entre a Prússia e os Estados do Norte e do Centro, que deram lugar ao *Norddeutscher Bund*,” e, ainda, “os Tratados de novembro de 1870, entre este e os Estados do Sul”, que, segundo o mesmo “abriram passagem para a criação do *Deutsches Reich* e para a promulgação da uma Constituição federal, em 16 de abril de 1871.¹⁰

Enoch Alberti Rovira salienta que “a Constituição Federal é considerada essencialmente como um pacto”, bem como entende que “o fundamento contratual do Reich é perceptível também com nitidez na formulação de um princípio jurídico-constitucional da máxima importância no desenvolvimento federal alemão (...): o princípio da fidelidade federal”.¹¹ O mesmo jurista espanhol destaca que o “princípio da fidelidade federal nasce vinculado politicamente a concepção contratualista do II *Reich*, como tradução política das exigências de boa-fé e confiança, que acompanham todo ajuste contratual”.¹²

Temos, no texto examinado, o que segue:

“(...) el fundamento contractual del *Reich*, nascido de una serie de Tratados internacionales suscritos entre Estados libres y soberanos (6)”.

¹⁰ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 11, nota de rodapé nº 6.

Verificamos, no trabalho analisado, o seguinte:

“(6) Tratados de agosto, de 1866, entre Prusia y los Estados del Norte y del Centro, que dieron lugar al *Norddeutscher*, y los Tratados de noviembre de 1870, entre éste y los Estados del Sur, que dieron paso a la creación del *Deutsches Reich* y la promulgación de una Constitución federal, de 16 de abril de 1871”.

¹¹ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 12.

Temos, no trabalho que traduzimos:

“La Constitución Federal es considerada esencialmente como un pacto, (...)”.

El fundamento contractual del *Reich* es perceptible también con nitidez en la formulación de un principio jurídico-constitucional de la máxima importancia en el desarrollo federal alemán, (...): el principio de fidelidad federal.

¹² ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., pp. 12-13.

Traduzimos o texto que segue:

Ressalta Enoch Alberti Rovira que “na Constituição de 1871 (...) o centro de gravidade das relações exteriores repousa na Federação”, mas anota que na mesma “os *Lander* gozam de amplos poderes neste terreno (direito de legação passivo e ativo, direito de concluir tratados, ainda que com certas restrições, e participação direta na supervisão da política internacional do *Reich*)”.¹³

Enoch Alberti Rovira salienta que “um tal desenho da ordem estatal na Alemanha respondia originariamente a uma função de integração”, com a qual “se pretendeu, e se conseguiu, a unificação de uma constelação de pequenos Estados independente e soberanos em uma única formação político-constitucional, sem que desaparecessem as unidades originárias como centros de poder político”.¹⁴

Lembra Enoch Alberti Rovira o mencionado processo ocorreu “em um contexto político e sócio-econômico determinado, o do Estado Liberal de Direito”, quando era “relativamente reduzido” o “âmbito de atuação dos poderes públicos, assim como a natureza de sua intervenção social”.¹⁵ No período analisado “cada

“(...) el principio de fidelidad federal nace vinculado politicamente a la concepción contractualista del II *Reich*, como traducción política de las exigências de buena fe y confianza que acompañan a todo trato contractual”.

¹³ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 111.

Temos, no texto traduzido, o que segue:

“(...) en la Constitución del *Reich* de 1871 (...) el centro de gravedad de las relaciones exteriores descansa en la Federación.

(...) los *Länder* gozan de amplios poderes en este terreno (derecho de legación pasivo y ativo, derecho a concluir tratados, aunque con ciertas restricciones, participación directa en la supervisión de la política internacional del *Reich*, (...).”.

¹⁴ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 354.

Verificamos, no trabalho traduzido, o seguinte:

“Un tal diseño del orden estatal respondia originariamente en Alemania a una función de integración, (...). (...) a través del cual se intentó, y se logró, la unificación de una constelación de pequeños Estados independientes y soberanos en una única formación político-constitucional, sin que por ello desaparecieran las unidades originarias como centros de poder político”.

¹⁵ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 354.

instância desfrutava assim de um âmbito preciso de poderes, que exercia soberanamente, com plenitude e independência das demais”, devido a circunstância que “a separação das esferas de competências era possível, (...), graças a relativa pouca extensão e simplicidade do objeto da ação estatal”.¹⁶

O jurista espanhol Enoch Alberti Rovira, falando sobre o período posterior e até os dias atuais, destaca que “o desaparecimento da base histórica dos *Länder* e sua recriação artificial constituem sem dúvida uma importante causa de debilitamento da diferenciação e do pluralismo, da manutenção da personalidade própria das diversas comunidades” e, ainda, incidem sobre a “consciência de pertencer a uma coletividade diferenciada”, numa realidade em que “o federalismo se apresenta como meio de garantia de sua sobrevivência”.¹⁷

O mesmo Enoch Alberti Rovira salienta ainda o fato de que “o alto índice de mobilidade da população e alto nível de intercâmbio de todo tipo, fruto do vertiginoso desenvolvimento das comunidades, da ciência, da técnica e da economia”, gestaram o surgimento de “grandes espaços e de sociedades abertas,

Constatamos, no texto que traduzimos, o seguinte:

“(...) se levo a cabo en un contexto político e socioeconômico determinado, el del Estado liberal de Derecho (...).

El relativamente reducido ámbito de actuación de los poderes públicos, así como la naturaleza de su intervención social, (...)”.

¹⁶ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., pp. 354-355.

Verificamos, no trabalho traduzido, o que segue:

“Cada instancia disfrutaba así de un ámbito preciso de poderes, que ejercia soberanamente, con plenitud e independencia de las demás. La separación de esferas competenciales era posible, (...), gracias a la relativa poca extensión y simplicidad del objeto de la acción estatal”.

¹⁷ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 355.

Temos, no trabalho traduzido, o que segue:

“La desaparición de la base histórica de los *Länder* y su recriación artificial constituye sin duda una importante causa de debilitamiento de la diferenciación y el pluralismo, de mantenimiento de la personalidad propia de las diversas comunidades (...), y, (...) de la conciencia de pertenencia a una colectividad diferenciada, respecto de la cual el federalismo se presenta como medio de garantia de su supervivencia”.

rompendo com as pequenas unidades fechadas de convivência social”.¹⁸ Anota também que “o Estado, especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial, ampliou substancialmente seu âmbito de atuação, com a introdução do princípio social”.¹⁹

Constata o autor espanhol que no quadro de “complexidade das sociedades modernas e de estreita inter-relação e interdependência das matérias e setores objeto do interesse estatal”, temos uma nova realidade em que “muitas (...) matérias e setores de atuação estatal não se deixam já tratar adequada e eficazmente desde uma perspectiva exclusivamente regional, senão que exigem um tratamento uniforme em escala nacional”.²⁰

Enoch Alberti Rovira, na experiência da Alemanha contemporânea, destaca, de um lado, uma “poderosa pressão no sentido da uniformização”, tendente “a exigir uma ação harmônica de todos os poderes públicos”.²¹ Enquanto, verifica,

¹⁸ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., pp. 355-356.

Verificamos, no texto, o seguinte:

“(...) el alto índice de movilidad de la población y el alto nivel de intercambios de todo tipo, fruto del vertiginoso desarrollo de las comunicaciones, la ciencia, la técnica y la economía, que propician la creación de grandes espacios y de sociedades abiertas, rompiendo las pequeñas unidades cerradas de convivencia social (...)”.

¹⁹ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 356.

Enuncia, o texto traduzido, o que segue:

“El Estado, especialmente a partir de la II Guerra Mundial, ha ampliado sustancialmente su ámbito de actuación, con la introducción del principio social (...)”

²⁰ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 356.

Verificamos, no texto, o que segue:

“(...) complejidad de las sociedades modernas y a la estrecha interrelación e interdependência de matérias y sectores objeto del interes estatal, (...). Muchas (...) matérias y sectores de interés estatal no se dejan ya tratar adecuada y eficazmente desde una perspectiva exclusivamente regional, sino que exigen un tratamiento uniforme a escala federal”.

²¹ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 358.

Constatamos, no trabalho, o seguinte:

de outro lado, “a sustentação do federalismo como pilar fundamental da organização do Estado, (...) que tem contribuído (...) como elemento (...) que garante e intensifica a construção democrática do Estado, permite a experimentação e o ensaio sociais”, com o que “possibilita um importante incremento da eficiência na atuação do poder público nas complexas sociedades desenvolvidas da atualidade”.²²

O mencionado jurista espanhol sustenta que “a evolução da ordem federal alemã desde 1949 tem transcorrido por estas duas grandes vias”, quais sejam, “um evidente processo de reforçamento do poder central, por concentração de faculdades, especialmente legislativas, no *Bund*” e “um não menos evidente e ainda mais significativo processo de inter-relação e colaboração entre todas as instâncias federais”.²³

María Jesús García Morales, tratando dos sistemas federais em cuja origem existe um processo de federação, onde destaca a Alemanha e a Suíça, enuncia que o desenvolvimento do processo de inter-relação e colaboração, que se expressa através da “subscrição massiva de Convênios, especialmente partir dos anos sessenta, não supõe nenhuma novidade”, pois, ocorre sob “uma rede prévia de

“poderoso empuje uniformista, que tiende a exigir una acción unitaria, armónica e interdependente de todos os poderes públicos (...)”.

²² ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 358.

Enuncia o autor o que segue:

“Al sostenimiento del federalismo como pilar fundamental de la organización del Estado, (...) ha contribuído (...) como elemento (...) que garantiza e intensifica la construcción democrática del Estado, permite la experimentación y el ensayo sociales, y, (...), posibilita un importante incremento de la eficiencia en la actuación del poder público en las complexas sociedades desarrolladas de la actualidad”.

²³ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 358.

Anota o autor o seguinte:

“La evolución del orden federal alemán desde 1949 ha discurrido por estas dos grandes vias (...): (...) un evidente proceso de reforzamiento del poder central, por concentración de faculdades, especialmente legislativas, en el *Bund*, (...) un no menos evidente y aun de mayor significación proceso de interrelación y colaboración entre todas las instancias federales”.

relações convencionais, anterior inclusive aos seus respectivos processos de federação, quando os *Länder* ou os Cantões subscreviam acordos que se regiam pelo Direito Internacional, como Tratados entre autênticos Estados”.²⁴

O jurista espanhol Enoch Alberti Rovira considera que “o federalismo, como forma de organização do Estado com base no princípio de divisão vertical do poder, se legitima hoje principalmente, (...), por sua capacidade para assegurar e aprofundar a ordem democrática e a participação”, sendo que “a introdução da cooperação como elemento substancial da ordem federal responde, por sua parte, ao objetivo confessado de incrementar a eficácia da ação estatal”,²⁵ na medida que se entende que “a descentralização política resulta mais adequada para fazer frente aos desafios e exigências das complexas sociedades desenvolvidas atuais que a centralização e monolitismo do poder”.²⁶

²⁴ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 41. 372 p.

Temos, no texto traduzido, que:

1.1. Sistemas federales em cuyo origen existe un proceso de federación

Tanto en Alemania como en Suiza, la suscripción masiva de convenios especialmente a partir de los años sesenta no supone ninguna novedad. Su desarrollo se produce sobre una red previa de relaciones convencionales, anterior incluso a sus respectivos procesos de federación, cuando los *Länder* o los Cantones suscribían acuerdos que se regían por el Derecho internacional como Tratados entre autênticos Estados”.

²⁵ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 549.

O autor destaca que:

“El federalismo, como forma de organización del Estado em base a un principio de división vertical del poder, se legitima hoy principalmente, (...), por su capacidad para asegurar y profundizar el orden democrático y la participación.

La introducción de la cooperación como elemento sustancial del orden federal responde, por su parte, al objetivo confesado de incrementar la eficacia de la acción estatal (...).”.

²⁶ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 552.

Verificamos, no trabalho traduzido, o que segue:

“(...) la descentralización política resulta más adecuada para hacer frente a los retos y exigencias de las complexas sociedades desarrolladas actuales que la centralización y el monolitismo del poder”.

Julgamos que as lições do citado jurista espanhol demonstram que na Alemanha ocorreu à busca de novo equilíbrio federal, notadamente a partir do reconhecimento da realidade, no após 1949, de reforçamento do poder do *Bund*, da constatação das dificuldades dos *Länder*, e de um quadro geral que problematiza num grau razoável o federalismo daquele país. Igualmente, consideramos que a busca de um novo equilíbrio no âmbito da Federação, como ensina o autor referido, decorre também do entendimento da relevância da descentralização nas complexas sociedades desenvolvidas atuais.

Enoch Alberti Rovira lembra que na Alemanha se projetou que os *Länder* deveriam alcançar “plena capacidade para assumir e exercer com eficácia as funções confiadas, condição indispensável para a boa saúde, e inclusive para a própria sobrevivência do federalismo”.²⁷ O autor considera que “a afirmação da capacidade dos *Länder*, como unidades de decisão política e de gestão de importantes setores da vida pública alemã, se apresenta como uma das principais orientações dos planos de revisão da ordem federal”.²⁸ O jurista registra que as “diferenças de tamanho, população e potência econômica, assim como o desequilíbrio financeiro geral e crônico frente ao *Bund*”, são fatores que criam para os *Länder* “obstáculos importantes para que possam assumir com plenas garantias a realização das funções que constitucionalmente lhes correspondem”, de forma a

²⁷ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 553.

Temos, no texto traduzido, o seguinte:

“(...) en el marco de otros instrumentos y vias que se han intentado en Alemania para lograr unos *Länder* com plena capacidad para asumir y ejercer com eficacia las funciones encomendadas, condición indispensable para la buena salud, e incluso la própria supervivencia del federalismo”.

²⁸ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 553.

O trabalho enuncia que:

“(...) el aseguramiento de la capacidad de los *Länder*, como unidades de decisión política y de gestión de importantes sectores de la vida pública alemana, se presenta como una de las principales líneas-fuerza de los intentos de revisión de orden federal”.

tornar real “a divisão vertical de poder e a existência da pluralidade de centros de decisão”.²⁹

Enoch Alberti Rovira destaca que “a ordem federal é sempre um equilíbrio instável e em constante mudança entre dois pólos opostos e em permanente tensão: a unidade e a pluralidade”, ao mesmo tempo que considera que o “seu funcionamento ótimo em cada momento se alcança naquele ponto onde se compatibiliza toda unidade necessária com toda a pluralidade possível”.³⁰

7.2.2. Algumas análises sobre a Federação Brasileira

Fernanda Dias Menezes de Almeida lembra que, no Brasil, as relações entre a União e os Estados foram resultado “da descentralização política de um Estado unitário que era o Brasil ao tempo do Império” e que chegou ao federalismo plasmado a “imagem e semelhança da matriz norte-americana”.³¹ A autora registra que “tivemos inicialmente o *dual federalism*, com esferas de poder estanques, enumeradas as da União, remanescentes as dos Estados, o poder central abstendo-

²⁹ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 553.

O texto salienta, sobre os *Länder*, que:

“(...) diferencias de tamaño, población y potencia económica, así como su desequilibrio financiero general y crónico frente al *Bund*, constituyen obstáculos importantes para que puedan asumir con plenas garantías la realización de las funciones que constitucionalmente les corresponden, y hacer real así la división vertical del poder y la existencia de la pluralidad de centros de decisión (...)

³⁰ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., p. 565.

Temos, no trabalho traduzido, o seguinte:

“El orden federal es siempre un equilibrio inestable y cambiante entre dos polos opuestos y en permanente tensión: la unidad y la pluralidad. Su funcionamiento óptimo en cada momento se alcanza en aquel punto donde se compatibiliza toda unidad necesaria con toda pluralidad posible.

³¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 41. 170 p.

se de interferir nos assuntos estaduais”.³² A mesma jurista anota que, na mesma época, “uma repartição horizontal do poder tributário também delimitava as fontes de ingressos federais e estaduais, devendo cada esfera manter-se com os próprios recursos”, o que talvez tenha sido “o principal fator que logo pôs em evidência a inadequação do arranjo federativo então estabelecido, em face da disparidade de níveis de desenvolvimento entre os diversos Estados”.³³

Destaca Fernanda Dias Menezes de Almeida, que a partir da reforma da Constituição de 1891, acontecida em 1926, mas notadamente com a Constituição de 1934, temos “a escalada dos poderes federais”.³⁴ Salientando a autora que “a expansão da autoridade federal não cessou mais”.³⁵ Entende que “sucessivas Constituições, até a de 1967, mormente na versão que lhe deu a Emenda Constitucional nº 01/69, só fizeram alargar os poderes da União”, o que criou “uma dependência cada vez maior das autoridades estaduais em relação ao poder central”.³⁶ Considera a jurista mencionada que o “auge do processo de centralização, porém, foi atingido no sistema constitucional de 67/69, de que se diz ter estrangulado a Federação”.³⁷

A autora mencionada, quando aprecia o modelo trazido pela Constituição de 1988, entende que embora “o esquema de repartição de competências da

³² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª. edição. Op. cit., p. 41.

³³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª. edição. Op. cit., pp. 41-42.

³⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª. edição. Op. cit., p. 42.

³⁵ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª. edição. Op. cit., p. 41.

³⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª. edição. Op. cit., p. 41.

³⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª. edição. Op. cit., p. 41.

Constituição de 1988”, ser “passível, em tese, de uma avaliação positiva” e, ainda, ser revelador “de uma atenuação do princípio da supremacia da União e, pois, da centralização política que em toda parte, em particular no Brasil, vem marcando o federalismo”, a jurista não ousa emitir “um juízo definitivo” em relação à mesma repartição de competências.³⁸

Da mesma forma, falando sobre o Estado Federal brasileiro, José Afonso da Silva, lembra que “O Estado Federal é, assim, caracterizado por essas duas tendências: a unitária representada pela União e disjuntiva (federativa), representada pelos Estados Federados”, como também anota que “o Estado Federal significa a síntese jurídica de um processo político-social caracterizado, pois, pela antítese disjunção-integração”.³⁹ Destaca o mencionado constitucionalista que “a tensão entre esses dois aspectos contraditórios tem proporcionado, ao longo de nossa história, as variações do federalismo brasileiro”, onde temos “ora a disjunção do estadualismo da Primeira República, ora a integração no centralismo do regime de 1964-1988”. Ao passo que salienta que se espera “que a Constituição de 1988 tenha encontrado o ponto de equilíbrio”.⁴⁰

Buscando verificar, no que se refere ao federalismo pátrio, mesmo que de forma sumária, o alcance e limites das expectativas geradas pela Constituição de 1988, trazemos aqui exames que se nutrem sobretudo do estipulado nos arts. 18 a 36 da Constituição Federal de 1988, onde se trata a Organização Político-Administrativa da União, dos Estados Federados, do Distrito Federal e dos Municípios. Na mesma investigação procuremos priorizar notadamente as questões concernentes à divisão de competências entre as pessoas que compõem a Federação brasileira.

³⁸ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª. edição. Op. cit., p. 77.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. edição, revista e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 432. 768 p.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. edição, revista e ampliada de acordo com a nova Constituição. Op. cit., p. 432.

André Luiz Borges Netto, tratando do tema distribuição de competência do constituinte originário de 1988, entende que “o sistema de distribuição de competências adotado pelo constituinte originário de 1988 é misto”, uma vez que, de um lado, verificamos a permanência da associação da “técnica clássica (em que a União tem poderes normativos enumerados, cabendo aos Estados-Membros poderes residuais)”, com a “a técnica das competências concorrentes, extraída do constitucionalismo alemão”, onde “existe a possibilidade de delegação de competências legislativas e a possibilidade de atuação conjunta de duas ou mais entidades federadas sobre um mesmo assunto ou matéria”.⁴¹

Constatamos a permanência, no âmbito da Federação brasileira, de uma forte e marcante presença da União, de um lado, através dos artigos 21 e 22, da Constituição Federal brasileira, onde temos enunciadas amplas competências para a mesma e, ainda, as inumeráveis hipóteses de competência privativa de legislar da mesma. Destacamos, de outro lado, a existência da possibilidade, aberta pelo parágrafo único do artigo 22, de Lei Complementar, da União “autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas” no citado artigo, o que significa que estamos, na opinião de Borges Netto, diante de situações de “competências delegadas” aos Estados-membros.⁴²

Anota José Afonso da Silva, quando se refere à Carta Magna de 1988, que:

A União ainda ficou bem aquinhoadá na partilha de competências federativas. Dispõe de competência material exclusiva conforme ampla enumeração de assuntos no art. 21, de competência legislativa privativa consoante discriminação constante do art. 22, de competência comum com Estados, Distrito Federal e Municípios arrolada no art. 23 e, ainda, de competência legislativa concorrente com os Estados sobre temas especificados no art. 24.⁴³

⁴¹ BORGES NETTO, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Editora RT, 1999, p. 88. 193 p.

⁴² BORGES NETTO, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados-Membros**. Op. cit., p. 92.

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. edição. Op. cit., p. 434.

Ainda, assinalamos que nas situações de competência comum entre os entes federados, presente no artigo 23 da Carta Magna, é onde temos um expressivo espaço de colaboração entre as pessoas e entidades da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios. Fato que leva o legislador constitucional a dizer, no parágrafo único do art. 23, que lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Igualmente, salientamos que na ocorrência da competência de legislar de forma concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, especificada no art. 24 da Carta Magna, a competência da União ficará adstrita a estabelecer normas gerais, cabendo competência suplementar aos Estados. Ainda, anotamos que na ausência de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa ampla e completa, embora a ocorrência posterior de lei federal sobre normas gerais motive a suspensão da eficácia da lei estadual, naquilo que a mesma contrariar a lei federal superveniente.

De outra forma, o artigo 25, estipula que foram reservadas aos Estados as competências que não lhe foram subtraídas pela Constituição Federal, resguardadas a congruência e a conformidade com os princípios definidos pela Constituição Federal. André Luiz Borges Netto anota que no referido preceito “aos Estados-membros foram deferidos os poderes legislativos residuais ou remanescentes”.⁴⁴ Enquanto que Oswaldo Trigueiro lembra que “em princípio, pois, os poderes dos Estados se estendem a tudo o que não lhes é proibido por norma constitucional federal, ou não haja sido atribuído privativamente à União”.⁴⁵

De outra forma, como desdobramento da estipulação constitucional indicada no artigo 18,⁴⁶ que considerou de forma inovadora os Municípios como

⁴⁴ BORGES NETTO, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados-Membros** Op. cit., p. 87.

⁴⁵ TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 84. 330 p.

⁴⁶ O art. 18, caput, da Constituição Federal de 1988, estipula que: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...)”.

entes da Federação, destacamos a definição, no art. 30 da Carta Magna, das competências atribuídas aos mesmos.

Paulo Bonavides, quando aborda o tema as inovações introduzidas no sistema federativo pela Constituição de 1988, sobretudo no que se refere à dimensão federativa dada aos Municípios, diz que:

1. A dimensão federativa conferida ao Município pela Constituição de 1988

As prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o mais considerável avanço de proteção e abrangência já recebido por este instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história. (...)

Faz-se mister assinalar desse modo o significado decisivo, inédito e inovador que assume o art. 18 da Constituição vigente. Esse artigo inseriu o município na organização político-administrativa da República, fazendo com que ele, ao lado do Distrito Federal, viesse a formar aquela terceira esfera de autonomia, cuja presença, nos termos em que se situou, altera radicalmente a tradição dual do federalismo brasileiro, acrescido agora de nova dimensão básica.(...)

Todavia, no Brasil, com a explicitação feita na Carta de 1988, a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes. Traz o artigo 29, por sua vez, um considerável acréscimo de institucionalização, em apoio à concretude do novo modelo federativo estabelecido pelo art. 18, visto que determina seja o município regido por lei orgânica, votada por *quorum* qualificado de dois terços dos membros da Câmara Municipal – requisito formal que faz daquele estatuto um diploma dotado de grau de rigidez análogo ao que possuem as cartas constitucionais.

Enfim, o art. 30, discriminando a matéria de competência dos municípios, tem uma latitude de reconhecimento constitucional desconhecida aos textos antecedentes do nosso constitucionalismo.⁴⁷

De outro lado, constatamos que o art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969, preceituava: “Art. 1º. O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (...)”.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. edição. São Paulo: Malheiros, 1997, pp.311-312. 766 p.

De outro lado, destacamos que positivamente a Constituição Federal de 1988, trouxe princípios, normas e valores que apontam para uma federação-república baseada, dentre outros fundamentos e objetivos, na democracia, no pluralismo, na descentralização, na participação popular e cidadã, na dignidade da pessoa humana, na justiça, na solidariedade, na busca do desenvolvimento, da redução da miséria e das desigualdades sociais e regionais. Tais princípios, normas e valores podem ser encontrados, somente para exemplificar, nos artigos 1º, 3º, 198 e 204.

Verificamos no Brasil, ainda nos dias atuais, a associação, em maior ou menor grau, do instituto do Convênio da Administração Pública aos conceitos Acordo, Convenção, Ativo Coletivo e/ou Ato Complexo. Também constatamos a caracterização dos Convênios como um instituto jurídico onde se dá, diferentemente dos Contratos Administrativos, a igualdade e/ou a igualdade jurídica e, ainda, onde estão ausentes situações de supremacia e/ou de preponderância, no mínimo no que diz respeito ao aspecto jurídico.

A questão ganha relevância, na medida em que percebemos que no Brasil, atualmente, uma parcela majoritária dos Convênios da Administração Pública ocorrem entre as pessoas que compõe a Federação e/ou as entidades vinculadas às mesmas.

No sentido apontado, constatamos notadamente a ocorrência de acordos convenientes da União e das entidades a ela vinculadas com os Estados e/ou Municípios e suas respectivas entidades. Comprovamos igualmente a realização, com grande freqüência, de ajustes entre os Estados da Federação e as entidades vinculadas aos mesmos com os Municípios existentes em seu território e suas respectivas entidades.

A raiz do grande número de ajustes envolvendo os mencionados partícipes é decorrência, de um lado, do previsto no art. 23, da Constituição Federal de 1988, onde se estipula um número de significativo e importante de matérias que são de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios. Igualmente, a existência dos mencionados pactos encontra explicação relevante, como conseqüência, em muitos aspectos, da referida competência comum, nas estipulações constitucionais presentes no âmbito do Título VIII, da Ordem Social da Carta Magna, que trata, dentre outros, da saúde (arts. 196 a 200), da assistência social (arts. 203 e 204), da educação (arts. 205 a 214), da cultura (arts. 215 e 216),

do desporto (art. 217), da ciência e tecnologia (arts. 218 e 219), do meio ambiente (art. 225), da família, da criança, do adolescente (arts. 226 a 230) e do idoso (arts. 229, 230 e 203, inciso V), dos índios (arts. 231 e 232), dos deficientes físicos, sensoriais ou mentais (art. 203, incisos IV e V, art. 208, inciso III, e art. 227). Outrossim, pensamos que o mesmo fenômeno decorre também do estímulo trazido pela Constituição de 1988 no sentido de uma Federação-República baseada nas idéias, dentre outras, da descentralização e da participação popular e cidadã.

De outro lado, temos também considerável número de Convênios a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda que associam pessoas da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e suas entidades com pessoas e entidades da sociedade civil sem fins lucrativos. No sentido apontado, constatamos que, no título da Ordem Social, da Constituição Federal de 1988, a mesma perspectiva de ajuste se encontra contemplada, somente para exemplificar, na área da saúde (art. 197, e art. 199, caput, §§ 1º, 2º e 3º), da assistência social (art. 204, inciso I), da educação (arts. 209 e 213), da cultura (art. 215 e art. 216, caput, §§ 1º, 3º e 6º), da ciência e tecnologia (art. 218), do meio ambiente (art. 225, caput, e § 2º), do idoso (art. 230), do deficiente (art. 227, § 1º, inciso II), da família, da criança e adolescente (art. 226, § 7º e art. 227, caput, e § 1º).

A verificação de que, no Brasil, os Convênios envolvem majoritariamente relações entre pessoas e entidades que compõem a Administração Pública, colabora no sentido de que haja o entendimento de que no mesmo instituto jurídico, diferentemente do que acontece nos Contratos da Administração Pública, ocorre a igualdade e/ou a igualdade jurídica e, ainda, de que nos Convênios estão ausentes situações de supremacia e/ou de preponderância, no mínimo no que diz respeito ao aspecto jurídico.

Entendemos que o acatamento da existência da citada dimensão de igualdade entre os partícipes do Convênio, no mínimo na esfera jurídica e no que se refere aos pactos que ocorrem entre os partícipes vinculados à Administração Pública, decorre notadamente da igualdade jurídica e da inexistência de hierarquia jurídica entre os entes da Federação.

No rumo indicado, anota André Luiz Borges Netto, que no Direito Constitucional pátrio temos “a noção de que, a despeito de serem econômica e politicamente desiguais, todos os Estados-membros são iguais entre si, sob o

aspecto jurídico, desigualdade esta que não existe nem mesmo entre os Estados-membros e a União Federal”, como também de que “não há, portanto, qualquer hierarquia jurídica entre as entidades políticas que integram o pacto federativo”.⁴⁸

Julgamos que, de um lado, devemos procurar viabilizar os novos e positivos preceitos trazidos pela Constituição Federal de 1988, que se orientam no sentido de uma Federação-República que rompa com as desigualdades de todos os tipos existentes entre os componentes do pacto federativo.

Pensamos, de outro lado, que não podemos subestimar, escudados na igualdade e falta de hierarquia jurídica entre os que compõem a mesma Federação, as imensas desigualdades de fato, baseadas especialmente no aspecto do desenvolvimento econômico e de dimensão de receita. Julgamos que as mencionadas desigualdades de fato não podem ser minimizadas, na medida em que, ao menos no que se refere aos pactos envolvendo os entes federativos, as mesmas ganham incidência concreta sobre os mencionados ajustes, gerando situações de desigualdade de fato e também jurídicas no âmbito dos mesmos.

7.2.3. Da desigualdade nos Convênios da Administração Pública, quando de situações de adesão e de ausência de paridade de fato e de direito nos mencionados ajustes

Consideramos que, nos Convênios da Administração Pública, a mencionada desigualdade, de fato e também de direito, ocorre quando estivermos diante, por exemplo, de situações de adesão, onde um dos partícipes tem a possibilidade de definir unilateralmente, o conjunto ou a parcela mais relevante, das cláusulas do ajuste.

Pensamos que a ausência de paridade, de fato e de direito, nos acordos e ajustes de adesão, se configuram mesmo quando decorrentes, direta ou indiretamente, de definições constitucionais, legais e administrativas, e, ainda, em situações onde não ocorram as chamadas cláusulas abusivas e/ou que não se dêem

⁴⁸ BORGES NETTO, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados-Membros**. Op. cit., pp. 71-72.

agressões aos princípios, normas e valores presentes no sistema jurídico nacional, como também independentemente do juízo de valor que possamos fazer da desigualação gerada pelo acordo de adesão citado.

Reconhecemos que os contratos e acordos de adesão tendem a criar situações desigualdade e imposição que atingem, em diversos graus, tanto os ajustes que tenham como partícipes somente pessoas e entidades da Administração Pública, quanto os que tenham também a participação de particulares.

Entendemos, porém, que somente a partir do exame das situações que envolvem os concretos contratos e pactos de adesão, é que podemos definir sobre a existência ou não das situações de adesão referidas e, na primeira hipótese, sobre o caráter das desigualdades que a adesão estabelece.

Lembramos, quando tratamos dos possíveis conteúdos das situações de desigualdade e ausência de paridade entre os partícipes nos contratos e acordos de adesão, os ensinamentos trazidos por Celso Antônio Bandeira de Mello, no trabalho sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. No mencionado trabalho o jurista anota que muitas hipóteses de desigualação têm “justificativa racional, isto é, fundamento lógico” e, ainda, guardam harmonia “com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional”.⁴⁹

Pensamos, porém, que quando configuradas, nos Convênios da Administração Pública, situações de desigualdade e de ausência de paridade entre os partícipes, de ordem prática e/ou jurídica, estamos diante da impossibilidade de se continuar estabelecendo distinção, a partir do critério igualdade dos partícipes, entre o mesmo instituto e o Contrato da Administração Pública. O mesmo acontece independentemente do juízo de valores que sejam feitos sobre as concretas desigualdades constatadas nos citados Convênios, da existência ou não de justificativa ou fundamento lógico para as mesmas desigualações, e, ainda, da ocorrência de legitimidade ou não para as mesmas no ordenamento constitucional, infraconstitucional e/ou administrativo.

Tratando dos denominados contratos de adesão, Caio Mário da Silva Pereira diz que são “aqueles que não resultam do livre debate entre as partes, mas

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª. edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 21-22. 48 p.

provêm do fato de uma delas aceitar tacitamente cláusulas e condições estabelecidas pela outra”.⁵⁰

Cláudia Lima Marques, quando trata do tema Contrato de Adesão, destaca que:

(...) O elemento essencial do contrato de adesão, portanto, é a ausência de uma fase pré-negocial decisiva, a falta de um debate prévio das cláusulas contratuais e, sim, a sua predisposição unilateral, restando ao outro parceiro a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato, não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento (...) manifesta-se por simples adesão ao conteúdo preestabelecido (...).⁵¹

Salienta Silvio Rodrigues, sobre o tema, que “o contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário”.⁵² O autor destaca que o contrato paritário supõe “a igualdade entre os interessados”, enquanto que no contrato de adesão “a fase inicial de debates e transigência fica eliminada”.⁵³

Paulo Luiz Netto Lôbo lembra que “o poder de predispor condições gerais pode ser aceitável pelo direito e pode ser abusivo”, mas, lembra o jurista que “em qualquer hipótese é um poder incontestável”.⁵⁴

⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume III – Fontes das Obrigações. Contratos. Declaração Unilateral de Vontade. Responsabilidade Civil. 10ª. edição, 13ª. tiragem, 2000, p. 43. 413 p.

⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 4ª. edição, revista, atualizada e ampliada, pelo Novo Código Civil e incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais, 2ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 59. 1.109 p.

⁵² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/2002. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 44. 447 p.

⁵³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3. 30ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10/1/2002. Op. cit., pp. 44-45.

⁵⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 17. 246 p.

Anota Cláudia Lima Marques que a doutrina atual “aceita o caráter contratual dos contratos de adesão”, entendendo que se trata “de um acordo de vontades representado pela adesão, não sendo essencial ao contrato que seu conteúdo seja discutido cláusula a cláusula em uma fase preliminar”, e, também, que “a igualdade de forças dos contratantes não é essencial”.⁵⁵ Registrando a jurista que “o novo Código Civil de 2002 conhece a expressão contratos de adesão e reconhece implicitamente sua natureza de contrato”.⁵⁶

No artigo 54, caput, da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, temos, como definição de contrato de adesão, que:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pelas autoridades competentes ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (...).

Nelson Nery Júnior, comentando o mencionado art. 54, caput, do Código de Defesa do Consumidor, lembra que a definição do tipo contrato de adesão “é feita pela forma de contratação e não pelo objeto da relação negocial” e, ainda, em oposição ao denominado “contrato de comum acordo, que indica ter havido discussão, pelas partes, sobre o conteúdo do futuro contrato”.⁵⁷ O citado jurista lembra que na definição do Código de Defesa do Consumidor pátrio “estão abrangidas ambas as formas de contratação vislumbradas por Orlando Gomes como

⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 4ª. edição, revista, atualizada e ampliada, pelo Novo Código Civil e incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais, 2ª. tiragem. Op. cit., p. 62.

⁵⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 4ª. edição, revista, atualizada e ampliada, pelo Novo Código Civil e incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais, 2ª. tiragem. Op. cit., p. 62.

⁵⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. Da Proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e.; FINK, Daniel Roberto.; FILOMENO, José Geraldo Brito.; WATANABE, Kazuo.; NERY JÚNIOR, Nelson.; e DENARI, Zeno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 4ª. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pp. 283-386, p. 299. 738 p.

sendo contrato de adesão e contrato por adesão”⁵⁸, na medida que “tanto as estipulações unilaterais do poder público (“aprovadas pela autoridade competente”, art. 54, caput, CDC) como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito legal de contrato de adesão”.⁵⁹

Ainda, verificamos, com um relativo grau de detalhamento, quando do exame do Contrato da Administração Pública como Contratos de Adesão, que tanto a Administração Pública, como os que com ela pactuam, ficam sujeitos ao estabelecido pela Lei Federal nº 8.666, Das Licitações e Contratos Administrativos. No mencionado diploma legal estão definidos princípios, normas e valores que devem ser seguidos na licitação, dispensa e inexigibilidade, na elaboração do edital/ato convocatório dos citados procedimentos, com o também na minuta do futuro contrato ou instrumentos de ajuste.

Lembramos que Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca, nos Contratos Administrativos, a fixação unilateral das cláusulas pela Administração⁶⁰, ao passo que Juarez Freitas salienta que todo ajuste administrativo é de adesão.⁶¹

Entendemos que nos Convênios da Administração Pública os partícipes ficam submetidos a amplo leque de princípios, normas estritas e valores, que se não impedem, limitam consideravelmente, a discussão do conteúdo do ajuste na fase preliminar. A mesma situação tende a gerar, na grande maioria dos casos, ajustes com cláusulas definidas e/ou impostas unilateralmente, ou seja, situações de adesão

⁵⁸ GOMES, Orlando. **Contratos de Adesão**. São Paulo: Editora RT, 1972, pp. 05-09.

Também: GOMES, Orlando. **Contratos**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 120-123.

⁵⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. Da Proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e.; FINK, Daniel Roberto.; FILOMENO, José Geraldo Brito.; WATANABE, Kazuo.; NERY JÚNIOR, Nelson.; e DENARI, Zeno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 4ª. edição, revista e atualizada. Op. cit., pp. 298-299.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. edição, atualizada com a Reforma Previdenciária – EC nº 41/03, até 31-12-03. São Paulo: Atlas, 2004, p. 255. 751 p.

⁶¹ FREITAS, Juarez. Dos Contratos Públicos: Distinção entre Princípios e Normas, Elementos Nucleares, Procedimento Preparatório e Conceituação. In: **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 167-185, p. 175. 191 p.

e não paritárias, patrocinadas, como regra, pela pessoa ou entidade concedente dos recursos e/ou verbas colocadas à disposição do ajuste. As situações de adesão e de desigualação ocorrem, em princípio e de forma mais destacada, nas hipóteses dos convenientes que recebam e utilizem os recursos e verbas serem particulares, como também, em regra, quando os convenientes forem pessoas ou entidades da Administração Pública.

Constatamos que os princípios, normas e valores que conformam os Convênios da Administração Pública podem ser encontrados, em seus traços gerais, na Carta Magna, em normas infraconstitucionais e/ou regramentos administrativos, como também se manifestam em diretrizes, programas e políticas, que ganham contornos mais concretos especialmente nas Leis de Diretrizes Orçamentárias e nas próprias Leis Orçamentárias.

Julgamos que as nossas afirmações ganham nitidez nas estipulações, por exemplo, do art. 197 e do art. 199, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988, que se referem à saúde, como também na Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

De um lado, o art. 197 da Constituição Federal define que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle”, ao mesmo tempo que estipula que a execução das mencionadas ações e serviços de saúde deverá “ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

De outro lado, o art. 199, caput, diz que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, enquanto o § 1º do mesmo artigo define que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”, e o § 2º, do art. 199, estipula que “é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”.

Igualmente, pensamos que a Lei Federal 8.080, de 1990, configura com clareza a situação de subordinação dos partícipes de Convênios e/ou de Contratos da Administração Pública, nas ações e serviços de saúde, aos princípios, normas e

valores definidos na Constituição, na legislação, regramentos e diretrizes administrativos para a área.

O artigo 1º, da citada Lei Federal, estipula que a mesma “regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”.

Estabelece o artigo 7º, da mesma, que:

Art. 7º. As ações e serviços de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...)

O art. 15, da citada Lei, fixa as atribuições comuns a serem exercidas, em seu âmbito administrativo, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, enquanto o art. 16, da citada Lei, define um conjunto de competências da direção nacional do Sistema Único da Saúde.

Destacamos, dentre outras, as competências da direção nacional do Sistema Único da Saúde presentes no art. 16, incisos XIII, XIV, XVII, XVIII e XIX:

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: (...)
XIII – prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;
XIV – elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;
(...)
XVII – acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;
XVIII – elaborar Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;
XIX – estabelecer Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo território nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. (...).

A Lei Federal 8.080, quando trata dos serviços privados de assistência a saúde, no art. 24, parágrafo único, enuncia que “a participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público”, ao passo que o art. 22, estipula que “na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os

princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), quanto às condições para o seu funcionamento”.

O artigo 26, caput, da mesma Lei, define que “os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde”, sendo que, segundo o § 1º, “na fixação de critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida (...), a direção nacional do SUS deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro (...)” e, ainda, “os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS, mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”.

Igualmente, entendemos que a própria estipulação presente no art. 116, caput, da Lei Federal nº 8.666, da Licitação e dos Contratos Administrativos, de que se aplicam as normas da mesma Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, já se faz suficiente no sentido de submeter os partícipes dos Convênios da Administração Pública a ampla relação de princípios, normas estritas e valores, que moldam significativamente o mesmo instituto jurídico, de forma a, no mínimo, reduzir significativamente a discussão dos conteúdos dos ajustes na fase preliminar. O que cria uma ponderável tendência no sentido das cláusulas dos ajustes serem definidas unilateralmente por um ou alguns dos partícipes, de regra os concedentes de recursos e verbas, gerando significativa propensão para a ocorrência de situações marcadas pela desigualdade entre os partícipes e pela mera adesão de um ou alguns partícipes, no geral os convenientes que recebem e utilizam os recursos.

No mesmo rumo, consideramos que a Instrução Normativa nº 01, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, que trata dos convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos e a realização de eventos, estipula, somente para lembrar, significativo número de regramentos que obrigatoriamente deverão ser seguidos pelos partícipes dos citados Convênios da Administração Pública, tais como: requisitos para a apresentação do Plano de Trabalho (art. 2º); requisitos necessários para que os que propõem o Plano de Trabalho comprovem situação de regularidade, habilitando-se para o mesmo (art. 3º); aprovação técnica e jurídica, bem como da autoridade competente (art. 4º);

vedações (arts. 5º e 8º); cláusulas obrigatórias (art. 7º); da vigência, alteração, rescisão e denúncia no Convênio (art. 7º, incisos II, III, e X, art. 15, art. 16, art. 21, § 6º, e art. 36); publicação do extrato do Convênio e seus aditivos, como condição de eficácia do mesmo (art. 17º); da liberação dos recursos e do manejo dos mesmos (arts. 18 a 20); da execução do Convênio (art. 22 a 27); da sujeição às disposições da Lei 8.666, na execução de despesas com recursos transferidos, especialmente em relação à licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação pregão (art. 27); da prestação de contas (arts. 28 a 35); e tomada de contas especial (art. 38).

Ainda, constatamos, que o art. 10, § 6º, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, preceitua que:

Art. 10. (...)

§ 6º. Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação de recursos ao cumprimento fiel dos programas e convênios. (...)

No mesmo sentido, o art. 7º, inciso V, da Instrução Normativa 1/97, da STN, dos Convênios, estipula, como cláusula obrigatória do Convênio, dentre outras, “a prerrogativa da União, exercida pelo órgão ou entidade responsável pelo programa, de conservar a autoridade normativa”, que testemunha a situação de adesão e desigualdade entre os partícipes do ajuste.

Os elementos mencionados nos fazem lembrar o alerta do jurista espanhol José Maria Rodriguez de Santiago, inspirado também em trabalhos de Angel Menendez Rexach⁶², Alberto Pérez Calvo⁶³ e Alejandro Nieto⁶⁴, sobre as técnicas de coordenação entre Administrações Públicas, quando são atribuídas

⁶² REXACH, Ángel Menéndez. Coordinación de la ordenación del territorio con políticas sectoriales que inciden sobre el medio físico. In: **Documentación Administrativa**, nºs. 230-231 (abril-septiembre, 1992), pp. 229 e ss, p. 230.

⁶³ CALVO, Alberto Pérez. Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autônomas. In: **REALA**, nºs. 235-236 (julio-diciembre 1987), pp. 465 e ss, pp. 467 e ss.

⁶⁴ GARCIA, Alejandro Nieto. Cooperación y asistencia. In: **La Provincia en el Sistema Constitucional**. Madrid: 1991, pp. 50 e ss., p. 146.

competências de coordenação a um dos partícipes. O mesmo José Maria Rodriguez de Santiago, diz que “como é sabido, o próprio das técnicas de coordenação entre as Administrações Públicas é a imposição, por quem ocupa o lugar de coordenador, frente aos coordenados, das medidas necessárias e suficientes para conseguir a integração (...)”.⁶⁵

De outro lado, julgamos que pelo fato de que se originarem na União as parcelas mais significativa dos recursos transferidos a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, através de Convênios, temos, em muitas situações, em razão do interesse de receber os recursos, a simples adesão das pessoas e entidades estaduais, municipais, bem como da sociedade civil, aos programas, diretrizes e/ou normativas da esfera federal.

O jurista espanhol José María Rodríguez de Santiago anota existir, na prática convencional por ele examinada, uma “tendência, dificilmente evitável, de que quem financia uma atividade ganhe influência sobre a mesma”.⁶⁶

Outrossim, destacamos que a Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 70005479662, decidiu, por maioria, como votos favoráveis dos Desembargadores João Carlos Branco Cardoso (Revisor e Relator para o Acórdão) e Wellington Pacheco Barros e vencido o Desembargador Relator Vasco Della Giustina, dar provimento ao apelo, em ação de ressarcimento. O provimento foi dado a partir do entendimento de que existiram valores que deixaram de ser repassados e, ainda, da constatação de que uma das cláusulas do Convênio em exame deixava para uma das partes a estipulação dos

⁶⁵ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 28-29. 434 p.

O autor enuncia o que segue:

“Como es sabido, lo propio de las técnicas de coordinación entre Administraciones públicas es la imposición por quien ocupa el lugar de coordinador, frente a los coordinados, de las medidas necesarias y suficientes para lograr la integración (...)”.

⁶⁶ SANTIAGO, José Maria Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Op. cit., p. 178.

Temos, no texto traduzido, que:

“(...) tendencia, difícilmente evitable, de que quien financia una actividad gane influencia sobre la misma”.

valores a serem repassados, “desrespeitando – segundo o Desembargador Wellington Pacheco Barros - o princípio da federação em que há igualdade entre os entes federados”. Na causa referida, onde a União não está envolvida, podemos ler que no Convênio mencionado, estamos diante de “vício de consentimento na origem quando (...) impôs sua vontade não deixando alternativa aos (...) que necessitavam do repasse e aderiram”.⁶⁷

7.2.4. Algumas conclusões sobre a igualdade e a precariedade nos Convênios da Administração Pública

Pensamos, como resultado das análises efetuadas e das experiências relatadas, que existe, em muitos casos, um peso preponderante de um ou alguns dos partícipes do Convênio, revelando que a igualdade dos entes federados e, mais ainda, dos mesmos com os particulares, não é um dado que possa ser pacificamente aceito, em termos práticos e/ou jurídicos. Julgamos que, em decorrência das situações de adesão e de ausência de paridade também nos Convênios da Administração Pública, não é possível se falar em distinguir os mesmos dos Contratos da Administração Pública, atribuindo aos primeiros, diferentemente do que aos segundos, uma sempre existente igualdade entre os partícipes.

De um lado, verificamos que as situações de adesão nos Convênios da Administração Pública são geradas, em grande número de ocasiões, pelo fato de que o concedente, quando for pessoa ou entidade que repassa verbas públicas, ficar obrigado a exigir que o conveniente respeite estipulações legais e pactue cláusulas que são conformadas pelos princípios, normas e valores gerais a que se sujeitam as pessoas e entidades da Administração Pública, bem como pelos princípios, normas

⁶⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70005479662. Decisão de 09 de abril de 2003. Relator vencido Des. Vasco Della Giustina e votos vencedores do Des. João Carlos Branco (Revisor – Redator para o Acórdão) e Des. Wellington Pacheco Barros. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Jurisprudência de Inteiro Teor** (Internet). Porto Alegre: TJRS, 2003, pp. 01-04 e 12. 16 p. Encontrado no site: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 04 de abril de 2006.

e valores que, somente para enumerar, norteiam as contratações da Administração Pública, o Direito Financeiro, Orçamentário (diretrizes orçamentárias, orçamentos, programas e/ou políticas governamentais) e da Contabilidade Pública.

De outro lado, é constatável também que quando um ou alguns dos partícipes do Convênio da Administração Pública trazem aporte de recursos e verbas mais significativas ao pacto de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, temos uma forte tendência no sentido da preponderância do/dos mesmo/mesmos na definição das diretrizes, programas, normativas administrativas e/ou legais que direcionarão as cláusulas do mesmo ajuste. Tal ocorre, somente para anotar, num grande número de ajustes de natureza convenial onde não temos uma contribuição equivalente de recursos e verbas entre os partícipes, embora possa ocorrer, em muitos deles, que todos os partícipes assumam obrigações relevantes para viabilizar o objeto, objetivos e metas do pacto associativo referido.

Registramos que, no período mais recente, temos, nos Convênios da Administração Pública, uma maior exigência para o conveniente no que diz respeito à questão das contrapartidas, notadamente na transferência de recursos a outros entes da Federação. Constatamos que, de um lado, ocorre a exigência de previsão orçamentária das contrapartidas, e, de outro lado, definem-se critérios objetivos para estabelecer os percentuais das mesmas, a partir da capacidade financeira da respectiva unidade beneficiada e do exame do índice de Desenvolvimento Humano da mesma. Tais exigências e definições encontram-se, somente para lembrar, no art. 25, § 1º, inciso IV, letra “d”, da Lei Complementar Federal nº 101, de 2000, Da Responsabilidade Fiscal, e no art. 44, da Lei Federal nº 11.178, de 2005, Das Diretrizes para a Elaboração da Lei Orçamentária de 2006.

Entendemos que em Convênios que se derem situações onde as contribuições de recursos e verbas alocadas de concedentes e convenientes forem idênticas ou assemelhadas, tendem a ocorrer exigências no sentido de que sejam discutidas e negociadas entre os partícipes as cláusulas e as condições dos ajustes referidos, como também os conteúdos dos programas, políticas e/ou normatizações administrativas que os conformarão, como também removidos obstáculos de ordem legal e administrativos que impeçam ou limitem as possibilidades de ocorrência das mencionadas discussões, negociações e de relações mais equânime entre os partícipes.

Julgamos, em face do exposto, que se revelam muito frágeis, ao menos tendo como parâmetro a realidade brasileira, os entendimentos que enxergam a igualdade entre os partícipes nos Convênios da Administração Pública como traço que caracterizam os mesmos e os distinguem dos Contratos da Administração Pública, onde a mesma igualdade estaria ausente.

De outro lado, lembramos que na medida em que temos como premissa a igualdade entre as partes como um traço essencial nos Contratos Privados, o que também, muitas vezes, não é verdadeiro⁶⁸, poderíamos entender que o aspecto igualdade entre os partícipes é um traço comum entre os Convênios da Administração Pública e os Contratos Privados, embora não entre os Contratos da Administração Pública e os dois institutos antes mencionados. Quando verificamos que a questão da igualdade entre os partícipes dos institutos aqui referidos não se demonstra uma questão que possa ser resolvida de forma tão simples e linearmente.

Tais pressuposições simplificadas, na medida em que um dos principais entendimentos doutrinários sobre os Contratos da Administração Pública era e é a ausência de igualdade entre as partes no mesmo, ao contrário do que aconteceria com os Contratos Privados, poderiam gerar inclusive raciocínios artificiais, referenciados no exame unilateral do fenômeno igualdade entre as partes, que considerem que os chamados Convênios da Administração Pública têm uma proximidade maior com os Contratos Privados do que a existente com os cognominados Contratos da Administração Pública.

Tais exames poderiam merecer uma problematização ainda maior se tivermos em conta que existem compreensões que enxergam como fenômeno significativo, no âmbito dos Contratos da Administração Pública, a existência dos denominados Contratos Privados da Administração Pública, sem ter em conta, muitas vezes, que qualquer dos Contratos e pactos que tenham a participação de pessoas e entidades da Administração Pública, inclusive os antes mencionados, são

⁶⁸ MASAGÃO, Mário. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 1933, pp. 70-82. 114 p.

regulados, no sistema jurídico nacional⁶⁹, de forma ampla e relevante pelo Direito Público⁷⁰.

Consideramos, por tudo que foi analisado e constatado, que a igualdade entre os partícipes nos Convênios da Administração Pública, ou mesmo a sua ausência, não se revela como elemento significativo, seguro e/ou incontestável para distinguir o mesmo instituto dos Contratos da Administração Pública e/ou dos Contratos em geral.

Igualmente, julgamos que de uma possível constatação da igualdade entre os partícipes nos chamados Convênios da Administração Pública, ou da ausência da mesma paridade, não se deve extrair maiores conclusões sobre a existência ou não de natureza precária nos citados ajustes, ao contrário do que aconteceria nos denominados Contratos da Administração Pública e nos Contratos em geral.

Pensamos, de um lado, que associar o elemento igualdade, ou mesmo a sua ausência, entre os partícipes/partes, como critério para estipular uma natureza de maior ou menor precariedade e/ou instabilidade dos institutos jurídicos de natureza obrigacional, significa aceitar também juízos, por exemplo, que podem concluir que os Contratos Privados são de natureza mais precária e instável do que os cognominados Contratos da Administração Pública, como também, o entendimento, em sentido contrário, de que a desigualação entre as partes/

⁶⁹ Julgamos que o enunciado no art. 62, § 3º, na cabeça do mesmo, da Lei Federal nº 8.666/93, aponta no rumo indicado.

⁷⁰ No mencionado sentido, temos os exames dos seguintes juristas:

FREITAS, Juarez. Dos Contratos Públicos: Distinção entre Princípios e Normas, Elementos Nucleares, Procedimento Preparatório e Conceituação. In: **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 167-185, pp. 167-168. 191 p.;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo** – De Acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 199-200. 311 p.;

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 310-311. 418 p.; e

DROMI, José Roberto. **Derecho Administrativo**. 10ª ed. actualizada. Buenos Aires – Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2004, pp. 469, 473 e 474. 1.630 p.

partícipes no último Contrato o torna com maior grau de precariedade e instabilidade.

Reafirmamos aqui o entendimento que a experiência nacional tem constatado de que as pessoas ou entidades da Administração Pública e particulares, têm interesse, via de regra, em conseguir recursos, através de Convênios, para as finalidades e atividades que pretendem efetuar, notadamente pela necessidade das mesmas.

Lembramos novamente que, no Brasil, no que se refere aos denominados Convênios da Administração Pública, como resultado do referido interesse em receber as mencionadas transferências de recursos, temos um reduzido percentual de negativas no sentido do recebimento de verbas e de assinaturas dos pactos devido cláusulas, condições e normatizações vinculadas aos mesmos, e, ainda, uma reduzida dimensão de retiradas unilaterais, denúncias e/ou de disputas judiciais.

Relembramos que o verificado, aqui e também no mundo, indica no sentido de desautorizar de forma veemente as chamadas precariedade e instabilidade dos Convênios da Administração Pública.

8. A CARACTERIZAÇÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO AJUSTES ONDE, NA RELAÇÃO ENTRE OS PARTÍCIPES, SE FAZEM PRESENTES A COOPERAÇÃO, COLABORAÇÃO, COORDENAÇÃO, PARCERIA, AUXÍLIO E/OU AJUDA, E, AINDA, A AUSÊNCIA DE LUCRO, PREÇO E/OU REMUNERAÇÃO, NÃO SE REVELA IMPEDIMENTO PARA A CONSTATAÇÃO TAMBÉM DA EXISTÊNCIA DE OUTROS CONTRATOS ASSOCIATIVOS E COOPERATIVOS, E/OU DE CONTRATOS ONDE NÃO SE CONFIGURE OS ELEMENTOS LUCRO, PREÇO E/OU REMUNERAÇÃO

8.1. EXAMES PRELIMINARES: DAS INSUFICIÊNCIAS E EQUÍVOCOS DOS MAIS RELEVANTES ENTENDIMENTOS QUE EFETUAM A DIFERENCIAÇÃO DOS OS CONVÊNIOS COM OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Destacamos, preliminarmente, que os exames efetuados até aqui evidenciam as insuficiências e equívocos dos mais relevantes fundamentos doutrinários da distinção entre o Convênio e o Contrato da Administração Pública. As principais bases podem ser encontradas na diferenciação que parte da doutrina tem efetuado entre as noções de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo e o conceito de Contrato.

Diante das distinções mencionadas ressaltamos, ao longo do presente estudo, a fragilidade dos entendimentos que concediam relevância, nas relações entre as partes/partícipes, sobretudo para a dicotomia antagonismo/convergência de interesses, objetivos e resultados pretendidos, e, ainda, obrigações recíprocas/inexistência das mesmas e/ou, também, acordos de vontades para a formação de vínculos/pacto de cooperação onde se revelam inexistentes ou instáveis os vínculos jurídicos e obrigacionais.

Julgamos que a realidade contratual moderna problematiza a rígida dicotomia antagonismo/convergência de interesses, objetivos e resultados pretendidos pelos partícipes/partes, na medida em que a doutrina e as codificações

dos séculos XIX, XX e atual reconhecem a existência, ao lado dos contratos de permuta e de intercâmbio, de contratos com atividades em proveito alheio e também de contratos associativos, cooperativos, de parceria e de comunhão de escopo. Igualmente, entendemos que a mencionada dicotomia sofre objeção desestruturadora com os contemporâneos entendimentos da relação obrigacional e contratual como totalidade e processo, e, ainda, como vínculo que se dá para além das partes e também na perspectiva dos terceiros, da sociedade e do ordenamento jurídico, e, também, como relação onde temos a afirmação decisiva dos elementos cooperação, colaboração, coordenação e parceria nas relações obrigacionais e contratuais.

Pensamos que, no que se refere à dicotomia que vincula as noções de Contrato da Administração Pública e/ou Contrato ao conceito de obrigações recíprocas, que a mesma associação de noções ocorre, quando muito, nos contratos de permuta, bilaterais, onerosos e/ou comutativos, bem como desconhece ou subestima a presença, no Direito Privado e no Direito Público, dos contratos com atividades em proveito alheio, associativos e cooperativos, unilaterais, gratuitos e/ou onde está ausente a comutatividade.

Entendemos que os exames que trabalham com as idéias da inexistência ou instabilidade dos vínculos jurídicos e/ou obrigacionais nos Convênios da Administração Pública, em contraposição ao que aconteceria nos Contratos da Administração Pública e nos Contratos, não revelam consistência. A ausência de solidez dos entendimentos enunciados se dá pelo fato de que nos primeiros ajustes, como nos segundos, temos a vinculação jurídica e obrigacional, através da ampla estipulação de direitos, deveres, obrigações, pretensões, como também da possibilidade, no que e quando couber, de responsabilizações, ações, sanções e penalizações. Ainda, pensamos que nos dias atuais não é aceitável qualquer entendimento que restrinja a normatividade, a juridicidade e a responsabilidade nos ajustes de natureza convenial, considerando os mesmos pactos como meras declarações, protocolos, pautas e/ou acordos de intenções, programáticos e/ou políticos.

Ainda, efetuam-se, no âmbito das citadas diferenciações, associações entre a presença da retirada unilateral e da denúncia nos Convênios da Administração Pública e uma pretensa instabilidade e precariedade dos mesmos, diferentemente do que aconteceria nos Contratos da Administração Pública e nos

Contratos. Pensamos que tais traços de distinção não merecem credibilidade diante, de um lado, das alterações e “rescisões” unilaterais previstas nos Contratos Administrativos e, de outro lado, da existência da resilição unilateral e da denúncia em inúmeras figuras contratuais.

Também constatamos, na órbita das referidas diferenciações, os entendimentos que percebem uma suposta existência de relações de igualdade, de fato e/ou de direito, entre os partícipes dos Convênios da Administração Pública, em contradição com o que ocorreria notadamente nos Contratos da mesma Administração. Quando pensamos ser possível verificar, em sentido contrário àquelas opiniões, em muitos Convênios da Administração Pública, a partir da realidade da Federação brasileira e/ou de situações de adesão, a desigualdade, de fato e jurídica, e, ainda, a nítida ausência de paridade. Igualmente, destacamos que as situações de adesão, de falta de paridade e de desigualdade ocorrem, mesmo que com características próprias, tanto nos Contratos da Administração Pública, como nos Contratos de Direito Privado e nos Convênios da Administração Pública.

Pensamos que as mesmas distinções e manifestações refletem, de regra, uma concepção dogmática e restritiva da própria teoria tradicional das obrigações e dos contratos, que se mantêm viva até os dias atuais no âmbito do Direito Público pátrio, embora derrotada no âmbito do Direito Privado brasileiro e internacional, pela ampla maioria da doutrina e pelas codificações do século XIX, XX e atual.

De outro lado, relembramos que a teoria tradicional das obrigações e do contrato recebe abalo desestruturador decisivo pelo pensamento atual das mesmas áreas, que enxergam as relações obrigacionais como totalidade e processo, para além das partes e na perspectiva dos terceiros, da sociedade e do ordenamento, bem como onde temos a ampliação, dentre outros, dos elementos cooperação, colaboração e parceria.

Consideramos, portanto, em face das mencionadas constatações, que os citados exames não autorizam que se considere acertado dizer que a maioria das referidas concepções se tornam ultrapassadas notadamente pelos contemporâneos entendimentos doutrinários, pela razão de que grande parcela das concepções aqui questionadas já se demonstravam superadas, no Brasil e no mundo, pela doutrina e pelas codificações do século XIX e do início do século XX.

Julgamos que para as contemporâneas concepções os elementos mútua cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, como também

repersonalização e despatrimonialização, podem ocorrer, tanto no âmbito Contratos de Direito Privado, como nos chamados Contratos da Administração Pública, quanto na órbita dos designados Convênios da Administração Pública. O que não significa obscurecer a verificação de uma maior aptidão, como tendência, para a consolidação dos elementos de cooperação, colaboração, parceria, auxílio e/ou ajuda nos contratos com atividade em proveito alheio e nos contratos associativos, cooperativos e de comunhão de escopo, do que temos, por exemplo, em relação aos contratos de permuta.

De outro lado, pensamos que a existência dos elementos cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, tantos nos chamados Contratos, como nos Convênios da Administração Pública, não significam que os mesmos institutos se manifestem de forma uniforme e nem que tenham regime jurídico idêntico, na medida em que os mesmos têm traços, qualidades, mecanismos, manifestações e contornos distintos.

Salientamos que, agora, adentraremos em exames que nos levam a caracterizar os Convênios da Administração Pública, de um lado, como pactos que se destacam, nas relações entre os partícipes, pela cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, e, ainda, pela ausência, no mínimo, do lucro, preço e/ou remuneração.

Ressaltaremos, de outra parte, no próximo capítulo, que os Convênios da Administração Pública têm como traços que os particularizam também: os compromissos e obrigações de parcela ou da totalidade dos partícipes, em especial os concedentes e, quando couber, o conveniente, no sentido de destinar recursos, repassar verbas e/ou efetuar contrapartidas para realizar o objeto e o ajustado; os compromissos e obrigações de parte ou todos os participantes, como destaque para o conveniente e/ou o executor institucional, de utilizar, gerir, gerenciar e/ou administrar os mesmos recursos de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, tendo como parâmetro o acordado, as regulações, quando couber, das pessoas e entidades partícipes, como também os princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais; a sujeição à fiscalização, controle e prestação de contas, para os demais partícipes e para os que se envolverem com o pacto convenial, para o controle interno (Controladorias, Auditorias e serviços de contabilidade), controle externo (Tribunais de Contas), controle judicial, como também controle da sociedade, da cidadania e popular.

Entendemos que as caracterizações e particularizações que traçaremos em relação aos Convênios da Administração Pública não impedem que possamos verificar também em outros Contratos, a ocorrência dos elementos dos traços acima enunciados.

Por tudo o que enunciado, julgamos os Convênios da Administração Pública admite, inclusive pela diversidade de possíveis objetos, tanto situações de bilateralidade, “trilateralidade”, onerosidade (a onerosidade pode ocorrer sem que ocorra, nas relações entre os partícipes, o lucro, o preço e/ou a remuneração), a reciprocidade de obrigações, a comutatividade, a igualdade, como também acolhe hipóteses de unilateralidade (com o sentido de número de partes sobre as quais recai dever jurídico, e não de número de participantes da relação jurídica), de gratuidade (com o entendimento de contrato em que existem partes que não possuem ônus na relação), de ausência de reciprocidade, de comutatividade e de paridade (como no caso das situações que geram pactos de adesão).

8.2. A DISTINÇÃO EFETUADA ENTRE OS CONTRATOS E OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NA DOCTRINA, NA PRÁTICA ADMINISTRATIVA, NA NORMATIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E LEGAL BRASILEIRA, EM RELAÇÃO AS TEMÁTICAS, DENTRE OUTRAS, AUSÊNCIA OU PRESENÇA DE LUCRO, PREÇO, PAGAMENTO, CONTRAPRESTAÇÃO, REMUNERAÇÃO, VANTAGEM, INTERESSE FINANCEIRO E PATRIMONIAL

Entendemos que os Convênio da Administração Pública se caracterizam, nas relações concretas e específicas entre os partícipes, por serem pactos de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda voltados para o atendimento do interesse público e/ou social, onde estejam ausentes, no mínimo, o lucro, o preço e/ou a remuneração. Relembramos, porém, que a estipulação de tais traços como particularizadores dos mencionados pactos, não se revelam como impedimentos para que se verifique a existência de outros Contratos associativos e cooperativos e/ou de outros Contratos onde inexistam o lucro, o preço e/ou a remuneração.

Constatamos, porém, que a temática da ausência, no mínimo, do lucro, do preço e/ou da remuneração não se revela tranqüila, pelo fato de os próprios conceitos referidos ensejarem exames e enfoques variados.

Igualmente, verificamos que na doutrina, na prática administrativa e na própria normatização pátria, os Convênios da Administração Pública são associados, além de aos conceitos de ausência de lucro, preço e/ou remuneração, também às noções como, dentre outras, de inexistência de pagamento, contraprestação, vantagem, interesse financeiro e patrimonial. O que acontece é que julgamos que as últimas noções não se nos afiguram como sempre aptas para estarem ausentes dos mencionados ajustes.

De outro modo, verificamos que, na maioria da doutrina administrativista pátria, como também na prática administrativa nacional, temos geralmente, o Contrato em geral e o Contrato da Administração Pública em particular, vinculados às noções de interesses opostos e diversos e/ou de obrigações recíprocas, como também aos conceitos de preço, remuneração, pagamento, contraprestação, vantagem, interesse patrimonial e/ou lucro. De outra forma, constatamos, na mesma doutrina e prática, que os Convênios da Administração Pública estão associados às idéias de comunhão de escopo, de mútua cooperação e colaboração, onde estão ausentes os elementos preço, remuneração, pagamento, contraprestação, vantagem e interesse financeiro e lucro.

Hely Lopes Meirelles afirma que “no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço, etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem)”, enquanto que no convênio “não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões”.¹ Destacando que no último instituto “a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos”.²

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 387. 798 p.

² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 387.

Lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “no convênio, verifica-se a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como o repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração”.³

Leon Fredja Szklarowsky destaca que o contrato se distingue “pela presença de duas ou mais partes, pretendendo uma delas o objeto – a prestação de serviço, a compra de alguma coisa, a realização de obra, a locação de um bem – e a outra, a contraprestação respectiva – a remuneração ou outra vantagem”, sendo que nos convênios “as pretensões são sempre as mesmas, variando apenas a cooperação entre si, de acordo com as possibilidades de cada um, para a realização de um objetivo comum, com a característica de associação cooperativa”.⁴

Destaca Jessé Torres Pereira Junior que na grande maioria das oportunidades, trata-se no convênio que “um ente público repasse recursos financeiros para que outro ente (...) realize projeto de interesse público de competência comum ou concorrente, a nenhum deles movendo o fim do lucro, figura de todo estranha ao convênio”.⁵

Sílvio Luís Ferreira da Rocha, quando trata do tema convênios, entende que é “correto afirmar que o valor pago pela Administração no contrato administrativo corresponde a contraprestação pelo cumprimento da obrigação pela

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 190. 395 p.

⁴ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: S/Local: **Âmbito Jurídico**, set/1998 (Internet). S/Local: **Âmbito Jurídico**, set/1998, p. 01. 06 p. Encontrado no site <http://ambito-juridico.com.br/aj/da0005.html>, acessado em 23 de julho de 2003.

O mesmo artigo poderá também ser encontrado, In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina, a. 1, n. 20, out.1997, p. 01. 07 p. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>>, acesso em 09 de fevereiro de 2005.

⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**: Lei nº 8.666/93, com a Redação da Lei nº 8.883/94. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 617. 980 p.

outra parte”, ao passo que “no convênio o valor pago pela Administração não corresponde a contraprestação, mas sim auxílio, incentivo, fomento à atividade considerada socialmente relevante”⁶, não tendo, no último, as verbas repassadas “natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca do benefício recebido”.⁷

Registra Renato Zugno que “não raro, ocorre de uma universidade pública, por exemplo, possuir material humano com elevado conhecimento da técnica da pesquisa, porém, não possuir equipamentos e/ou verba necessários para a elaboração da mesma” e que a mesma, utilizando-se do convênio, “poderá realizar a pesquisa com a entidade pública ou privada que tenha os equipamentos e as verbas necessárias e cuja pesquisa atenda também seus interesses”.⁸ Ainda, destaca que na mencionada situação “não se cogita, portanto, de preço ou remuneração”, o que estabelece nítida distinção entre os denominados Contratos Administrativos e os Convênios da Administração Pública.⁹

Pedro Durão anota que “estar-se-ia diante de um autêntico convênio”, por exemplo, quando no ajuste ocorrer a “convergência de esforços para o interesse público” e, ainda, “não se verificar qualquer prestação pecuniária como forma de pagamento para o alcance do trabalho”.¹⁰ Estabelece como exemplo de convênio administrativo a hipótese em que “determinado ente público entra em acordo com empresa particular, e ambos, com a finalidade de construção de um hospital,

⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55. 174 p.

⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. Op. cit., p. 54.

⁸ ZUGNO, Renato. **Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75. 168 p.

⁹ ZUGNO, Renato. **Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade**. Op. cit., p. 75.

¹⁰ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 82. 244 p.

¹⁰ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. OP. cit., p. 82.

integram de um lado, mão-de-obra, e do outro, material para a construção do mesmo”.¹¹ Por outro lado, o mencionado autor registra que deveríamos caracterizar como contrato administrativo a situação em que, para a edificação do mesmo hospital, houvesse ajuste prevendo “o pagamento à outra parte”.¹²

Lembra Renilson Soares Candeia, traçando distinções entre o Convênio e o Contrato Administrativo, que “uma das principais diferenças entre esses institutos consiste no fato de o convênio não visar ao lucro, pois seu objeto representa interesse comum entre o (...) concedente (...) e o (...) conveniente, entidade privada ou pública”, ao mesmo tempo em que “os contratos de natureza pública ou privada caracterizam-se pela prestação de um serviço por determinada entidade com o objetivo de auferir lucro por parte daquele que os celebra com a Administração”.¹³

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando trata da distinção entre os contratos e acordos administrativos, entende que “outra distinção relevante entre esses dois institutos, tão comum e indevidamente confundidos, diz respeito à patrimonialidade, um interesse presente nos contratos, mas ausente nos acordos”.¹⁴

Anota Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres que “os requisitos do convênio administrativo já pacificados na doutrina são: a) vontades que se somam e atuam paralelamente; b) interesses, que são comuns e coincidentes; e c) ausência de patrimonialidade”.¹⁵

¹¹ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 82.

¹² DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 82.

¹³ CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e suas Prestações de Contas**. São Paulo: Editora NDJ, 2005, p. 26. 358 p.

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação.) In: **Revista de Direito Administrativo** nº 214. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1998, pp. 35-53, p. 45.

¹⁵ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação

Paulo Modesto, referindo-se ao art. 199, § 1º, da Constituição Federal, na menção que o citado dispositivo faz ao contrato de direito público e ao convênio, considera que:

É evidente que a Constituição da República, na norma referida, pretendeu distinguir entre dois modos de prestação de serviços de saúde por particulares. No primeiro, mediante a referência ao instrumento do contrato de direito público, admite a terceirização, vale dizer, a contratação de particular-empresário, com vistas ao desempenho de atividades-meio na área de saúde financiada pelo Estado ou de atividades específicas. Esta prestação de serviço, é certo, revestida de caráter empresarial e lucrativo, (...). No segundo modo, mediante a referência ao instrumento do convênio, admite a lei maior a colaboração de entidades sem fins lucrativos, com interesses coincidentes com a administração pública, não sendo cogitada remuneração pela gerência do serviço nem reciprocidade de obrigações. (...)¹⁶

Entende Marçal Justen Filho que:

(...) o convênio consiste numa avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Administrativa Pública, comprometem-se atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo. A característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum. O convênio não produz benefícios ou vantagens econômicas para nenhuma das partes, o que afasta a aplicação das regras genéricas sobre contratação administrativa. (...).¹⁷

dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br) , em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Aracaju: J. Andrade, 2003, pp. 307-331, p. 320.

¹⁶ MODESTO, Paulo. Convênio entre Entidades Públicas Executado por Fundação de Apoio. Serviço de Saúde. Conceito de Serviço Público e Serviço de Relevância Pública na Constituição de 1988. Forma de Prestação de Contas das Entidades de Cooperação após a Emenda Constitucional n. 19/98. In: **Revista Diálogo Jurídico**, nº 11 (Internet). Salvador: Centro de Atualização Jurídica, fevereiro de 2002, pp. 09-10. 27 p. Disponível na Internet: www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 de março de 2004.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 286. 878 p.

O mencionado administrativista, referindo-se a expressão Convênio, pensa que quando a expressão “é utilizada para indicar o ato jurídico que desencadeia o surgimento de uma relação jurídica, seu sentido compreende ajustes consensuais caracterizados pela ausência de contraposição de interesses entre os partícipes”, bem como considera que “a comunhão de interesses no tocante aos fins a serem atingidos e a ausência de atuação norteadas à busca de lucro dão a identidade ao convênio”.¹⁸ O mesmo autor diz que “no entanto e rigorosamente, o convênio é uma manifestação contratual”, que se “configura como uma espécie de contrato plurilateral, para utilizar o pensamento desenvolvido por Ascarelli”.^{19 20}

Edite Mesquita Hupsel destaca que “o objetivo de lucro da outra parte afasta a utilização do convênio” e que “se existe um preço a ser pago como contraprestação pelos serviços prestados ao Poder Público, estamos diante de um contrato”.²¹ Salientando a mesma autora que o “interesse patrimonial, lucro, pagamento” é o que se caracteriza como o “interesse do contratado”.²²

A Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, em Convênio: Manual de Orientação, elaborado por Álvaro Panizza Salomon Abi Fakredin e José Francisco Vigil, entende que “o convênio é um acordo que tem por objetivo a realização de interesses institucionais comuns entre os partícipes (...)”

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer Elaborado sobre a Proposta Legislativa de Criação de Consórcios Públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia julho, agosto e setembro de 2005, p. 25. 27 p. Disponível no site www.direitodoestado.com.br, em 12/12/2005.

¹⁹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945, pp. 257 e ss.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer Elaborado sobre a Proposta Legislativa de Criação de Consórcios Públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Op. cit., p. 25.

²¹ HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, v. 25. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, Serviço de Documentação e Divulgação, 1999, pp.35-44, p. 36. 445 p.

²² HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, v. 25. Op. cit., p. 37.

mediante a transferência de recursos financeiros, a mútua colaboração e sem finalidade de lucro”.²³

A Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, no Parecer nº 12.799, de 07 de agosto de 2000, do Procurador Ricardo Antônio Lucas Camargo, entende que “no convênio, os convenientes têm finalidades comuns, interesses convergentes, ambos querem o mesmo resultado” e, ainda, “não há o intuito de lucro”.²⁴ A mesma instituição, no Parecer nº 11.679, de 20 de junho de 1997, da Procuradora Lisete Maria Skrebski, considera o “convênio, essencialmente acordo de cooperação estabelecido para a realização de um objeto de interesse comum a ambas as partes, sem objetivo de lucro por qualquer delas”.²⁵ Igualmente, no Parecer nº 14.349, da Procuradora Maria Denise Vargas de Amorim, temos destacado, no Convênio, a idéia de convergência de interesses, como também a descaracterizá-lo, na situação examinada, a existência nítida de contraprestações e de sinalagma, a evidenciar a ocorrência do Contrato.²⁶

²³ CONTADORIA E AUDITORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Convênios: Manual de Orientação**. FAKREDIN, Álvaro Panizza Salomon Abi.; e VIGIL, José Francisco. (Coordenação e elaboração). Porto Alegre: Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, 2002, p. 06. 35 p.

²⁴ PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer nº 12.799, de 07 de agosto de 2000, do Procurador do Estado Ricardo Antônio Lucas Camargo. In: **Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - PIDAP, 2000, p. 7. 09 p. Pareceres recebidos, no formato do original, de pidap-pareceres@pge.rs.gov.br, em fevereiro de 2006. Pareceres disponíveis também no site www.pge.rs.gov.br

²⁵ PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer nº 11.679, de 20 de junho de 1997, da Procuradora do Estado Lisete Maria Skrebski. In: **Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - PIDAP, 1997, p. 12. 14 p. Pareceres recebidos, no formato do original, de pidap-pareceres@pge.rs.gov.br, em fevereiro de 2006. Pareceres disponíveis também no site www.pge.rs.gov.br

²⁶ PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer nº 14.349, de 13 de setembro de 2005, da Procuradora do Estado Maria Denise Vargas de Amorim. In: **Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - PIDAP, 2005, p. 4. 10 p. Pareceres recebidos, no formato do original, de

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, no Parecer nº 03/95, de 04.01.1995, da Auditora Substituta de Conselheiro Heloisa Trípoli Goulart Piccinini, considera que caracteriza o Contrato, ao contrário do Convênio, a “nota sinalagmática”, a “contraprestação de caráter remuneratório (lucrativo) a uma prestação obrigacional”.²⁷ Enquanto o Parecer nº 26/96, de 29.07.1996, da Auditora Substituta de Conselheiro Rozangela Motiska Bertolo, define a relação contratual a partir dos elementos “acordo de vontades” e “obrigações recíprocas de atividades contrapostas” e, ainda, de ajuste onde temos, de um lado, “a prestação de serviços” e, de outro, a “contraprestação” e o “pagamento”.²⁸

O Tribunal de Contas do Estado do São Paulo, no Manual Básico – Repasses Públicos ao Terceiro Setor, diz que “o Convênio é acordo feito entre pessoas com interesses comuns, o que pressupõe um relacionamento com fins não lucrativos e não conflitantes”.²⁹

A Controladoria-Geral da União, no Gestão de Recursos Federais: Manual para Agentes Municipais, enuncia que “o convênio é o instrumento que disciplina as obrigações e as regras que devem reger as relações de dois ou mais partícipes (...) que tenham interesse em atingir um objeto comum, mediante a formação de uma

pidap-pareceres@pge.rs.gov.br, em fevereiro de 2006. Pareceres disponíveis também no site www.pge.rs.gov.br

²⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer 03/95, de 04.01.1995, da Auditora Substituta de Conselheiro Heloisa Trípoli Goulart Piccinini. In: **Biblioteca do TCE-RS**. Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE-RS, 1995, p. 02. 05 p. Resposta enviada pelo endereço eletrônico biblioteca@tce.rs.gov.br, em 23 de janeiro de 2006.

²⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer 26/96, de 29.07.1996, da Auditora Substituta de Conselheiro Rozangela Motiska Bertolo. In: **Biblioteca do TCE-RS**. Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE-RS, 1996, p. 54. 148 p. Resposta enviada pelo endereço eletrônico biblioteca@tce.rs.gov.br, em 23 de janeiro de 2006.

²⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Manual Básico – Repasses Públicos ao Terceiro Setor**. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2004, p. 26. 88 p. Disponibilizado em: site www.tce.sp.gov.br. Acesso em 2005.

parceria”, e, ainda, entende que “a característica básica do convênio é a ausência de remuneração de qualquer de seus signatários”.³⁰

O Tribunal de Contas da União tem definido, como demonstra, dentre outros, o Acórdão 10/2002, a existência de Contrato ou Convênio Administrativo, a partir dos conceitos interesses opostos, onde se destacam, no Voto do Ministro Relator Ubiratan Aguiar, os conceitos de preço, pagamento e contraprestação, e as noções interesses recíprocos/mútua colaboração, tendo como parâmetro sobretudo a definição presente no art. 48, do Decreto Federal nº 93.872/86.^{31 32}

8.3. DO EXAME DA ADEQUAÇÃO DE ALGUNS CONCEITOS UTILIZADOS PARA AFASTAR OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: LUCRO, PREÇO, TARIFA, PAGAMENTO, CONTRAPRESTAÇÃO, REMUNERAÇÃO, RENDA,

³⁰ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Gestão de Recursos Federais: Manual para Agentes Municipais**. Brasília: Controladoria-Geral da União, Secretaria Federal de Controle Interno, Presidência da República, 2005, p. 90. 128 p. Encontrado no site www.brasil.gov.br. Acessado em 2005.

³¹ O art. 48, do Decreto Federal nº 93.872/86, estipula:

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da Administração Federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob o regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste”.

Parágrafo único. Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e, de outro lado, a contrapartida correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato. (Parágrafo renumerado pelo Decreto 97.916, de 06.07.1988)”.

³² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 10/2002 – Plenário, de 23.01.2002, Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Representação formulada pela Procuradoria da República PA. Possíveis irregularidades praticadas pela ELENORTE. Convênio com a Fundação de Amparo ao Desenvolvimento da Pesquisa para elaboração de estudo e do relatório de impacto ambiental da Usina Hidroelétrica de Belo Monte. Inadequação do instituto jurídico utilizado, face a inexistência de interesse comum e o objeto do ajuste ser uma contraprestação de serviços. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Juntada às contas. In: **Portal de Pesquisa Textual do Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, 2002, p. 8. 10 p. Encontrada no site: www.tcu.gov.br. Acesso em: 21 de janeiro de 2006.

RENDIMENTO, PATRIMÔNIO, VANTAGEM, BENEFÍCIO, INTERESSE OU ACRÉSCIMO FINANCEIRO E/OU PATRIMONIAL

8.3.1. Das dificuldades para estabelecer a adequação da utilização de conceitos que afastariam os Convênios da Administração Pública

Ressaltamos que os conceitos lucro, preço, pagamento, contraprestação, remuneração, renda, rendimento, benefício, patrimônio, vantagem, vantagem e acréscimo patrimonial e financeiro, como também a ausência dos mesmos, utilizados na doutrina, na prática administrativa e na legislação, para distinguir e caracterizar, respectivamente, o Contrato e o Convênio da Administração Pública, como também para afastar a utilização do último, não se revelam pacíficos.

Verificamos, de um lado, que as noções mencionadas podem ter sentidos diferenciados no âmbito do conhecimento em geral e suas diversas áreas, e, ainda, na própria órbita da ciência jurídica e seus ramos. De outro lado, mesmo havendo acordo no que se refere às noções, podem ocorrer divergências no que diz respeito ao enquadramento das situações em concreto, em razão do que ser bastante comum nos sentirmos contemplados com o sentido dado ao conceito e não estarmos de acordo com a decisão de enquadramento dos fatos efetuada.

Julgamos, contudo, que as dificuldades que se manifestam para que se efetue e/ou precise sobre a utilidade de cada um dos conceitos mencionados, para efeito da construção das definições e distinções a que nos propomos, não devem nos levar a deixar de enfrentar o tema, mesmo que com brevidade. Pensamos que os exames dos citados conceitos devem nos dizer notadamente sobre que elementos deslocam a utilização dos Convênios da Administração Pública como instrumentos de concretos ajustes.

Ainda, salientamos que as dificuldades em relação aos conceitos acima propostos decorrem, em primeiro lugar, de que uma série de elementos tidos pela visão tradicional relativa aos Convênios da Administração Pública como geradores de peremptório afastamento do mesmo instituto jurídico, se revelam frágeis, à luz da concreta experiência brasileira de ajustes de natureza convenial e do ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema e correlatos. A debilidade dos mesmos elementos ficam claros pelo fato de que a incidência dos mesmos traços, nas relações entre os

partícipes, não afastam obrigatoriamente os ajustes de natureza convencional, como fica demonstrado por uma série de Convênios a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda. No sentido apontado, entendemos, somente para adiantar algumas conclusões, que as realidades que se associam, somente para exemplificar, aos conceitos de benefício, vantagem, proveito, renda, rendimento, interesse ou acréscimo patrimonial e financeiro, inclusive no sentido técnico dos mesmos, em algumas situações afastam e noutras não os Convênios da Administração Pública.

Também, destacamos que os obstáculos para o enfrentamento do tema ocorrem também pelo fato de que mesmo as noções de lucro, preço, tarifa e/ou remuneração que, em princípio, afastam os Convênios da Administração Pública a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, devem ser examinados no seu sentido mais técnico e, além disso, com uma série de cuidados. Anotamos, somente para exemplificar os cuidados necessários, que em relação ao conceito de preço podemos estar falando, dentre outros, de preço de venda, preço de mercado, preço natural, preço justo, preço de monopólio, preço superfaturado, e, ainda, em preço de custo (sendo que o último não afasta, como regra, o Convênio da Administração Pública).

De outro lado, entendemos que as dificuldades podem ocorrer também devido o fato de que a caracterização dos Convênios da Administração Pública, na relação entre os partícipes, como pactos de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, onde está ausente os elementos lucro, preço e/ou remuneração, não impede que se constate a existência de outros Contratos e ajustes associativos e cooperativos, e/ou, ainda, de outros Contratos onde não se faça presente o lucro, o preço e/ou a remuneração.

8.3.2. Das noções de Lucro, Lucro Líquido e Lucro Real

Trazemos ao exame algumas abordagens sobre as noções de Lucro, Lucro Líquido e Lucro Real, na perspectiva principalmente dizer se os mesmos conceitos, em regra, afastam ou não os Convênios da Administração Pública.

Plácido e Silva, tratando sobre a noção de Lucro, registra que:

Lucro. Derivado do latim *lucrum* (ganho, proveito, vantagem), entende-se, de modo amplo, toda a vantagem ou utilidade, que possa se tirar de alguma coisa, ou de um negócio. Nesta acepção, pois, lucro é proveito, ganho, interesse, resultado, benefício, vantagem, utilidade. Dessa maneira, tudo o que venha beneficiar a pessoa, trazendo o engrandecimento ou enriquecimento a seu patrimônio, seja por meio de bens materiais ou simplesmente vantagens, que melhorem a suas condições patrimoniais, entende-se um lucro.

No sentido técnico do comércio, lucro restringe-se ao resultado pecuniário, obtido nos negócios. E, neste sentido, apresentam-se como juros, dividendos ou como interesses. E, assim, lucro e ganho são empregados como equivalente, tomando também ganho como resultado auferido nos negócios, pois há ganho que não é lucro: o ordenado, pago aos que trabalham.

Neste sentido, pois, lucro significa a diferença entre o capital e o capital empregado e aquilo que ele produziu, dentro de certo tempo. Os lucros são, pois, os frutos produzidos pelo capital investidos nos diversos negócios.³³

Define Maria Helena Diniz, quando aborda o conceito de lucro, como:

Lucro. 1. Ganho líquido obtido com especulações, depois de descontadas as despesas. 2. Proveito ou vantagem decorrente de uma operação empresarial. 3. Cota-parte do produto ou respectivo preço que cabe ao empresário (Papaterra Limongi). 4. Resultado pecuniário advindo de um negócio. 5. Diferença entre o capital empregado e aquilo que ele produziu.³⁴

Considera o jurista J. M. Othon Sidou, quando se refere ao conceito Lucros e Perdas, que o Lucro, em sentido contábil, é uma “expressão genérica para significar os ganhos (...) duma empresa, coletiva ou individual, em determinado período”.³⁵

Paulo Sandroni, tratando da noção de Lucro numa dimensão mais próxima da ciência econômica, ressalta que:

³³ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 868. 1.519 p.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 3 – J-P. 2ª. Edição revista, atualizada e aumentada. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 197. 1.029 p.

³⁵ SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 536. 929 p.

Lucro. Rendimento atribuído especificamente ao capital investido diretamente por uma empresa. Em geral, o lucro consiste na diferença entre a receita e despesa de uma empresa em determinado período (um ano, um semestre, etc.) (...)

As escolas econômicas clássica, neoclássica e marginalista consideram o lucro uma remuneração do capital, (...). Para o marxismo, o lucro é uma forma de manifestação da mais-valia, resultante da apropriação, pelo empresário, de uma parte do valor criado pelos trabalhadores. (...) Como o lucro resulta da diferença entre a receita da venda e as despesas da produção, num mercado competitivo uma das formas de elevá-lo consiste em aumentar o volume de vendas e ao mesmo tempo reduzir os custos. Nesse caso, a taxa de lucro mede também o desempenho, ou eficiência, da empresa. No caso de um monopólio ou oligopólio, quando a empresa tem relativa liberdade de fixar o preço de venda dos produtos que fabrica, a margem de lucro é muito maior.³⁶

Salientam A. Lopes de Sá e A. M. Lopes de Sá, numa perspectiva de natureza contábil, que ocorre o lucro quando temos “a Receita (R) maior que a soma de Custos (C) e Despesas (D)”.³⁷ Anotam que “há um conceito restrito e um conceito amplo” de lucro”, sendo que o “restrito limita o lucro a cada operação”, enquanto “o amplo limita o lucro a um período de tempo e inclui todas as operações nele contidas”.³⁸ Registram que “um Lucro de um período é uma soma sucessiva de resultados de operações em que a Receita superou os custos e as despesas”.³⁹ Destacam que “em doutrina contábil há quem conceitue o lucro como a diferença entre o Capital ao fim de um Período e o Capital Inicial desse mesmo período”,

³⁶ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Op. cit., pp. 498-499. 906 p.

³⁷ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 284. 509 p.

³⁸ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 284.

³⁹ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 284.

sendo que” o lucro de um período representa o retorno que o capital aplicado, no mesmo período, ofereceu”.⁴⁰

Quando traz para a análise a noção de Lucro Líquido, Plácido e Silva registra que se entende “os que se apuram em um negócio, depois de feitas todas as deduções legais, relativas às despesas gerais, amortizações, ou quaisquer outras, realizadas para funcionamento e realização do mesmo”.⁴¹

Maria Helena Diniz, referindo-se ao Lucro Líquido, anota que:

Proveito real representado pela diferença entre o preço da aquisição e o total dos gastos na efetivação da operação ou na produção da mercadoria. Decorre, portanto, da compensação entre receita e a despesa. É apurado após todas as deduções legais relativas às despesas, amortizações, etc.⁴²

Enuncia Paulo Sandroni, quando trata do Lucro Líquido, que o mesmo “é calculado subtraindo-se do lucro bruto a quantia correspondente à depreciação do capital fixo (máquinas e equipamentos) e as despesas financeiras (pagamento de juros de empréstimos)”.⁴³ Lembra, ainda, que “parte do lucro líquido é paga em dinheiro para a retirada dos sócios (em empresas individuais) ou em dividendos (em sociedades anônimas)” e que “outra parte, destinada a ampliar o capital da empresa, é colocada num fundo de reserva”.⁴⁴

⁴⁰ ⁴⁰ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 285.

⁴¹ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 868.

⁴² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 3 – J-P. 2ª. Edição revista, atualizada e aumentada. Op. cit, p. 198.

⁴³ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Op. cit., p. 498.

⁴⁴ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Op. cit., p. 498.

Outrossim, quando se refere ao Lucro Real, Maria Helena Diniz diz que o mesmo é “o lucro líquido, já abatida a carga tributária”.⁴⁵

Após a análise dos elementos aqui trazidos, ressaltamos que o conceito de Lucro, quando tratado no seu sentido mais técnico, demonstra a interligação do mesmo notadamente com as noções de lucro líquido, lucro real, capital, capital empregado e resultado produzido pelo mesmo, frutos do capital, retorno do capital aplicado, soma de resultados de operações em que a receita supera os custos e as despesas, resultado pecuniário obtido no negócio, preço, juro, retirada social e/ou dividendo.

Destacamos, por outro lado, no sentido mais amplo, o Lucro pode ser também associado, dentre outros, às noções de vantagem, benefício, proveito, ganho, resultado, utilidade, renda, rendimento, e, ainda, interesse ou acréscimo patrimonial e financeiro, como também engrandecimento ou enriquecimento pecuniário.

Entendemos que se deve utilizar o conceito de Lucro, como todos os demais, no seu sentido técnico, quando se aborda a questão de se a presença do mesmo afasta ou não o Convênio da Administração Pública. Julgamos, de outro lado, que nas situações concretas em que se revela a ocorrência do Lucro, concebido em seu sentido técnico, temos, como regra, o deslocamento do ajuste convencional citado.

Consideramos, porém, que as noções acima citadas, quando se referem ao seu sentido mais amplo, devem ser examinadas de forma mais apurada à luz do caso concreto. Julgamos que deve ser adotado, no que diz respeito à acepção mais ampla, uma postura mais cautelosa e flexível no exame das situações. Assim pensamos pelo fato de o conceito de Lucro, no seu sentido amplo, quando vinculado às noções de vantagem, benefício, proveito, ganho, resultado, utilidade, renda, rendimento, e, ainda, interesse ou acréscimo patrimonial e financeiro, bem como engrandecimento ou enriquecimento pecuniário, pode, nas situações concretas, gerar situações em que a doutrina, a prática administrativa e/ou o ordenamento

⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 3 – J-P. 2ª. Edição revista, atualizada e aumentada. Op. cit, p. 198.

jurídico, indicam no rumo da manutenção, em princípio, dos Convênios da Administração Pública.

8.3.3. Dos conceitos de Preço, Preço Corrente, Preço de Venda, Preço de Mercado, Preço Natural, Preço Justo, Preço Monopolista e Preço de Custo

Trazendo ao exame o conceito de Preço, Maria Helena Diniz entende o mesmo como a soma do “que se obtém em troca de algo” ou “que o comprador paga ao vendedor em troca de alguma coisa adquirida”⁴⁶ Enquanto que Plácido e Silva considera preço como “valor ou avaliação pecuniária atribuída a uma coisa”.⁴⁷

Paulo Sandroni, registra sobre Preço, numa perspectiva marcada pela sua formação de economista, que “em sentido amplo, o conceito expressa a relação de troca de um bem por outro” e que “em sentido mais usual e restrito, representa a proporção de dinheiro que se dá em troca de determinada mercadoria, constituindo, portanto, a expressão monetária de um bem ou serviço”.⁴⁸

Anotam A. Lopes de Sá e A. M. Lopes de Sá, numa dimensão marcada pela ótica contábil, quando se referem a preço corrente, que o mesmo é “o valor de um bem na data da sua venda” e, ainda, “a cotação de uma mercadoria na data que se referir à de sua colocação”, bem como “o valor de registro de um bem na data em que é vendido”.⁴⁹

Por outro lado, tratando de preço de mercado, Plácido e Silva lembra que o mesmo “é o que resulta, em determinada circunstância, da procura e da oferta da mercadoria” e “é a cotação, que lhe é atribuída nas operações realizadas, fundada

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena Diniz. **Dicionário Jurídico** – Volume 3 – J-P. 2ª. edição. Op. cit., p. 786.

⁴⁷ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Op. cit., p. 1.074.

⁴⁸ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Op. cit., p. 676.

⁴⁹ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 348.

na soma de dinheiro que os compradores entregaram para a aquisição da mercadoria ou estavam dispostos a dar para a sua aquisição”.⁵⁰

A. Lopes de Sá e A. M. Lopes de Sá, examinando o chamado preço de mercado, definem o mesmo como “valor pelo qual se adquire um bem em dado momento” e, também, como “preço corrente de aquisição de um bem, ou seja, aquele que usual e genericamente se aceita, em época determinada, para a compra de um bem (valor pelo qual um bem é comercializado)”.⁵¹ Esclarecem os autores, ainda, que “o simples fato de um terreno, em certo bairro, ser vendido a certo preço, para uma pessoa, não autoriza a afirmar seja ele o preço de mercado”, na medida que “é preciso que haja a habitualidade de transação, que o preço obedeça à moda de transações constantes, para que haja o conceito genérico de preço de mercado”.⁵²

Anota Paulo Sandroni, em relação aos preços praticados no mercado, a influência sobre os mesmos do jogo da oferta e da procura, dos custos da produção e/ou das situações de monopólio. O economista registra que “nos países capitalistas, os preços formam-se no mercado pelo jogo da oferta e da procura”, embora destaque que numa situação de monopólio, o “agente monopolista pode fixar um preço mais elevado para o seu produto, obtendo grandes lucros”.⁵³ O mesmo autor lembra também que “existem, no entanto, fatores que exercem uma influência indireta nos preços, pois atuam sobre a oferta ou a demanda de bens: é o caso dos custos de produção”.⁵⁴

Maria Helena Diniz, ao tratar do conceito de preço de venda, evidencia que o mesmo se associa a idéia de lucro, ao contrário do que ocorre na noção de

⁵⁰ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Op. cit., p. 1.075.

⁵¹ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 349.

⁵² SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 349.

⁵³ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Op. cit., pp. 676-677.

⁵⁴ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Op. cit., p. 676.

preço de custo. A jurista diz que “difere, portanto, do preço de venda, que é mais alto para possibilitar o lucro do comerciante ou fabricante.”⁵⁵

Entendem A. Lopes de Sá e A. M. Lopes de Sá, como preço justo, “o preço correspondente ao custo da mercadoria acrescido de um lucro razoável e de uma taxa de cobertura de risco”.⁵⁶

Paulo Sandroni, quando aborda o conceito de preço natural e sua relação com as noções de preço de custo, preço de mercado ou corrente e lucro, deixa subentendido que tanto a idéia de preço natural, como a de preço mercado estão vinculadas com a idéia de lucro, mas não a noção de preço de custo. No sentido apontado o mesmo autor diz que:

PREÇO NATURAL. (...) Conceito desenvolvido por Adam Smith e David Ricardo para designar o preço de uma mercadoria que cobre seus custos de produção mais uma taxa corrente de lucro. Para Ricardo, o preço natural seria aquele correspondente ao valor de uma mercadoria e, portanto, livre dos “desvios acidentais e temporários do preço corrente”. O preço de mercado ou corrente conteria essas oscilações e, portanto, poderia ser maior ou menor do que o preço natural, embora a tendência fosse a convergência de ambos.⁵⁷

Anota Plácido e Silva, tratando do conceito de custo, no verbete preço, que “em regra, o custo significa o preço de produção ou o valor monetário por que a coisa foi adquirida”.⁵⁸

Maria Helena Diniz, tratando dos conceitos custo e preço de custo, evidencia que nos mesmos está ausente a noção de lucro. A mesma autora recorda que:

CUSTO. (...) Preço de produção ou aquisição de alguma coisa ou mercadoria calculado com base no que se despendeu em matéria-prima,

⁵⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume I – A-C. 2ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.198. 1.212 p.

⁵⁶ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 349.

⁵⁷ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Op. cit., p. 678.

⁵⁸ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Op. cit., p. 1.074.

mão-de-obra, transporte, etc. É o valor exato da mercadoria produzida, ou seja, o quantum despendido pelo fabricante ou o valor exato da mercadoria adquirida, isto é, o montante pago na sua aquisição.⁵⁹

Entendem A. Lopes de Sá e A. M. Lopes de Sá, numa perspectiva contábil, que custo é o “investimento para que se consiga um bem de uso, venda ou serviço, o mesmo que gasto, despesas”, ou, ainda, a “aplicação de meios para a produção”.⁶⁰ Lembram, dentre outros, os ensinamentos de Domenico Amodeo⁶¹, que declara que “com a palavra custo designa-se, ordinariamente, no campo contábil, o total de ônus ou despesas sustentadas para obtenção de um dado produto ou serviço”.⁶²

Os mencionados autores, porém, deixam explícito que as questões que envolvem o conceito de custo, em muitas situações e teoricamente, não são tão simples como podem aparentar, quando registram que “a complexidade de elementos que compõem uma unidade de produção é muito grande e impede seja possível acompanhar todos os momentos do custo e todos os seus reais integrantes”.⁶³ Igualmente, os autores revelam a diversidade de ângulos do conceito de custo, quando revelam que, além dos conceitos de custo direto ou primário (matérias e mão-de-obra) e de custo de produção (custo primário mais despesas gerais de produção), temos o conceito de custo total que incorpora/pode abranger o custo de produção “mais despesas complementares (de administração, financeiras e

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume I – A-C. 2ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.198. 1.212 p.

⁶⁰ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 108.

⁶¹ AMODEO, Domenico. **I Costi Comuni nell'Aspetto Funzionale**. 1ª. ed. Nápoles: F. Giannini, 1951, p. 3.

⁶² SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 108.

⁶³ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 109.

de vendas)".⁶⁴ Também os mencionados autores anotam a multiplicidade de aspectos do conceito de custo, notadamente quando trazem o problemático conceito de custo técnico-econômico que significa o "custo total mais juros sobre o capital aplicado, cotas de riscos e lucro" ou "custo que reúne o custo global mais juros sobre capital, quotas para riscos, *pro labore* do titular individual e as demais despesas figurativas"⁶⁵. Igualmente, derivado do mesmo o chamado custo figurativo é "observado para a obtenção do custo técnico-econômico, mas (...) não constitui objeto de escrituração nem objeto de observações contábeis" e merece "apenas observação do ponto de vista econômico".⁶⁶

Destacamos, em face do examinado, que a presença, na relação entre os partícipes do Convênio da Administração Pública, dos conceitos de preço, preço de venda, preço corrente, preço de mercado, preço natural, preço justo e/ou preço em situações de monopólio, afastam a utilização do referido ajuste e seus congêneres.

De outro lado, entendemos que uma das formas de preço, o chamado preço de custo, pode não deslocar o Convênio da Administração Pública, desde que fique nítido que o conceito de custo utilizado, para o caso em concreto, não abrange situações em que se façam presentes o lucro e/ou a remuneração. De outro lado, registramos de que, em muitos casos, os conceitos de custo e de preço de custo podem estar associados a situações indenizatórias, que não afastam obrigatoriamente o Convênio.

Advertimos, porém, que os chamados custo técnico-econômico e custo figurativo, inclusive por abrangerem a idéia de lucro, afastam os Convênios da Administração Pública.

Outrossim, observamos, em face da noção de custo total, que abarca o conceito de custo de produção mais o de despesas complementares, a necessidade

⁶⁴ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 109.

⁶⁵ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., pp. 109 e 124.

⁶⁶ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 116.

de estar alertas em relação ao que abrange, no caso concreto, às denominadas despesas complementares, para verificar a ocorrência nas mesmas de situações que se ligam às noções de lucro e/ou remuneração, que deslocam o Convênio da Administração Pública.

8.3.4. Das noções de Preço Público, de Tarifa e de Taxa

Destacamos que o conceito de preço está vinculado à noção de preço público e tarifa. Igualmente, as noções de preço público e tarifa são debatidas e conceituadas, como regra, ao lado do conceito de taxa.

Aliomar Baleeiro, tratando de taxa e preço, diz que “as taxas se devem revestir sempre do caráter de contraprestação inerente a essa espécie de tributo”⁶⁷, e que “os preços referem-se a coisas e, às vezes, a serviços de caráter industrial ou comercial”, que o Estado ou particulares prestam.⁶⁸

Considera Hugo de Brito Machado, dentre outras coisas, quando aborda a distinção entre taxa e preço, que ambas são remuneração de um serviço público, tendo a diferenciá-las a questão da compulsoriedade ou facultatividade. O mesmo autor enuncia que aquilo que “caracteriza a remuneração de um serviço público como taxa ou como preço público é a compulsoriedade, para a taxa, e a facultatividade, para o preço”.⁶⁹

Sacha Calmon Navarro Coelho, ao se referir aos conceitos de preços e taxas, destaca o cunho remuneratório de ambas, quando distingue, dentre outras questões, “que os preços seriam adequados para remunerar atividades estatais

⁶⁷ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14^a. edição, 3^a. tiragem, revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 232. 557 p.

⁶⁸ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14^a. edição, 3^a. tiragem, revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Op. cit., p. 122.

⁶⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 13^a. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 321. 400 p.

delegáveis, impróprias, ao passo que as taxas seriam utilizáveis para remunerar serviços estatais “próprios”, “indelegáveis”.⁷⁰

Anota Bernardo Ribeiro de Moraes, trazendo as noções de preço e público, que o conceito de preço “está intimamente ligado à idéia de venda, de venda no sentido econômico, como fonte de entradas financeiras, decorrentes da transferência de bens a título oneroso”⁷¹, ao passo que “público é adjetivo que faz referência à natureza da entidade ou pessoa que recebe o preço”.⁷² Registra o tributarista, quanto ao conceito de preço público, que “quando o credor, na venda de bens materiais ou imateriais, acha-se ligado ao Poder Público (Estado, órgão estatal, empresa associada, concessionária ou permissionária de serviços públicos), o preço é denominado preço público” e ainda que “público, aqui, observe-se, não faz referência a um tipo ou uma espécie particular de preço, mas apenas a pessoa do vendedor do bem”.⁷³

Assinala Bernardo Ribeiro de Moraes, tratando dos conceitos de preço público e tarifa, que “o vocábulo tarifa é empregado, muitas vezes, como sinônimo de preço público”, embora tarifa exprima “a idéia de tábua, de catálogo, de pauta, de lista ou relação em que se fixam cotas”.⁷⁴ Esclarece que, todavia, encontramos o emprego do termo tarifa também para exprimir preço de venda, quando exigido pelas empresas associadas do Estado, concessionárias ou permissionárias de

⁷⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. 6ª. edição, 2ª. tiragem. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 417. 822 p.

⁷¹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário** – Primeiro Volume. 5ª. edição revista, aumentada e atualizada até 1993. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 312. 699 p.

⁷² MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário** – Primeiro Volume. 5ª. edição revista, aumentada e atualizada até 1993. Op. cit., p. 314.

⁷³ MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário** – Primeiro Volume. 5ª. edição revista, aumentada e atualizada até 1993. Op. cit., p. 314.

⁷⁴ MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário** – Primeiro Volume. 5ª. edição revista, aumentada e atualizada até 1993. Op. cit., pp. 314-315.

serviços públicos”.⁷⁵ Constatamos que a Constituição Federal prevê tarifas ou “política tarifária” para remunerar serviços públicos (federais, estaduais ou municipais) prestados por empresas concessionárias ou permissionárias (art. 175, parágrafo único), do que decorre que, “nos dias de hoje, a tarifa representa o preço de venda de um bem, quando exigido por empresa associada ao Estado, concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, na qualidade de vendedora” e também que, quanto a terminologia, apesar do conteúdo de ambos os vocábulos serem praticamente os mesmos, temos, de um lado, “o preço público (exigido pelo Estado ou órgão estatal)” e, de outro, “a tarifa (por empresa associada ao Estado, concessionária ou permissionária de serviços públicos)”.⁷⁶

Entendemos que as noções de preço público, tarifa e taxa ocorrem em estreita ligação com os conceitos de remuneração e/ou preço. Tal constatação tem como resultado, em regra, o afastamento do Convênio, quando de situações onde se façam presentes as mencionadas noções.

Os exames se nos afiguram com relevantes pelos laços apontados e também para melhor esclarecer as dimensões trazidas ao tema pelo art. 150, § 3º, da Constituição Federal.

8.3.5. Dos conceitos de Remuneração e de Indenização

Tratando dos conceitos de remuneração, Plácido e Silva anota que:

Remuneração. Do latim *remuneratio*, de *remunerare* (remunerar, compensar, retribuir), em sentido amplo, exprime a recompensa, o pagamento ou a retribuição feitos por serviços prestados ou em sinal de agradecimento.

Nesta razão, tudo que se recebe ou tudo que se paga, em retribuição ou pagamento é, sem dúvida, uma remuneração.

⁷⁵ MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário** – Primeiro Volume. 5ª. edição revista, aumentada e atualizada até 1993. Op. cit., p. 315.

⁷⁶ MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário** – Primeiro Volume. 5ª. edição revista, aumentada e atualizada até 1993. Op. cit., pp. 315-316.

Assim, são remunerações, os salários, as diárias, os vencimentos, as comissões, os honorários, os soldos, as corretagens, etc.

Originariamente, portanto, remuneração contém sentido amplo e genérico, referindo-se a qualquer espécie de retribuição ou compensação.(...).⁷⁷

Maria Helena Diniz, no que se refere ao conceito de remunerar, enuncia que o mesmo significa “efetuar contraprestação, pelo serviço prestado, pagando-o”.⁷⁸

Constata Amauri Mascaro Nascimento que “a teoria do Direito do Trabalho, no entanto, emprega a palavra remuneração ora como gênero compreendendo o salário (pagamento fixo) e outras figuras de natureza salarial (gratificações, adicionais, etc.), ora como sinônimo de salário”.⁷⁹ O mesmo autor enumera como formas especiais de salário, além dos adicionais e gratificações, as comissões, os abonos, as gorjetas e os prêmios.⁸⁰

O mesmo autor lembra que “adicional, no sentido comum, significa algo que se acrescenta”, enquanto que “no sentido jurídico é um acréscimo salarial que tem como causa o trabalho em condições mais gravosas para quem o presta”.⁸¹ O autor lembra os adicionais por horas extraordinárias, por serviços noturnos, insalubres, perigosos e por transferência de local de serviço.⁸²

⁷⁷ SILVA, Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 1.198.

⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 155. 941 p.

⁷⁹ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Editora LTr, 1996, p. 300. 637 p.

⁸⁰ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22ª. edição revista e atualizada. Op. cit., pp. 332-343.

⁸¹ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22ª. edição revista e atualizada. Op. cit., pp. 333-334.

⁸² NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22ª. edição revista e atualizada. Op. cit., pp. 334-336.

Anota Amaury Mascaro Nascimento que as gratificações, inicialmente liberalidades, por influência dos usos e costumes, tornaram-se uma tradição, passando a “entrar nos quadros normais da relação de emprego”, sendo que, havendo habitualidade, “constituem uma modalidade de salário”⁸³. O autor registra a existência da gratificação por função, por tempo de serviço, por ocasião de balanço e de festas, sendo que considera o 13º salário, também denominado gratificação natalina, “como uma gratificação compulsória por força de lei”, que “tem natureza salarial”.⁸⁴

O autor distingue salário e indenização, dizendo que “não se confundem com salário as indenizações de dispensa sem justa causa e outras, como as diárias e ajudas de custo, cuja natureza é também a de ressarcimento de gastos do empregado movimentando-se em serviço”.⁸⁵

Sérgio Pinto Martins registra que “remuneração não se confunde com a indenização”, na medida em que “a indenização visa recompor o patrimônio ou bem jurídico da pessoa, enquanto o salário tem por objetivo o pagamento da prestação dos serviços do empregado”.⁸⁶ O mencionado jurista considera que, como regra, as ajudas de custo⁸⁷ e as diárias⁸⁸ têm caráter indenizatório.

⁸³ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22ª. edição revista e atualizada. Op. cit., pp. 336-339.

⁸⁴ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22ª. edição revista e atualizada. Op. cit., pp. 339-341.

⁸⁵ NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22ª. edição revista e atualizada. Op. cit., p. 303.

⁸⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 6ª. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 1998, pp. 174-175. 737 p.

⁸⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 6ª. edição revista, atualizada e ampliada. Op. cit., pp. 194-195.

⁸⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 6ª. edição revista, atualizada e ampliada. Op. cit., pp. 197-199.

Por outro lado, lembra Hely Lopes Meirelles, no que diz respeito ao sistema remuneratório ou a remuneração da Administração Pública, que:

Assim, o sistema remuneratório ou a remuneração em sentido amplo da Administração direta ou indireta para os servidores da ativa corresponde as seguintes modalidades: (a) subsídio, constituído de parcela única e pertinente, como regra, aos agentes políticos; (b1) vencimentos, que corresponde ao vencimento (...) e às vantagens pessoais (...) e em (b2) salário, pago aos empregados públicos na Administração direta e indireta regidos pela CLT (...).⁸⁹

Julgamos que o entendimento encontrado na obra de Hely Lopes Meirelles, onde o mesmo se refere ao conceito de remuneração em sentido amplo, ganha congruência com uma leitura conjugada do artigo 37, incisos X e XI, e do art. 39, § 4º, da Constituição Federal de 1988. Assim pensamos pelo fato de que, se os dispositivos citados do art. 37 se referem à remuneração e subsídio como conceitos diversos e separados, o preceito do art. 39 os aproxima na medida em que menciona o subsídio como uma forma de remuneração.

Hely Lopes Meirelles, quando aborda, para além do vencimento, as vantagens do servidor, anota como suas modalidades “os adicionais e as gratificações”.⁹⁰ Define que os adicionais como “vantagens pecuniárias que a Administração concede aos servidores em razão do tempo de exercício (adicional de tempo de serviço)”, como também, tendo em vista a “natureza peculiar da função, que exige conhecimentos especializados ou um regime próprio de trabalho (adicional de função)”.⁹¹ Ainda, indica o autor, serem as gratificações, vantagens decorrentes das condições do serviço (segurança, salubridade ou onerosidade) ou

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Op. cit. p. 452.

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 464.

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 464.

concedida como ajuda aos servidores que reúnam condições especiais definidas em lei.⁹²

Enuncia J. M. Othon Sidou, quando trata da indenização na esfera do Direito Administrativo, a mesma como “vantagem pecuniária dada ao servidor público em forma de ajuda de custo, diárias ou transporte. L.8112, de 11.12.1990, arts. 49(I), 51. De transporte, ao servidor que realiza despesas com o emprego de meio próprio de locomoção para a execução de serviços externos = id., art.60”.⁹³

Régis Fernandes de Oliveira, tratando das indenizações, registra que as mesmas “não se incorporam ao vencimento e são: a) ajuda de custo, b) diárias e c) transporte”.⁹⁴

Lembra Hely Lopes Meirelles, referindo-se às indenizações, que as mesmas se “destinam a indenizar o servidor por gastos em razão da função” e que “tendo natureza jurídica indenizatória, não se incorporam à remuneração”. Anota como verbas de cunho indenizatório as ajudas de custo, diárias, auxílio-transporte e auxílio-alimentação.

Igualmente, destacamos que os conceitos remuneração, vencimento, gratificações, adicionais, férias e indenizações, podem ser encontrados nos artigos 40 a 80, da Lei Federal nº 8.112, de 1990, Dos Servidores Públicos Civis da União.

Julgamos que os entendimentos registrados, como também os dispositivos constitucionais e legais fixados, ligam o conceito de remuneração com as noções notadamente de salário, de vencimento, de subsídio, de soldo, de honorário, de comissão, de gorjeta, de corretagem, de gratificação, de adicional, de abono e de prêmio. Em razão do que entendemos que as situações que se associam às mesmas noções afastam a utilização do Convênio e seus congêneres.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Op. cit., p. 469.

⁹³ SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Op. cit., p. 448.

⁹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 69. 168 p.

De outro lado, não se vinculam ao conceito de remuneração à noção de indenização ou de verba indenizatória, entre as quais se encontram, em princípio, a ajuda de custo, a diária, o auxílio-transporte e o auxílio-alimentação.

8.3.6. Da noção de Contraprestação

Tratando da noção de contraprestação, lembramos que a mesma deve ser entendida, de um lado, como estabelecida no âmbito do Direito Civil.

Plácido e Silva destaca que “na terminologia jurídica, entende-se como contraprestação a prestação que pode ser exigida do credor pelo devedor, antes que cumpra a sua obrigação”, como também de que “é, assim, uma prestação opondo-se a outra prestação”.⁹⁵

Entende Maria Helena Diniz, quando se refere à contraprestação no âmbito do Direito Civil, o mesmo conceito como “prestação a que, num contrato bilateral, uma das partes se obriga e que é correlata à prestação da outra”, ou, ainda, como “prestação de uma parte contratante em correspondência com a do outro contratante”.⁹⁶

No rumo indicado, J. M. Othon Sidou, tratando do conceito de contraprestação, tal como se apresenta no Direito de Obrigações, define o mesmo como “cumprimento de obrigação por uma das partes do contrato bilateral, em relação ao implemento do outro contratante. CC, art. 476; CPC, 582, 640”.⁹⁷

De outro lado, salientamos, para ficar somente no âmbito do Direito do Trabalho, que quando se discute o conceito de salário, Amauri Mascaro Nascimento destaca a existência da teoria da contraprestatividade, que entende que “o salário é

⁹⁵ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p.372.

⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume I – A-C. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1.019 p. 1.212 p.

⁹⁷ SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Op. cit., p. 212.

a contraprestação do trabalho na troca que o empregado faz com o empregador, fornecendo a sua atividade e dele recebendo a remuneração correspondente”, e que recebe críticas pelo fato de que “nem sempre o empregado trabalha e mesmo nas paralisações recebe salário, como quando está em férias”.⁹⁸ O mesmo autor salienta que das críticas à mesma teoria surge “a teoria da contraprestação com o contrato de trabalho que, (...), procurou dimensioná-la com o contrato para afirmar que quando o empregador paga o empregado o está remunerando porque é um trabalhador sob sua subordinação”.⁹⁹ Entendendo Amauri Mascaro Nascimento que “o salário é a soma de percepções econômicas devidas pelo empregador ao empregado não só como contraprestação do trabalho”, mas, igualmente, “pelos períodos em que estiver à disposição do mesmo aguardando ordens, pelos descansos remunerados, pelas interrupções do contrato de trabalho ou por força de lei”.¹⁰⁰

Sérgio Pinto Martins considera que “salário é o conjunto de prestações fornecidas diretamente ao trabalhador pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho, seja em função da contraprestação do trabalho, da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou demais hipóteses previstas em lei”.¹⁰¹

Assinalamos que o conceito de contraprestação, na primeira perspectiva aqui registrada, vincula de forma mais estreita a idéia da contraprestação aos conceitos de obrigação contratual, de correspondência entre as partes, de preço, preço de venda e/ou lucro. De outro lado, destacamos que, na dimensão das relações trabalhistas aqui trazidas, temos a idéia de contraprestação associada aos

⁹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 10ª. edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 449. 720 p.

⁹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 10ª. edição, atualizada. Op. cit., p. 449.

¹⁰⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22ª. edição revista e atualizada. Op. cit., p. 302.

¹⁰¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 6ª. edição revista, atualizada e ampliada. Op. cit., p. 174.

conceitos salário, remuneração e retribuição, devido o trabalho desenvolvido, o contrato de trabalho e/ou o estipulado no ordenamento jurídico.

Entendemos, como decorrência do examinado, que a noção de contraprestação está associada profundamente, na maioria das situações, a circunstâncias onde se encontram presentes os elementos preço, remuneração e/ou lucro, o que afasta o Convênio.

Verificamos, no âmbito do Direito Civil e de Obrigações Cíveis, e também no Direito do Trabalho, que o conceito de contraprestação está vinculado, de um lado, as obrigações e contratos que possam ser caracterizados como bilaterais e, de outro, as idéias de correlação e correspondência, com também similitude e reciprocidade, nas mencionadas obrigações e contratos. Do que decorre que a idéia de contraprestação se demonstra adequada para tratar os contratos bilaterais, onerosos e comutativos, mas imprópria para a utilização nos contratos unilaterais, gratuitos e não comutativos.

Julgamos, porém, que a idéia de contraprestação, quando associada à noção de obrigações e contratos bilaterais, como também de correlação, correspondência, reciprocidade e similitude no âmbito dos contratos e das obrigações, pode comportar a sua utilização também para relações jurídicas onde não se faça presente, nas relações entre os partícipes, os conceitos de preço, remuneração e/ou lucro, como no caso do Convênio.

Entendemos que a mencionada possibilidade existe pelo fato de também nos Convênios da Administração Pública, na perspectiva que são examinados no nosso ordenamento e na prática administrativa pátria, como também no presente trabalho, podem se fazer presentes as noções, dentre outras, de bilateralidade, onerosidade, de comutatividade, de correlação, de reciprocidade, de correspondência, de similitude de direitos, deveres, obrigações, pretensões, contrapartidas e/ou responsabilidades, de colaborações e/ou contrapartidas semelhantes ou equivalentes.

Constatamos, quando tratamos de situações de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, que existe, de um lado, uma ampla possibilidade de situações onde os partícipes têm direitos, obrigações, contrapartidas e colaborações diferenciadas, onde não se façam presentes as noções de correlação, correspondência, reciprocidade e similitude. De outro lado, nas mencionadas situações podemos ter igualmente circunstâncias onde os direitos,

obrigações, contrapartidas e colaborações se demonstram semelhantes ou equivalentes, do que decorreria a existência dos conceitos de correlação, correspondência, reciprocidade e similitude.

Em decorrência do que pensamos não se deva relacionar aprioristicamente a noção de contraprestação somente às situações onde se verifica a ocorrência dos conceitos preço, remuneração e/ou lucro, apesar de admitirmos que a mesma associação ocorre na maioria das situações.

8.3.7. Dos conceitos de Pagamento, de Obrigação e de Obrigação Patrimonial

Pontes de Miranda, discutindo a idéia de adimplemento, *solutio* e pagamento, destaca que “a *solutio*, segundo o étimo (...) e o antigo direito romano, era toda dissolução do vínculo obrigacional pelo devedor” e, ainda, que “o sentido estrito, de pagamento, foi sentido posterior”.¹⁰² Enuncia que “o adimplemento, a *solutio*, a execução, realiza o fim da obrigação; satisfaz e libera; donde cessar a relação jurídica entre o devedor e o credor”.¹⁰³ Salaria que “os sistemas jurídicos, na maior parte, empregam a expressão “pagamento” (aliás, há a mesma raiz em pagamento, *pax* e *pactum*, de modo que pagar é pacificar), a despeito do sentido estrito de prestação de soma em dinheiro, que passou a ser o sentido corrente”.¹⁰⁴

¹⁰² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXIV - Direito de Obrigações: Efeitos das Dívidas e das Obrigações. Juros. Extinção das Dívidas e das Obrigações. Adimplemento. Arras. Liquidação. Depósito em Consignação para Adimplemento. Alienação para Liberação. Adimplemento com Sub-rogação. Imputação. Compensação. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 72. 520 p.

¹⁰³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXIV - Direito de Obrigações: Efeitos das Dívidas e das Obrigações. Juros. Extinção das Dívidas e das Obrigações. Adimplemento. Arras. Liquidação. Depósito em Consignação para Adimplemento. Alienação para Liberação. Adimplemento com Sub-rogação. Imputação. Compensação. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 72.

¹⁰⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXIV - Direito de Obrigações: Efeitos das Dívidas e das Obrigações. Juros. Extinção das Dívidas e das Obrigações. Adimplemento. Arras. Liquidação. Depósito em Consignação para

Entende Orlando Gomes, quando se refere à teoria do pagamento, que:

Para designar o efetivo cumprimento da prestação, o vocabulário jurídico tem diversas expressões: solução, cumprimento, pagamento, execução.

O vocábulo adimplemento expressa melhor a idéia de execução satisfatória, evitando confusão, por não ser palavra corrente na linguagem comum. (...)

No entanto, usa-se mais correntemente pagamento, que na linguagem vulgar é satisfação de dívida pecuniária. (...) Para alguns, o pagamento seria, pois, espécie do gênero cumprimento. Tecnicamente, porém, pagar é solver.

As diversas expressões pode ser indiferentemente usadas para designar a extinção de obrigação pelo modo natural.¹⁰⁵

Caio Mário da Silva Pereira, tratando da noção de pagamento, lembra que:

O desfecho natural da obrigação é o seu cumprimento. De sua própria noção conceitual, como vínculo jurídico atando temporariamente os dois sujeitos, decorre a existência de uma operação inversa, pela qual os vinculados se desatam. A isto dava-se o nome de *solutio*, vocábulo que herdamos - solução – e nos dá a idéia de estar o vínculo desfeito e o credor satisfeito. Paralelamente se emprega, com o mesmo sentido de ato liberatório, e com muito maior freqüência, a palavra pagamento, que no rigor da técnica jurídica significa o cumprimento voluntário da obrigação. É certo que a linguagem comum especializou o vocábulo pagamento para a solução das obrigações pecuniárias, mas nem por isto perdeu ele o seu sentido científico.¹⁰⁶

Salientamos que Arnaldo Wald, no que diz respeito ao conceito de pagamento, entende que “embora, na terminologia comum, o pagamento implique a

Adimplemento. Alienação para Liberação. Adimplemento com Sub-rogação. Imputação. Compensação. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 72.

¹⁰⁵ GOMES, Orlando Gomes. **Obrigações**. 9ª. edição, revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 88. 365 p.

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume II – Teoria Geral das Obrigações. 19ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp.107-108. 284 p.

entrega de certa quantia em dinheiro, juridicamente falando, é pagamento todo cumprimento de obrigação, (...).¹⁰⁷

Francisco Cavalcante Ponte de Miranda, quando trata de direitos, deveres, obrigações, pretensões e ações, leciona, em tom crítico sobre aquilo que considera uso inadequado dos conceitos, que “quando se vai falar de “direitos das obrigações” já se restringe a tal ponto o conceito de obrigação, já se pré-excluem obrigações que não entram no quadro, e de tal modo se precisa o conceito”, que no entender do autor “melhor teria sido que às obrigações que são objeto dos Direitos de Obrigações se houvesse dado outro nome”.¹⁰⁸ Constata o jurista que “há pretensões e obrigações fora do Direito de Obrigações”, do que decorre que “temos, portanto, de tratar das “obrigações”, em senso restrito, sem apagarmos o que também é obrigação e não está no Direito de Obrigações”.¹⁰⁹

Destaca Pontes de Miranda, referindo-se aos conceitos de “obrigação”, que:

6. Conceitos de “obrigação”. Em sentido estrito, “obrigação” é relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre que a uma delas, ao *debitor*, ou a alguns, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, prestação. Do lado do credor, há a pretensão; do lado do devedor, a obrigação. (...) Na verdade, o Direito das Obrigações trata de direitos, deveres, pretensões, obrigações e ações, como em todos os outros ramos do direito. Aludindo-se a obrigações, no sentido estrito, de que aqui falamos,

¹⁰⁷ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**: De Acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). 16ª. edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Prof. Semy Glanz. 2ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81. 1.186 p.

¹⁰⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXII - Direito de Obrigações: Obrigações e suas Espécies. Fontes e Espécies de obrigações**. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 07. 484 p.

¹⁰⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XXII - Direito de Obrigações: Obrigações e suas Espécies. Fontes e Espécies de obrigações**. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 07.

corta-se ao conceito de obrigações o que é obrigação fora do direito de obrigações e diz-se obrigação o que às vezes só é dívida.¹¹⁰

Define Orlando Gomes, quando trata o conceito de obrigação, que o mesmo compreende “um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”.¹¹¹ O mesmo jurista entende que “na definição do objeto da obrigação é necessário, em suma, ressaltar que deve ser suscetível de avaliação econômica, e corresponder a um interesse do credor, que todavia, pode não ser patrimonial”.¹¹²

Caio Mário da Silva Pereira, ao abordar o conceito obrigação, considera que a “obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável”.¹¹³ O mesmo jurista defende a necessidade de ligar a idéia de obrigação com a noção de patrimonialidade, trazendo, porém, também argumentos em sentido contrário¹¹⁴. O mesmo jurista lembra que a idéia de patrimonialidade não significa que a “prestação deva ter sempre um valor de troca ou um significado econômico intrínseco”.¹¹⁵

Arnold Wald pensa que “em sentido lato, a obrigação se identifica com qualquer espécie de dever moral, social, religioso ou jurídico” e que “mesmo no

¹¹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXII - Direito de Obrigações: Obrigações e suas Espécies. Fontes e Espécies de obrigações. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., p. 12.

¹¹¹ GOMES, Orlando Gomes. **Obrigações**. 9ª. edição, revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Op cit., p. 09.

¹¹² GOMES, Orlando Gomes. **Obrigações**. 9ª. edição, revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Op cit., p. 16.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume II – Teoria Geral das Obrigações. 19ª. edição. Op. cit., p. 09.

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume II – Teoria Geral das Obrigações. 19ª. edição. Op. cit., pp. 14-15.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume II – Teoria Geral das Obrigações. 19ª. edição. Op. cit., 2000, p. 15.

campo do direito, os juristas utilizam, algumas vezes, a palavra obrigação como sinônimo de dever jurídico, olvidando a sua significação técnica e dogmática”.¹¹⁶ Julga que “obrigação é a relação jurídica em virtude da qual uma ou mais pessoas determinadas devem, em favor de outra ou outras, uma prestação de caráter patrimonial”.¹¹⁷

Registra Arnoldo Wald, que “discutiu-se muito, na doutrina, a necessidade do conteúdo econômico da prestação, havendo autores que entendiam ser suficiente, por parte do sujeito ativo, o interesse moral”.¹¹⁸ Considera que “não há dúvida de que qualquer espécie de interesse justifica a existência da obrigação”, mas entende que “para poder merecer tal conceituação técnica, o dever jurídico de caráter obrigacional, quando não cumprido, deve ser suscetível de transformar-se num valor econômico que o sujeito ativo exige do sujeito passivo”.¹¹⁹

Julgamos mais adequado, no que se refere à patrimonialidade das obrigações, porém, ouvir as lições de Pontes de Miranda e Clóvis do Couto e Silva.

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, ao tratar de dever e obrigação, de crédito e pretensão, leciona que:

3. Dever e Obrigação; Crédito e Pretensão. Na linguagem vulgar, empregam-se um por outro os termos “crédito” e “pretensão”, “dívida” e “obrigação”, mas o jurista, se quer escapar a erros graves, só os pode usar com precisão que se há de esperar a toda investigação científica. (...)

¹¹⁶ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**: De Acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). 16ª. edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Prof. Semy Glanz. 2ª. tiragem. Op. cit., p. 03.

¹¹⁷ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**: De Acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). 16ª. edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Prof. Semy Glanz. 2ª. tiragem. Op. cit., p. 04.

¹¹⁸ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**: De Acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). 16ª. edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Prof. Semy Glanz. 2ª. tiragem. Op. cit., p. 05.

¹¹⁹ WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**: De Acordo com o Novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). 16ª. edição revista, ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Prof. Semy Glanz. 2ª. tiragem. Op. cit., p. 05.

Quando muitos juristas resistem à concepção da obrigação em que o interesse do credor é só moral também são vítimas da confusão entre dever (e obrigação) e executabilidade da dívida. Tecnicamente, foi erro exigir-se, em tantos sistemas jurídicos, que o interesse seja só patrimonial, e ainda o é onde se postula que a prestação há de ser suscetível de avaliação econômica (e. g., Código Civil Italiano, art. 1.174, 1ª. parte).¹²⁰

Salienta Pontes de Miranda, quando aborda o tema obrigação e patrimonialidade, que:

Obrigação e Patrimonialidade. Longe vai o tempo em que se não atendia ao interesse somente moral da prestação, em que se dizia que a prestação tinha de ser patrimonial. (...)

No direito brasileiro, não há regra jurídica que exija às prestações prometidas o serem avaliáveis em dinheiro. O art. 76 do Código Civil enuncia ser necessário à propositura da ação ter-se “legítimo interesse econômico ou moral”. No Código Processo Civil, art. 2º, reafirma-se o princípio.¹²¹ (...)

No sistema jurídico brasileiro, não se pode introduzir a regra jurídica italiana. Se a prestação é lícita, não se pode dizer que não há obrigação (= não se irradiou) se a prestação não é suscetível de valoração.

¹²⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXII - Direito de Obrigações: Obrigações e Suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., pp. 16, 24 e 25.

¹²¹ Pontes de Miranda falava do art. 2º, do Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, Do Código Processo Civil, que dizia:

“Art. 2º. Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse econômico ou moral.

Parágrafo único. O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento”.

O artigo 3º e 4º, da Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Do Código de Processo Civil, preceitua que:

“Art.3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art.4º. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I – da existência ou inexistência de relação jurídica;

II – da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.”

Ainda, no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, temos a estipulação de que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Assim, o objeto da prestação pode ser patrimonial ou não. (...) ¹²²

Entende Clóvis do Couto e Silva que:

Parece-nos, assim, que razão está com Pontes de Miranda, quando afirma que a patrimonialidade não é elemento necessário à definição da obrigação.

(...)

(...) Quando se fala em patrimonialidade dos deveres, tem-se sempre diante dos olhos as hipóteses de compra e venda e de obrigações de fazer, cujo descumprimento facultam ao lesado o uso do meio substituto da prestação específica. Mas nem todos os deveres supõem relação com a economia, de modo a poder-se afirmar que dever de que não promana pelo menos perdas e danos, não se constitui em figura jurídica. (...) ¹²³

Finalmente, julgamos que as opiniões que exigem a patrimonialidade nas obrigações se encontram em contradição com as tendências destacadas por, dentre outros, por Eugênio Facchini Neto, que constata a constitucionalização do Direito Civil, e a repersonalização e despatrimonialização do mesmo. ¹²⁴

Verificamos, a partir do examinado, que a noção de pagamento se relaciona de modo íntimo, no sentido corrente, as idéias de entrega de quantia, e, ainda, de satisfação, solução e extinção de obrigação pecuniária. Por outro lado, concebe-se o conceito, no sentido mais técnico, como solver, cumprir e extinguir obrigação.

De outro lado, constatamos que a noção de obrigação, no seu sentido técnico, quando limitado ao chamado Direito das Obrigações, se relaciona às idéias de vínculo jurídico passível de gerar que uma pessoa possa exigir de outra a satisfação de uma prestação.

¹²² MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de: **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXII - Direito de Obrigações: Obrigações e Suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações. 3ª. edição, reimpressão. Op. cit., pp. 40-41.

¹²³ SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, pp. 163-164. 230 p.

¹²⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 13-60, pp. 32-33. 357 p.

Julgamos, pelo examinado, que os conceitos de pagamento e obrigação têm ligação com as noções de preço, de preço de venda e/ou de lucro, o que desloca, em regra, o Convênio da Administração Pública.

Entendemos, porém, que os conceitos de pagamento e obrigações podem ocorrer em relações jurídicas onde não se façam presentes as noções de preço, remuneração e/ou lucro, do que decorre a possibilidade da presença da citada vinculação de conceitos e noções no âmbito dos Convênios da Administração Pública. Assim entendemos na medida em que pode ocorrer a ausência de lucro, preço e/ou remuneração, em situações, como exige o conceito de obrigações, de vínculo jurídico passível de gerar exigências mútuas, e, ainda, como requer a noção de pagamento, onde se dê o solver, o cumprir e o extinguir das mesmas obrigações.

8.3.8. Das noções de Patrimônio, de Patrimônio Líquido, de Vantagem e/ou Acréscimo Patrimonial

Trazendo o conceito de Patrimônio, Plácido e Silva define o mesmo como “um complexo de direitos ou de relações jurídicas, apreciáveis em dinheiro ou com um valor econômico, em qualquer aspecto em que seja tido, isto é, como valor de troca, valor de uso ou como interesse, de que possa resultar um fato econômico”.¹²⁵

Maria Helena Diniz, quando trata do conceito de patrimônio, registra ser o mesmo um “complexo de relações jurídicas de uma pessoa que tenham valor econômico (Clóvis Bevilacqua)”.¹²⁶

Anota J. M. Othon Sidou o patrimônio como “conjunto de bens, materiais e imateriais, pertencentes a uma pessoa e considerados em sua universalidade”.¹²⁷

¹²⁵ SILVA, Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição. Op. cit., p. 1.014.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 3 – J-P. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., pp. 615-616.

¹²⁷ SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Op. cit., p. 630.

Paulo Sandroni define patrimônio como o “conjunto de bens de uma pessoa ou empresa sujeitos a uma administração com a finalidade de auferir lucro ou criar renda”.¹²⁸ O mencionado autor anota que “no caso de uma empresa, o patrimônio é, em geral, formado pela diferença entre ativo e passivo”.¹²⁹

Examinando o conceito de Patrimônio Líquido, Plácido e Silva entende o mesmo como “a denominação dada ao saldo apurado entre o ativo ou passivo de uma pessoa, ou seja, o conjunto de bens de uma pessoa, dedução feita de seu passivo, que representa os direitos de outrem contra ela”.¹³⁰

Maria Helena Diniz considera que o patrimônio líquido, no Direito Comercial, é “constituído, na sociedade por ações, por capital social, reservas de capital, reservas de avaliação, reserva de lucros ou prejuízos acumulados”, bem como, no Direito Civil, é o “saldo apurado entre o ativo e o passivo de uma pessoa”, ou “o conjunto de bens deduzidos das despesas”.¹³¹

Temos, ainda, Paulo Sandroni que lembra ser o patrimônio líquido “a diferença entre a soma dos bens e direitos de uma empresa e suas obrigações”.¹³²

O patrimônio é entendido como um conjunto de bens de pessoa ou empresa e/ou como um complexo de relações jurídicas que tenham valor. O patrimônio é sempre compreendido como patrimônio líquido, ou seja, como conjunto de bens, como complexos de relações jurídicas, e/ou de valores, dos quais se devem deduzir as obrigações a que se vinculam os mesmos bens, relações e valores.

¹²⁸ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Op. cit., p. 629.

¹²⁹ SANDRONI, Paulo. SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Op. cit., p. 629.

¹³⁰ SILVA, Plácido e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição. Op. cit., p. 1.015.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – Volume 3 – J-P**. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 617.

¹³² SANDRONI, Paulo. SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Op. cit., p. 629.

O patrimônio cria condições favoráveis para a ocorrência do rendimento, da renda, da vantagem ou do acréscimo patrimonial, como decorrência da ocorrência de situações em que temos, por exemplo, o preço, o juro, o aluguel, o arrendamento, o lucro, a prestação de serviço, o salário e/ou a remuneração.

Entendemos que grande parcela das situações que envolvem as noções de patrimônio, de vantagem ou de acréscimo patrimonial afastam os Convênios da Administração Pública, pela vinculação aos conceitos de lucro, preço, juro e/ou remuneração.

Igualmente, julgamos que a noção de patrimônio, de vantagem patrimonial e de acréscimo patrimonial pode ocorrer sem afastar o Convênio na medida em que em tais situações ocorram sem a presença dos conceitos lucro, preço e/ou remuneração.

No rumo apontado, verificamos, como exemplo, que no art. 7º, caput e inciso IX, da Instrução Normativa nº 01, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios, temos normatização onde se verifica inegavelmente estamos uma hipótese onde se fazem presentes, na esfera das relações entre os partícipes dos Convênios, os conceitos de patrimônio ou acréscimo patrimonial. No mesmo verificamos, com cláusula obrigatória dos Convênios da Administração Pública, “a definição do direito de propriedade dos bens remanescentes na data da conclusão ou extinção do instrumento, e que, em razão deste, tenham sido adquiridos, produzidos, transformados ou construídos, respeitando-se o disposto na legislação pertinente”.

8.3.9. Dos conceitos de Renda e Rendimento, de Renda e Rendimento Líquido, de Renda Pessoal e/ou do Acréscimo de Renda e Patrimonial

Quando trata a noção de renda, no âmbito da economia política, Maria Helena Diniz, ressalta significar a mesma aquilo “que se acrescenta a um patrimônio, por ter sido por ele produzido periodicamente”.¹³³

¹³³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 155.

A. Lopes de Sá e A. M. Lopes de Sá, tratando de renda, definem a mesma como “receita”, “produto do capital” ou, ainda, como “recurso positivo”¹³⁴

Salienta Maria Helena Diniz, conceito de renda, na órbita do Direito Tributário, ser “a remuneração líquida obtida, em atividade econômica ou profissional, por pessoa física ou jurídica no ano anterior, sujeita ao imposto sobre a renda”.¹³⁵

Aliomar Baleeiro, trazendo ao exame o conceito de renda, entende que:

O debate sobre esse assunto tem empolgado vários espíritos e pode ser resumido em duas teorias, que ambas têm sido invocadas pelas legislações fiscais dos vários países:

- a) renda é atributo quase sempre periódico da fonte permanente da qual promana, como elemento novo criado e que com ela não se confunde (...);
- b) a renda é o acréscimo de valor pecuniário do patrimônio entre dois momentos (...).

O conceito de renda, como acréscimo de valor, na enunciação teórica dos economistas que o sustentam, envolve heranças, doações e os “rendimentos psíquicos” ou “imateriais” (gozo da casa própria, automóvel, obra de arte, e até na opinião de alguns, as horas de lazer).¹³⁶

Verifica Zuudi Sakakihara, ao comentar o artigo 43, do Código Tributário Nacional, que trata do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, destaca, de um lado, o conceito de Renda na Constituição e, de outro, a noção de renda no Código Tributário Nacional – CTN. A autora se manifesta, como segue:

Conceito de renda na Constituição. A Constituição não define o que seja renda, nem o que sejam proventos de qualquer natureza. Nem mesmo o

¹³⁴ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 415.

¹³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 155.

¹³⁶ BALLEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14ª. edição, 3ª. tiragem. Op. cit., pp.310-311.

Formulações no mesmo sentido podem ser encontradas em: BALLEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª. edição, revista e complementada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp.282-284. 1.111 p.

exame das diversas vezes em que a palavra renda é utilizada pela Constituição permite deduzir um conceito unívoco. (...)

Conceito de renda no CNT. (...) Bem examinado o art. 43, percebe-se, então, que o CTN, na verdade, definiu como fato gerador do imposto de renda o acréscimo patrimonial, denominando-o renda, quando decorre do capital, do trabalho, ou da combinação de ambas, e proventos de qualquer natureza, nos demais casos. Renda e proventos, portanto, são espécies compreendidas dentro do gênero mais amplo dos acréscimos patrimoniais. (...).¹³⁷

Paulo Sandroni, quando define renda pessoal, enuncia que a mesma “é aquela recebida pelo indivíduo em forma de salário, lucro, juro, aluguel, arrendamento ou remuneração por serviços prestados”, ao mesmo tempo em que considera que é renda pessoal disponível “o que resta para os indivíduos depois de pagos os impostos”.¹³⁸

Anotam A. Lopes de Sá e A. M. Lopes de Sá, tratando de rendimento, o que segue:

Rendimento - Toda e qualquer receita, quer da atividade principal da azienda, quer da acessória, eventual ou extraordinária. Expressão genérica de entrada financeira. Aumento de lucro em relação a um período. Acréscimo patrimonial. Receita.¹³⁹

Zuudi Sakakihara, ao analisar o artigo 43, do Código Tributário Nacional, no que diz respeito ao Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, e tratando o conceito de acréscimo patrimonial, constata que:

Acréscimo patrimonial. (...) Embora o patrimônio venha definido pelo Direito Civil como uma universalidade, ao Direito Tributário, que se preocupa com a instituição do tributo, interessa o seu aspecto material, devendo o

¹³⁷ SAKAKIHARA, Zuudi. Imposto Sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza (Arts. 43 a 45). In: Vladimir Passos de Freitas (Coordenação). **Código Tributário Nacional Comentado**. São Paulo: Editora RT, 1999, pp. 127-147, pp. 128-129. 823 p.

¹³⁸ SANDRONI, Paulo. SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Op. cit., p. 727

¹³⁹ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 415.

patrimônio ser considerado na sua dimensão quantitativa, traduzida em valores monetários.

Neste contexto, só haverá acréscimo patrimonial se houver a incorporação de riqueza nova ao patrimônio existente, pois é a única maneira de aumentá-lo monetariamente. Por outro lado, a idéia de riqueza nova que se agrega ao patrimônio induz a necessidade de que seja ela representada por valores líquidos, isto é, expungidos dos gastos necessariamente expendidos na obtenção daquela riqueza, pois somente os valores líquidos se acrescem o patrimônio.¹⁴⁰

Entendemos, ao examinar o conjunto de ensinamentos aqui trazidos, como também observando os artigos 37 a 57, do Decreto Federal nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda, que os conceitos de renda e rendimento, na grande maioria das situações estão vinculados na sua origem às noções de renda líquida, patrimônio, capital, trabalho e associação de capital e trabalho, e, ainda, aos conceitos de lucro, preço, salário, remuneração, juro, aluguel, arrendamento, prestação de serviço, riqueza nova e acréscimo patrimonial. Da mencionada constatação decorre a sua associação, em muitas situações, aos conceitos de lucro, preço e/ou remuneração, gerando, como conseqüência, o afastamento dos Convênios da Administração Pública.

De outro lado, julgamos que o conceito renda e rendimento, especialmente da forma que se apresenta na normatização do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, nem sempre se encontra vinculado com as noções de lucro, preço e/ou remuneração, o que pode gerar situações onde não se dá aprioristicamente o deslocamento dos Convênios da Administração Pública

No rumo indicado, salientamos que sobretudo o conceito de rendimento, verificado nos artigos 37 a 57, do Decreto Federal nº 3.000, de 26 de março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza¹⁴¹,

¹⁴⁰ SAKAKIHARA, Zuudi. Imposto Sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza (Arts. 43 a 45). In: Vladimir Passos de Freitas (Coordenação). **Código Tributário Nacional Comentado**. Op. cit., p. 129.

¹⁴¹ SILVA, Sérgio Martins. **Regulamento do Imposto de Renda Anotado – Decreto 3.000, de 1999**: Anotado com legislação correlata, decisões, jurisprudência, notas explicativas e atualizado até 13 de março de 2000. São Paulo: Dialética, 2000, pp.42-72. 783 p.
Temos, ainda: Decreto Federal nº 3.000, de 26 de Março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. In: **Presidência da República – Subchefia para**

incorpora notadamente qualquer forma de acréscimo de valores como renda e rendimento, ocorrendo de serem considerados como tal, dentre outros, recursos e verbas de cunho indenizatório, auxílios, ajudas, bolsas de pesquisa e ensino.

8.3.10. Das noções de Vantagem e de Vantagem Pecuniária e Patrimonial

Falando sobre a noção de vantagem, Plácido e Silva diz que, “em amplo sentido, entende-se o ganho, a utilidade, o proveito, o lucro, que se possa auferir, ou tirar, de um ato jurídico, de um negócio ou de uma disposição legal”, ao mesmo tempo que “em sentido especial, a vantagem pode manifestar-se como uma prioridade, um benefício particular, ou uma regalia, que se estabelece em favor de um, em relação a outros”.¹⁴²

Maria Helena Diniz, quando trata do vocábulo vantagem, anota que o mesmo pode significar proveito obtido por alguém em razão de ato jurídico oneroso ou gratuito, benefício, melhoria, lucro, utilidade, prioridade, bom resultado.¹⁴³

Assinala J. M. Othon Sidou ser vantagem “todo ganho ou benefício que alguém obtém em razão de um negócio jurídico, oneroso ou gratuito”.¹⁴⁴

Plácido e Silva, referindo-se as vantagens pecuniárias, registra que “assim se dizem as que se realizam em somas pecuniárias”, como “são

Assuntos Jurídicos (Site Internet). Brasília: Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1999. 298 p. Encontrado no site www.planalto.gov.br. Acesso em 14/02/2006.

¹⁴² SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 1.459.

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 842.

¹⁴⁴ SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Op. cit., p. 889.

propriamente os lucros produzidos pelos negócios, ou as remunerações devidas pelos exercícios das atividades, ou execução de serviços.”¹⁴⁵

Outrossim, destacamos que, na órbita da legislação dos Servidores Públicos Civis da União, o conceito de vantagem pecuniária, no art. 49, da Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, tem o sentido, de um lado, de gratificações e adicionais, que se incorporam ao vencimento e provento, nos casos e condições indicados em lei, e, de outro lado, é sinônimo de indenização que não se incorpora ao vencimento ou provento para qualquer efeito.

Julgamos que o conceito de vantagem, mas sobretudo as noções de vantagem pecuniária e vantagem patrimonial, podem ser associadas, num grande número de situações, aos conceitos de lucro, preço e/ou remuneração, que afastam o instituto jurídico do Convênio da Administração Pública.

Porém, constatamos que a noção de vantagem, mesmo no sentido de vantagem pecuniária e patrimonial, pode ser vinculada a situações de cunho indenizatório, como também a vantagens que não se associam aos conceitos de lucro, preço e/ou remuneração, o que abre a possibilidade de não deslocamento dos Convênios da Administração Pública.

No rumo indicado, verificamos que o vocábulo vantagem tem o seu sentido ligado, dentre outras, com noções com elevado grau de indeterminação como benefício, proveito, ganho, utilidade, prioridade e bom resultado, que não se vinculam obrigatoriamente aos conceitos de lucro, preço e/ou remuneração.

8.3.11. Do conceito de Benefício e Benefício Patrimonial

Quando examina o conceito de benefício, Plácido e Silva anota que:

(...) na terminologia jurídica, (...), derivado do latim *beneficium* (favor, graça, mercê, bem), possuindo uma grande variedade de aplicações, tem, em sentido geral, o sentido de anotar o proveito, a vantagem, a proteção,

¹⁴⁵ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 1.459.

decorrente de lei ou conseqüente da liberalidade ou renúncia de outrem, que é obtida pelo beneficiado ou beneficiário”.¹⁴⁶

Anota Plácido e Silva, detalhando a multiplicidade de utilizações, que benefício, “no sentido do Direito Comercial, é entendido, em regra, como lucro ou ganho tido no negócio ou na operação, contribuindo, segundo o próprio conceito fundamental do benefício, para acréscimo à fortuna do beneficiado”, enquanto que, no “Direito Civil, ou é a exceção à aplicação normal das regras jurídicas, o privilégio que se concede à pessoa para que possa usufruir determinada vantagem, ou o direito que se lhe atribui, por ato de liberalidade ou renúncia”.¹⁴⁷

Maria Helena Diniz, observa que benefício, no Direito Comercial, significa “lucro obtido no negócio mercantil ou na atividade empresarial”, ao passo que, no Direito Civil, designa “o direito conferido a alguém em razão de um ato de liberalidade” e, ainda, “vantagem ou privilégio concedido por lei”.¹⁴⁸

Ainda, Plácido e Silva registra que, no sentido “do Direito Constitucional e Administrativo, o benefício representa prêmios, assistência ou proteção prestada às pessoas ou instituições, segundo regras que nele se inscrevem”, ao mesmo tempo que considera os mesmos “não deixam de ser vantagens concedidas pelos poderes públicos em atenção a certos fatos ou como compensação de certas circunstâncias, em que o beneficiado se vem a encontrar”.¹⁴⁹

Constata Maria Helena Diniz, que benefício, na esfera do Direito Administrativo, quer designar a “assistência e proteção prestada pela Administração

¹⁴⁶ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 204.

¹⁴⁷ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 204.

¹⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 1 – A-C. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 476.

¹⁴⁹ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 204.

Pública a pessoas ou instituições necessitadas” e, ainda, “vantagem concedida pelo Poder Público ante certas circunstâncias em que o beneficiado se encontre”.¹⁵⁰

Plácido e Silva, examinando a noção de benefício patrimonial, registra que “sob o ponto de vista econômico, tal como se vê do sentido comercial, benefício tem, sempre, o conceito de um lucro, ou seja, a ganância sobre o capital, o resultado obtido, ou a riqueza produzida”, como também enuncia que “o benefício patrimonial não se afasta deste sentido, pois que sempre significa ato ou fato, em virtude do qual o patrimônio se engrandece, se enriquece, ou lucra a utilidade, que a ele se acresce”.¹⁵¹

Observa Maria Helena Diniz, que benefício, no espaço do Direito Comercial, quer dizer “lucro” ou “riqueza produzida”, enquanto que, no âmbito do Direito Processual Civil, designa “o proveito econômico que enriquecerá o patrimônio do litigante assim que se restabelecer a relação jurídica molestada ou houver a devolução do bem que gerou a demanda”.¹⁵²

Consideramos que o conceito de benefício e de benefício pecuniário e patrimonial, sobretudo na forma em que se apresenta no âmbito do Direito Comercial, se vincula especialmente à noção de lucro, que afasta o uso do instituto do Convênio da Administração Pública.

Entendemos, porém, que nas noções comumente fornecidas, em relação às situações que envolvem o vocábulo benefício, pelo Direito Civil, pelo Direito Administrativo, pelo Direito Constitucional, não temos um liame indispensável das mesmas noções e situações com as idéias de lucro, preço e/ou remuneração, o que ocasiona, em muitas ocasiões, a inexistência de um obrigatório deslocamento do Convênio da Administração Pública.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 1 – A-C. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 476.

¹⁵¹ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 206.

¹⁵² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 1 – A-C. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 480.

8.4. A PESSOA JURÍDICA TER FIM LUCRATIVO NÃO É OBSTÁCULO INTRANSPONÍVEL QUE AFASTA OBRIGATORIAMENTE O CONVÊNIO, PELO FATO DE QUE NADA IMPEDE QUE A MESMA, NO CASO EM CONCRETO, POSSA SE DESPIR DE SUA FINALIDADE LUCRATIVA

Edite Mesquita Hupsel lembra corretamente que não afasta Convênio o fato da pessoa jurídica ter fim lucrativo, desde que a mesma tenha “naquele momento se despedido de seu objetivo de lucro e esteja buscando auxiliar na consecução de fins públicos”.¹⁵³ De outro lado, a mesma autora observa que não é o fato da entidade não ter fins lucrativos que afasta a celebração de contrato, “porque muitas instituições sem esta finalidade cobram remuneração pelos serviços que prestam ou pelos produtos que vendem”.¹⁵⁴

Entendemos que a possibilidade de realização de Convênios ou congêneres com entidades que tenham fins lucrativos, na forma proposta por Hupsel, não impede que ocorram estipulações constitucionais (como se dá, somente para dar um exemplo, no art. 199, da CF), legais e, ainda, de normatizações administrativas das pessoas e entidades dos diversos entes da Federação, no sentido de que haja uma preferência pela realização de Convênios com pessoas e entidades da Administração Pública, e, também, com entidades sem fins lucrativos.

Igualmente, consideramos que a possibilidade de existência de Convênios com pessoa jurídicas com fins lucrativos não é obstáculo à ocorrência de determinações orientadas no rumo de vedar, total, parcialmente ou em determinadas situações, como também condicionar das mais variadas formas, a realização dos citados ajustes ou outros acordos com entidades que tenham o lucro como finalidade. Tal ocorre, somente para elucidar, no art. 19, da Lei Federal nº 4.320, de 1964, das Normas de Direito Financeiro, Orçamentária e de Contabilidade Pública, e, ainda, nos artigos 30, 31, 32 e 33, da Lei Federal nº 10.934, de 2004, Das

¹⁵³ HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, v. 25. Op. cit., p. 37.

¹⁵⁴ HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, v. 25. Op. cit., p. 40.

Diretrizes para a Elaboração da Lei Orçamentária de 2005, e nos artigos 31, 32, 33 e 34, da Lei Federal nº 11.178, de 2005, Das Diretrizes para a Elaboração da Lei Orçamentária de 2006.

8.5. AS PESSOAS OU ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E/OU AS QUE NÃO TENHAM FINS LUCRATIVOS, PODEM PATROCINAR, EM MUITAS SITUAÇÕES, ATIVIDADES EM QUE SE FAÇA PRESENTE O PREÇO E/OU REMUNERAÇÃO

De outra sorte, lembramos, ainda referenciados no assinalado por Hupsel, que a Constituição Federal, no art. 150, § 3º, quando discute questões relativas à imunidade tributária, constata, na órbita da Administração Pública, a existência de patrimônios, rendas e serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas por normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou vinculados a atividades em que ocorre a contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas, onde teremos, em princípio, o afastamento dos Convênios da Administração Pública.

Ainda, avançando na análise de situações que entendemos devam merecer fixação de marcos, julgamos, no que se refere pessoas e entidades da Administração Pública e/ou que não tenham fins lucrativos, que quando estivermos diante de situações onde existam, nas relações entre os partícipes, o preço público, a tarifa e/ou a taxa, em razão do conteúdo remuneratório dos mesmos, temos a ocorrência de hipóteses que afastam a utilização dos Convênios da Administração Pública.

Ressaltamos que o afastamento do Convênio da Administração Pública ocorre também quando as mesmas pessoas e entidades da Administração Pública e/ou que não tenham fins lucrativos afirmam, em situações concretas, como decorrência de uma determinada atividade desenvolvida, resultados financeiros positivos e superavitários, para além das despesas e custos efetuados, pelo fato de estarmos diante de situações onde existe, de regra, a remuneração.

A aceitação dos ensinamentos de Luciano Amaro de que “superávit não é lucro”¹⁵⁵, não impede o reconhecimento de que a configuração da hipótese de resultados financeiros positivos e superavitários, está associada, no geral, a noção de remuneração, o que configura, quando ocorre, o deslocamento da hipótese de Convênio da Administração Pública.

8.6. AS TAXAS NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ainda, pensamos que as taxas, e não somente no âmbito da Administração Pública, têm, em princípio, sentido remuneratório, o determina o afastamento da sua utilização nos Convênios, na órbita das relações entre os partícipes.

Pensamos que caminha no rumo apontado o disposto no art. 8º, inciso I, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, quando, no que diz respeito aos Convênios por ela regulados, proíbe a realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar.¹⁵⁶

Também, o Tribunal de Contas da União, no trabalho Convênios – Principais Informações para Estados e Municípios, do ano de 2000, informa, dentre outras proibições, que “nos convênios, não podem existir cláusulas que permitam: a realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar (art. 8º, inc. I, da IN STN 01/97 e Decisão TCU nº 706/94-Plenário-Ata 54/94)”.¹⁵⁷

O Acórdão 459/2003 – Plenário, do Tribunal de Contas da União, de 07.05.2003, que teve como Relator o Ministro Benjamin Zymler, enuncia, no item

¹⁵⁵ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 7ª. edição, atualização. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 153. 512 p.

¹⁵⁶ Igualmente, o art. 9º, § 2º, inciso II, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de março de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, órgão de controle interno, veda, nos Convênios, o pagamento de taxa de administração, de gerência ou similar.

¹⁵⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios – Principais Informações para Estados e Municípios**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000, p.14. 60 p. Encontrado no site www2.uerj.br/~diplan/pdf/manualtcu.pdf . Data de acesso não constante do material.

9.2.4 do acórdão, “a proibição do pagamento de taxas de remuneração”¹⁵⁸. Ainda, o Acórdão nº 3053/2003 – Primeira Câmara, do Tribunal de Contas da União, de 02.12.2003, onde temos como Relator Walton Alencar Rodrigues e como Relator da Deliberação Recorrida o Ministro Iram Saraiva, decidiu que “a figura do convênio não comporta o pagamento da taxa de administração”.¹⁵⁹

Igualmente, entendemos que a utilização de taxas expressas em percentuais são indicador de um sentido remuneratório nas mesmas, o que torna de reduzida plausibilidade, por exemplo, a alegação das mesmas terem cunho indenizatório.

8.7. DA HIPÓTESE INDENIZATÓRIA NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

¹⁵⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 459/2003 – Plenário, de 07.05.2003, Relator Ministro Benjamin Zymler. Solicitação formulada pelo Congresso Nacional. Auditoria nos Fundos que receberam recursos do Tesouro Nacional no exercício de 1995. Índícios de desvio de finalidade no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, em levantamento preliminar. Processo apartado. Improriedade na formalização de Convênios. Relatório de execução físico-financeira de forma única e final. Ausência de publicação de extrato de Convênio. Pagamento irregular de taxa de administração. Não comprovação de existência de desvio de finalidade nos Convênios analisados. Justificativas acolhidas em parte. Determinação à FINEP. In: **Portal de Pesquisa Textual do Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, 2003. 09 p. Presente em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 15 de agosto de 2004.

¹⁵⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 3053 – Primeira Câmara, de 02.12.2003, Relator Walton Alencar Rodrigues e Relator da Deliberação Recorrida Iram Saraiva. Representação formulada pela Justiça do Trabalho – Vara do Trabalho de Guanhães-MG. Irregularidades praticas pela ECT. Reclamação Trabalhista. Pedido de reexame de decisão que considerou parcialmente precedente a representação ante improriedades na contratação de menores aprendizes e no pagamento de taxa de administração às entidades conveniadas. Negado provimento. In: **Portal de Pesquisa Textual do Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, 2003. 07 p. Presente em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 15 de janeiro de 2006.

Temos o mencionado Acórdão referido e comentado em: RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, pp. 151-156. 550 p.

Julgamos que pode ser enunciado, em consonância com os elementos trazidos ao presente trabalho, notadamente quando tratamos das dimensões do conceito de lucro, preço e/ou remuneração, que os Convênios da Administração Pública repele as mesmas noções, admitindo o mesmo instituto jurídico, no máximo, a hipótese ressarcitória e/ou indenizatória de recomposição de gastos e valores despendidos, desde que haja previsão no ajuste e ocorra a devida motivação.

Pensamos que a hipótese indenizatória está intimamente ligada, para exemplificar, às noções de custo e preço de custo, que podem ser aceitas no âmbito das relações jurídicas entre os partícipes dos Convênios da Administração Pública.

Devemos, porém, efetuar ressalvas em relação sobretudo aos conceitos de custo técnico-econômico e custo figurativo, que incorporam as noções de lucro, juro e/ou remuneração.

Consideramos igualmente necessário ter atenção, na temática abordada, em relação às noções de custo total, que se compõe do custo de produção mais despesas complementares, na medida em que, em determinadas situações, no bojo especialmente das chamadas despesas complementares podem existir situações que tenham dimensão remuneratória.

Igualmente, pensamos que, dos ensinamentos enumerados, decorre a conclusão de que os denominados Convênios da Administração Pública são afastados quando de situações que se vinculam aos conceitos de lucro, de preço e/ou de remuneração, que se expressam especialmente nas noções de lucro, de líquido e/ou de lucro real, e, ainda, de preço, de preço corrente, de preço de venda, de preço de mercado, de preço natural, de preço justo, de preço público, de tarifa e/ou de taxa, como também de remuneração, de salário, de vencimento, de subsídio, de soldo, de honorário, de comissão, de gorjeta, de corretagem, de gratificação, de adicional, de abono e de prêmio.

No rumo indicado Edite Mesquita Hupsel, diz que “o repasse de verbas para o outro conveniente há que se destinar a cobrir despesas por este realizada na execução do convênio, indenizando custos operacionais e propiciando a própria execução do ajuste” e “nunca ter natureza de pagamento pelos serviços prestados, pelas obras executadas ou pelos bens fornecidos”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, v. 25. Op. cit., p. 36.

Julgamos que no Convênio da Administração Pública, tal como o mesmo têm sido trabalhado pela doutrina, prática administrativa e legislação pátria, como regra, não pode se fazer presente os conceitos de lucro, preço e/ou remuneração, em favor do conveniente, do interveniente e/ou do executor institucional, mas pode ocorrer a transferência de recursos para cobrir a realização do conveniado, e, ainda, pode se dar a indenização e ressarcimento dos custos para a efetivação do acordado, como também pode ocorrer no mesmo, em regra, o pagamento das chamadas verbas indenizatórias, como são, dentre outras, as ajuda de custo, as diárias, os auxílios para transporte e/ou os auxílios para alimentação.

De outra parte, admitimos como real a possibilidade de ocorrerem situações onde a remuneração seja apresentada fraudulentamente como meros recursos para cobrir custos básicos. Mas, pensamos que o fato de situações de burla em que haja a incidência de remuneração e/ou preço, serem apresentadas como de repasses para cobrir custos ou como preços de custo, não autorizam qualquer tipo de preconceito em relação à hipótese meramente ressarcitória, na medida que, no caso em concreto, podemos buscar examinar se estamos diante realmente de uma situação de cunho indenizatório ou diante de uma algum tipo de embuste.

8.8. A CARACTERIZAÇÃO DO CONVÊNIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO AJUSTE DE COOPERAÇÃO, COLABORAÇÃO, COORDENAÇÃO, PARCERIA, AUXÍLIO E/OU AJUDA ENTRE OS PARTÍCIPES, COM AUSÊNCIA ENTRE OS MESMOS DO LUCRO, DO PREÇO E/OU DA REMUNERAÇÃO, NÃO IMPEDE A CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTROS CONTRATOS ASSOCIATIVOS E COOPERATIVOS E/OU DE CONTRATOS EM QUE ESTEJAM AUSENTES O LUCRO, O PREÇO E/OU A REMUNERAÇÃO

Anotamos ao longo do presente trabalho, em primeiro lugar, a insuficiência da dicotomia antagonismo/convergência de interesses, objetivos e resultados pretendidos pelos partícipes, como principal critério de diferenciação entre os Convênios e os Contratos da Administração Pública. Em razão do que

julgamos que tem razão Odete Medauar quando verifica a insuficiência da idéia de “resultados comuns” para distinguir o Convênio do Contrato da Administração Pública.¹⁶¹

Julgamos, em segundo lugar, preenhe de fragilidade a noção de “obrigações recíprocas” para distinguir os Contratos dos Convênios. Assim entendemos, de um lado, pelo fato de nem todos os contratos e contratos administrativos serem obrigatoriamente bilaterais, onerosos e comutativos. De outro lado, pela verificação da possibilidade de existirem, também nos Convênios da Administração Pública, situações de bilateralidade, de obrigações correlacionadas, de encargos recíprocos, de direitos, deveres, pretensões, obrigações, pretensões e contrapartidas equivalentes ou similares.

Questionamos, em terceiro lugar as opiniões que entendem o Convênio da Administração Pública como um pacto de natureza precária. Entendemos que a mencionada concepção, de um lado, parte de entendimento de que nos Convênios temos uma frágil possibilidade de tornar efetivas estipulação de direitos, deveres, pretensões, obrigações e contrapartidas definidas no mesmo pacto, como também de ações, responsabilizações, sanções e da penalizações dos que agredirem o definido no acordo.

Igualmente, entendemos que a mencionada noção de precariedade, de ausência de vinculação jurídica, obrigacional e/ou de responsabilidade, nos Convênios da Administração Pública, é congruente e foi nutrida por entendimentos que consideraram, durante muito tempo e ainda hoje consideram, os recursos transferidos, ou parcelas dos mesmos, como recursos a fundo perdido e/ou como recursos doados.

De outro lado, a referida compreensão entende que a possibilidade de retirada unilateral, de denúncia, como também a impossibilidade de cláusula de permanência obrigatória, nos Convênios da Administração Pública, reforça a instabilidade do pactuado nos mesmos. As compreensões citadas não se dão conta que na mesma linha de raciocínio poder-se-ia considerar igualmente de natureza precária e instável os Contratos da Administração Pública, pelo fato dos mesmos

¹⁶¹ MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, vol. 2. São Paulo: Centro de Estudos Jurídicos, julho de 1996, pp. 69-89, p. 76.

preverem a possibilidade da alteração e “rescisão” unilateral. Os exames mencionados não enxergam também que a existência da rescisão unilateral e da denúncia em uma série de Contratos fragilizam distinções entre os Convênios da Administração Pública e os Contratos a partir dos elementos retirada unilateral e denúncia.

Entendemos, em quarto lugar, que são frágeis exames que enxergam nos Convênios da Administração Pública a existência de relações de igualdade, de fato e/ou de direito, entre os partícipes, ao contrário do que aconteceria notadamente nos Contratos da mesma Administração. A insuficiência das mesmas análises fica evidente quando verificamos, em sentido oposto aos mesmos pontos de vista, que a realidade desigual na Federação brasileira, bem como as situações de adesão, produzem a ausência de paridade, de fato e jurídica, entre os partícipes, em parcela significativa dos Convênios da Administração Pública. Da mesma forma, salientamos que as situações de adesão, de falta de paridade e de desigualdade ocorrem, mesmo que com características próprias, tanto nos Contratos da Administração Pública, como nos Contratos de Direito Privado e nos Convênios da Administração Pública.

Julgamos que, tendo como parâmetro notadamente a doutrina e a prática administrativa pátria, que os Convênios da Administração Pública se caracterizam, nas relações entre os partícipes, pela cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, como também pela ausência nas mesmas relações, no mínimo, dos elementos lucro, preço e/ou remuneração.

Igualmente, pensamos que as mesmas definições a respeito do caráter dos Convênios da Administração Pública, não impedem que se verifique a ocorrência de outros contratos associativos ou cooperativos e/ou de outros contratos onde não se faça presente o lucro, o preço e/ou a remuneração.

Escolhemos definir os Convênios da Administração Pública, de um lado, como pacto de cooperação, colaboração, coordenação e parceria, pelo fato de julgarmos que os mencionados termos são os que melhor expressam os Convênios na sua forma mais tradicional, que costuma vincular e associar em relação de comunhão pessoas e entidades da Administração Pública e também as mesmas com as pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem fins lucrativos.

Destacamos, de outro lado, que os termos cooperação, colaboração, coordenação e parceria são largamente utilizados na doutrina administrativa mais

qualificada, para caracterizar relações e ajustes que se notabilizam pelos elementos associação e comunhão de escopos, como demonstramos no exame crítico efetuado, sobre a mesma doutrina e temas, ao longo do presente trabalho.¹⁶²

Salientamos que da leitura dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, sobretudo os que se relacionam à organização do Estado e à ordem social¹⁶³, emergem com nitidez, no mínimo, os conceitos de cooperação, associação e coordenação.

Igualmente, ressaltamos que a utilização sobretudo dos conceitos de cooperação e colaboração também decorre do fato de que a doutrina contemporânea, no Direito Privado e no Direito Público, têm afirmado de forma crescente as mencionadas noções nas relações obrigacionais e contratuais, em razão do que se fala, por exemplo, de relação de cooperação¹⁶⁴, de ordem de

¹⁶² Destacamos, dentre outros, os seguintes administrativistas:

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição, totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, pp. 141, 184-195 e 248-281. 683 p.;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 4ª. edição revista e ampliada. Op. cit., pp.33-34 46-69 e 189-195.;

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. Op. cit., pp. 35-56.;

WALD, Arnold.; MORAES, Luiza Rangel de.; e WALD, Alexandre de M. **Direito de Parceria e a Lei de Concessões: Análise das Leis 8.897/95 e 9.074/95 e Legislação Subseqüente**. 2ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 05-88. 973 p.

¹⁶³ Anotamos, dentre outros, o art. 23, caput e parágrafo único, o art. 199 e o art. 241 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-1998), da Constituição Federal de 1988.

¹⁶⁴ A idéia de que as relações obrigacionais se caracterizam como relações de cooperação pode ser encontrada, dentre outros, em:

BETTI, Emilio. **Teoria Geral de las Obligaciones** – Tomo I. Tradução de José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. 420 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 213. 369 p.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social entre *Cosmos* e *Taxis*: A Boa-Fé nas Relações de Consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado**. São Paulo: Editora RT, pp. 611-661, pp. 631-633. 861 p.

cooperação”¹⁶⁵, de princípio, técnica, elemento e relação de colaboração¹⁶⁶, bem como de “deveres de colaboração como elemento central”.¹⁶⁷

Ainda, preferimos entender os Convênios da Administração Pública, para além de ajustes que se distinguem pela cooperação, colaboração, coordenação e parceria, também como pactos que se caracterizam pelos elementos auxílio e ajuda.

Salientamos que os conceitos auxílio e ajuda, que serão objeto de estudo mais detalhado especialmente no próximo capítulo, devem servir para abranger uma ampla variedade de atividades de fomento, auxílios, ajudas, benefícios, contribuições, subvenções, bolsas de estudo e pesquisa, que se viabilizam através de Convênios da Administração Pública, seus congêneres, como também de procedimentos e ajustes de natureza convenial.

Além de considerarmos os Convênios da Administração Pública se caracterizam, nas relações entre os partícipes, pela cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, entendemos que os elementos trazidos ao presente trabalho, igualmente, aconselham no sentido de se considerar os Convênios da Administração Pública como pactos onde temos também, como traços

¹⁶⁵ Verifique-se em: SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: São Paulo: José Bushatsky, 1975, pp. 5 e 8. 232 p.

¹⁶⁶ Destacamos os mesmos conceitos em:

WALINE, Marcel. Evolution récente des rapports de l'Etat avec ses contractants. In: **Revue de Droit Public**, 1951, pp. 5 e ss.;

LAUBADÈRE, André de. **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**, Vol. I. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 23.;

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Teoria del Equivalente Economico en los Contratos Administrativos**. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1968, pp. 230, 231 e 242.;

DROMI, José Roberto. **Derecho Administrativo**. 10^a ed. atualizada. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, 2004, p. 470. 1.630 p.;

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos**. 1^a. edição, 2^a. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 126-128. 158 p.

MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, v. 2. Op. cit., p. 77.

¹⁶⁷ Constata-se em: MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 189. 397 p.

marcantes e como conceitos resistentes, a ausência do lucro, do preço e/ou da remuneração, entendidos as mesmas noções em sua dimensão técnica.

De outra forma, os estudos que realizamos apontam para a fragilidade da utilização genérica e apriorística de uma série de conceitos e noções para distinguir o Contrato do Convênio da Administração Pública e afastar a utilização dos últimos. Os conceitos que devem ser vistos com cautela são notadamente os de contraprestação, pagamento, renda, rendimento, patrimônio, vantagem, benefício, proveito ou ganho. Entendemos que é desaconselhável a utilização genérica dos mesmos conceitos, longe das situações concretas, para as mencionadas diferenciações e afastamentos, tendo em vista especialmente de que os mesmos podem, tanto se apresentarem associados, como dissociados, dos conceitos de cooperação, colaboração, parceria, auxílio e/ou ajuda, como também das noções de lucro, preço e/ou remuneração.

Pensamos que receber uma verba repassada através de Convênio da Administração Pública pode significar, sim, ter vantagem, benefício, proveito ou ganho, mesmo em situações de ausência do lucro, preço e/ou remuneração. A vantagem, benefício proveito ou ganho pode se dar pelo acréscimo de reconhecimento político, público, profissional, científico, cultural e artístico, como resultado da obra realizada, da pesquisa efetuada, da peça de teatro apresentada e do show musical efetivado, etc.

Entendemos que as constatações citadas, ao contrário de nos colocarem numa posição defensiva e/ou impotente, tornam necessário de que cada vez mais, no que diz respeito ao repasse recursos, nas ações de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajudas, se façam exigências no sentido democrático, exigindo a existência de critérios nítidos e motivados, como também a definição de escala de prioridades devidamente justificadas, sempre balizados pelo interesse público e social, e, ainda, pelos princípios e valores constitucionais.

Tais critérios, prioridades e demarcações devem estar presentes, tanto na formulação das diretrizes orçamentárias e na definição das dotações consignadas no Orçamento, como na estipulação de programas de trabalho, projetos, atividades, ações e eventos a serem realizados através de Convênios e seus congêneres, como também quando da verificação do efetivado e do exame dos resultados conseguidos e/ou potencializados.

No rumo indicado, podemos destacar, para as transferências de recursos, a estipulação, no art. 48, inciso I, letra “a”, da Lei Federal nº 10.934, de 2004, Das Diretrizes para a Elaboração da Lei Orçamentária de 2005, e no art. 48, inciso I, letra “a”, da Lei Federal nº 11.178, de 2005, das Diretrizes para a Elaboração da Lei Orçamentária de 2006, de que o órgão concedente, deve divulgar pela Internet, o conjunto de exigências e procedimentos, inclusive formulários, necessários à realização das transferências. Igualmente, no art. 34, inciso I, da mesma Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2005, e no art. 35, inciso I, da mesma Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2006, temos o estabelecimento de que as subvenções sociais, auxílios e contribuições correntes, em benefício das entidades privadas sem fins lucrativos, dependerão da publicação, pelo Poder respectivo, de normas a serem observadas na concessão, que definam, entre outros aspectos, critérios objetivos de habilitação e seleção dos beneficiários e da alocação de recursos, prazo do benefício, bem como cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade.

Pensamos que notadamente no estabelecimento de planos, programas e políticas públicas e, ainda, da peça orçamentária, além da valorização dos mecanismos tradicionais de debate, de âmbito do Poder Executivo e do Poder Legislativo, deve ser estimulada a participação popular e cidadã na elaboração dos mesmos, através da consulta a entidades representativas da sociedade civil, a Conselhos, a audiências públicas e assembléias populares.

De outro lado, consideramos que num grande número de situações, a estipulação das pessoas ou entidades a serem beneficiadas com os recursos a serem transferidos possa e deva ocorrer pelo mecanismo de Editais, que atendam, no que couber, os princípios e normas constitucionais e da Lei Federal nº 8.666/93.

Igualmente, entendemos devem merecer o máximo o acompanhamento, a análise, a fiscalização e o controle, sobre a execução dos ajustes e as prestações de contas, notadamente dos que receberem recursos, o que deve ocorrer, sempre que possível e no que couber, a partir da intervenção dos partícipes e dos que se envolverem no ajuste, do controle interno (os órgãos técnicos, Controladorias, Auditorias, serviços de contabilidade), do controle externo (Tribunais de Contas e Poder Legislativo) e do Poder Judiciário. Além disso, é desejável que se estimule o acompanhamento, a análise, a fiscalização, o controle e a prestação de contas, de forma a envolver, por exemplo, Conselhos municipais, de cidadãos, populares ou setoriais, como também a realização de audiências e de assembléias públicas.

No sentido apontado, o art. 48, da Lei Complementar Federal nº 101, de 2000, Da Responsabilidade Fiscal, estipulou que:

Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais se dará ampla divulgação, inclusive por meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório da Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão de planos, leis de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

De outro lado, com preocupações similares, verificamos que, no art. 9º, inciso X, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de março de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, que trata dos Convênios¹⁶⁸, quando se refere à formalização do mesmo ajuste, estipula como cláusula obrigatória, dentre outras, a estipulação da “forma de acompanhamento e de fiscalização local, inclusive prevendo mecanismos de controle social, mediante a ação de Conselhos ou Comissões, com vistas à avaliação dos resultados do convênio”.

No rumo indicado, exige-se, no art. 12, inciso XII, da mencionada Instrução Normativa da CAGE, quando da Prestação de Contas, que após o encerramento do Convênio, dentre outros documentos, seja apresentado Termo, emitido pela equipe ou órgão estadual competente, de que os objetivos foram atingidos, ou de que os bens adquiridos estão instalados e em funcionamento. Outrossim, quando se tratar de obra, estabelece a necessidade de Termo de conclusão da obra ou de recebimento definitivo.

De outra sorte, no art. 12, inciso XIV, prescreve a necessidade, no que se refere à execução física e quanto ao atingimento de objetivos, de “ata de aprovação

¹⁶⁸ Instrução Normativa nº 01, de 15 de março de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre Convênios a serem celebrados no âmbito dos Poderes Executivo, inclusive Autarquias e Fundações, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. In: **Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul**, de 15 de março de 2005. Porto Alegre: CORAG, 2005, pp. 05-08, pp.06-07. Site Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul: www.corag.rs.gov.br .

pelo controle social respectivo, através do Conselho Municipal ou comissão de cidadãos, que congregate, no âmbito municipal, ações incluídas no objeto do convênio” ou, alternativamente, “declaração, sob as penas da lei, de que o Conselho e a comissão inexistem”.

Ainda, no art. 12, inciso XVI, da citada Instrução Normativa da CAGE, existe a obrigação de apresentar, quando se tratar de Municípios, “Parecer do Órgão de Controle Interno Municipal quanto à correta e regular aplicação dos recursos objeto do convênio,” ou, quando for o caso de entidade privada, “Parecer contábil que deverá ser emitido por profissional habilitado, declarando que os recursos foram utilizados de acordo com as despesas previstas nos objetivos propostos”.

8.9. NAS RELAÇÕES JURÍDICAS COM TERCEIROS, NO ÂMBITO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ONDE TEMOS, COMO REGRA, A POSSIBILIDADE DO LUCRO, DO PREÇO E/OU DA REMUNERAÇÃO, ENTENDEMOS SER INDISPENSÁVEL PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, DE DISPENSA, DE INEXIGIBILIDADE OU SIMILARES NA EXECUÇÃO DO MENCIONADO AJUSTE, QUE RESPEITEM PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS QUE ORIENTAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PARÂMETROS TRAZIDOS PELOS PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS PRESENTES NA LEI FEDERAL Nº 8.666

Constatamos que, no âmbito dos Convênios Administrativos, mas fora das relações entre os partícipes – concedente, convenente, interveniente e/ou executor institucional, ocorrem, em muitas ocasiões, relações contratuais com terceiros, onde temos a incidência dos elementos lucro, preço e/ou remuneração, como, por exemplo, quando terceiros vendem produtos e prestam serviços para a viabilização dos citados pactos.

Por outro lado, julgamos que, no que se refere ao conjunto das relações jurídicas presentes nos Convênios da Administração Pública, mas, sobretudo nas mencionadas relações jurídicas com terceiros, deve-se agir no sentido de evitar burlas e violações aos princípios constitucionais e legais que regem a Administração Pública e a Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária.

As agressões aos mencionados princípios envolvem, somente para fornecer alguns exemplos, irregularidades na contratação de obras, serviços e mercadorias, na contratação de pessoal, na acumulação de remuneração de servidores públicos e, ainda, na utilização, guarda, gerenciamento e administração de dinheiros, bens e valores públicos.

Temos igualmente a possibilidade do favorecimento pessoal, inclusive significando acréscimo patrimonial ou remuneração adicional, de agentes políticos e públicos, de familiares, parentes, pessoas próximas e correligionários dos mesmos, como também de dirigentes, sócios, empregados, servidores e/ou prepostos das entidades partícipes, seus familiares, parentes e pessoas próximas dos mesmos, em irregularidades que atingem especialmente aos princípios da moralidade, da probidade e da impessoalidade.

Entendemos que na esfera das relações com terceiros, mesmo na órbita dos Convênios da Administração Pública, prevalecem, quando estivermos diante de obras, serviços, compras, alienações e locações, como regra, as estipulações da Lei Federal nº 8.666/93, que vigora quando de relações que se referem aos chamados Contratos da Administração Pública, inclusive no que se refere à exigência de procedimento preliminar de Licitação, de Dispensa, de Inexigibilidade ou similares. Também pensamos que nas mesmas relações com terceiros, quando de contratações e remuneração de pessoas devem ser seguidas, como regra e no que couber, os princípios, normas estritas e valores constitucionais e legais à que se vinculam a Administração Pública.

Verificamos, no sentido apontado, por exemplo, que o art. 27, da Instrução Normativa nº 01, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, com a redação dada pela Instrução Normativa da STN nº 03/2003, sujeita o conveniente, ainda que entidade privada, quando da execução de despesas com recursos transferidos, às disposições da Lei Federal nº 8.666, de 1993, tanto no que se refere à licitação, quanto no que diz respeito ao contrato, podendo ser utilizada a modalidade pregão de licitação, nos casos em que a Lei Federal nº 10.520, de 2002, especifica¹⁶⁹. A

¹⁶⁹ A redação original do artigo 27, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, que trata dos Convênios, era a que segue:

“Art. 27. Quando o conveniente integrar a administração pública, de qualquer esfera de governo, deverá, obrigatoriamente, sujeitar-se às disposições da Lei nº 8.666/93, especialmente naquilo que se refira à licitação e contrato.

mencionada redação se vincula ao decidido pelo TCU através do Acórdão nº 1070, de 6.8.2003 – Plenário.^{170 171}

Julgamos que o parâmetro que é fornecido no art. 27, da mesma Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional, que se referem aos recursos federais, apesar de possuir redação que não nos agrada, por não colocar em primeiro plano sobretudo o atendimento aos princípios a que se vincula a Administração Pública e os presentes na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, aponta no rumo

Parágrafo único. Sendo o conveniente entidade privada, não sujeita à Lei nº 8.666/93, deverá, na execução das despesas com os recursos recebidos em transferência, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos pela referida lei”.

A redação atual da Instrução Normativa nº 01, de 15 de março de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Dos Convênios, no artigo 12, inciso XV, tratando da Prestação de Contas, consta a exigência, como segue:

“Art. 11. (...)

XV - cópia do despacho adjudicatório e homologação das licitações realizadas ou justificativas para sua dispensa ou inexigibilidade, com o respectivo embasamento legal, quando o conveniente pertencer à Administração Pública. No caso de entidades privadas, não sujeitas ao procedimento licitatório, fica o responsável pela aplicação dos recursos públicos obrigado ao atendimento do princípio da economicidade, justificando expressamente a opção utilizada, sob pena de responsabilidade pelos atos de gestão antieconômica”.

¹⁷⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1070/2003, Plenário, de 06.08.2003. Levantamento de Auditoria. Instituto do Coração. Obras de implantação de Unidade do Instituto do Coração – InCor, no DF, nas dependências do Hospital das Forças Armadas. Ausência de indícios de irregularidades graves ou dano ao erário. Falta de realização de licitação. Prazo de adoção de providências. Arquivamento. Entidades Privadas investidas da condição de gestoras de recursos públicos. Análise da matéria. In: **Portal de Pesquisa Textual do TCU**. Brasília: TCU, 2003. 12 p. Encontrado no site: www.tcu.gov.br. Acessado em 18 de março de 2005.

¹⁷¹ Algumas das opiniões existentes no âmbito do Tribunal de Contas da União sobre o tema podem ser encontradas no próprio Acórdão 1070/2003, Plenário, como também nas obras de Remilson Soares Candeia (CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. Op. cit., p. 188-2002) e de Ubiratan Aguiar, Ana Cláudia Messias Lima Martins, Paulo Roberto Wiechers e Pedro Tadeu Oliveira da Silva (AGUIAR, Ubiratan.; MARTINS, Ana Cláudia Messias de Lima.; MARTINS, Paulo Roberto Wiechers.; SILVA, Pedro Tadeu Oliveira da. **Convênios e Tomadas de Contas Especiais**: Manual Prático. 2ª. edição, revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp. 31-36. 435 p.)

adequado, quando exige das pessoas, entidades e empresas da Administração Pública direta, indireta, fundacional e demais entidades e empresas controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios o cumprimento da Lei Federal nº 8.666/93, tanto no que se refere a licitação, quanto no que diz respeito aos contratos.

Consideramos, porém, que o padrão que nos é fornecido pelo art. 27, da mencionada Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional, que dizem respeito aos recursos federais, na redação atual, reclama, no que no que diz respeito às situações envolvendo entidades privadas uma flexibilidade maior, sobretudo se tivermos em conta notadamente a possibilidade ampla do mesmo ajuste ocorrer com envolvimento das mais variadas pessoas e entidades da sociedade civil, com diferentes dimensões e graus de estruturação, e, ainda, abrangendo as mais diversas realidades estaduais e municipais, como também envolvendo os mais diferentes volumes de recursos e/ou verbas.

A mencionada maleabilidade não pode significar qualquer condescendência para burlas e agressões, no que diz respeito a questões substanciais e de conteúdo, no que se referem aos princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais que regulam a Administração Pública, o manuseio de recursos públicos, como também a contratação da mesma Administração.

9. A CARACTERIZAÇÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TAMBÉM COMO PACTOS NO SENTIDO DE DESTINAR RECURSOS, VERBAS E/OU CONTRAPARTIDAS PARA A REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO AJUSTADO, E, AINDA, DE UTILIZAR, GERIR, GERENCIAR E/OU ADMINISTRAR OS MESMOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, BEM COMO SUJEITOS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS SOBRE A REALIZAÇÃO DO OBJETO, O ATENDIMENTO DO AJUSTADO E O RESPEITO AO ORDENAMENTO JURÍDICO, NÃO SE CONSTITUI EM OBSTÁCULO PARA QUE SE VERIFIQUE A OCORRÊNCIA DE OUTROS CONTRATOS ONDE OS ELEMENTOS ENUMERADOS SE FAÇAM PRESENTES

9.1. DOS EXAMES DOUTRINÁRIOS E DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS, REGULAMENTARES E ADMINISTRATIVAS QUE TRATAM DOS TEMAS

Verificamos, na doutrina nacional e em disposições legais, regulamentares e administrativas, uma série de temas no sentido de fornecer mais alguns elementos fundamentais para caracterizar os Convênios da Administração Pública e congêneres, como também os procedimentos e ajustes, no geral simplificados, de natureza convenial.

Salientamos, no rumo indicado, que aqui concederemos uma maior ênfase para a associação dos Convênios da Administração Pública, congêneres, e/ou aos ajustes e procedimentos de natureza convenial, aos relevantes assuntos, dentre outros, da destinação de recursos, repasses de verbas, atividades de fomento, auxílios, ajudas, contribuições, subvenções e/ou bolsas, e, ainda, a questões que se vinculam a concessão, repasse, utilização, gerência e administração dos recursos colocados à disposição e/ou transferidos, bem como à fiscalização, controle e prestação de contas.

Destacamos, de um lado, o fato, já constatado, de que os mencionados ajustes se vinculam, nas relações entre os partícipes do acordo, aos conceitos de

cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda e, também, às noções de ausência de lucro, preço e/ou remuneração.

Agora, pretendemos destacar notadamente que os Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou os procedimentos e ajustes de natureza convencional, também se particularizam, pelos compromissos e obrigações, de um lado, de parcela ou da totalidade dos partícipes, com destaque para os concedentes e/ou, quando couber, o convenente, com a destinação de recursos, repasse de verbas e/ou contrapartidas, para a realização do objeto pactuado e o atingimento dos objetivos e metas traçados, dentro do definido notadamente no ajuste, nos regramentos, quando houver, das pessoas e entidades partícipes e no ordenamento jurídico nacional.

De outro lado, nos mesmos pactos convencionais ganham destaque os compromissos e as obrigações, de parte ou de todos os partícipes, em geral o convenente e/ou o executor institucional, de utilizar, gerir, gerenciar e/ou administrar os mesmos recursos, verbas e/ou contrapartidas, de forma adequada, boa, correta, econômica, regular e legal, tendo como referência e parâmetro para tal a efetivação do objeto e do ajustado, e, ainda, o estipulado em regramentos, quando houver, dos partícipes, em especial do concedente, como também os princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais.

Igualmente, nos ajustes de natureza convencional temos a sujeição dos partícipes e de todos os que se envolverem nos procedimentos e ajustes mencionados à fiscalização, controle e prestação de contas, dentro dos parâmetros mencionados, pelos partícipes, pelo controle interno (Controladorias, Auditoriais e serviços de contabilidade e técnicos), pelo controle externo (Tribunais de Contas e Poder Legislativo), pelo controle judicial (Poder Judiciário), como também pela cidadania e sociedade.

As mencionadas adequação, correção, razoabilidade, proporcionalidade, economicidade e regularidade, que será objeto de fiscalização, controle e prestação de contas, estarão vinculadas com a viabilização dos objetos, objetivos, finalidades, metas, cronogramas, prazos, valores, receitas e despesas propostos e aceitos, com a qualidade dos gastos e do efetuado, e, ainda, com a pertinência, regularidade e veracidade das definições, motivações e justificativas apresentadas e acolhidas, e com a adequação, regularidade e veracidade das informações fornecidas por ocasião da fiscalização, controle e prestação de contas e dos documentos e

demonstrativos de receitas, despesas, bancários e contábeis apresentados nas mesmas situações.

Pensamos, porém, que a definição das características enumeradas para os Convênios da Administração Pública, seus congêneres, bem como para os ajustes e procedimentos de natureza convenial, não elimina a constatação de que existem outros Contratos onde se fazem presentes os elementos que particularizam os primeiros.

Trazendo muitos dos elementos que enunciamos, como veremos a seguir, temos manifestações presentes na doutrina nacional, e, ainda, administrativas, regulamentares e legais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tratando do art. 23 e 241, da Constituição Federal de 1988, lembra a possibilidade de cooperação entre os entes da federação, aberta pelos preceitos constitucionais mencionados, através sobretudo de convênios e consórcios. Destaca a administrativista que, no art. 23, temos o exercício das atividades do âmbito da competência concorrente. Ainda, salienta a autora que, no art. 241, existe uma maior abertura para a cooperação, autorizando-se inclusive a gestão associada dos serviços públicos, bem como a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais para a continuidade dos serviços. No sentido apontado Di Pietro leciona que:

(...) a possibilidade de cooperação por meio de convênios ou consórcios já decorria implicitamente, do art. 23, para as atividades de competência concorrente, como a saúde, assistência social, proteção de deficientes, proteção dos documentos, obras e outros de valor histórico, preservação de florestas, etc. Agora essa possibilidade de cooperação ou “gestão associada” consta expressamente da Constituição¹, sem especificar o tipo de atividade objeto do ajuste, dependendo, contudo, de lei a regulamentação da parte final do dispositivo, que vem permitir ou facilitar a gestão associada nele prevista, na medida em que permite a transferência de encargos, serviços, pessoal e bens de uma pessoa jurídica para outra, para assegurar a continuidade dos serviços transferidos.²

¹ A autora se refere aqui ao art. 241, da Constituição Federal de 1988, com a redação que lhe foi fornecida pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. Edição, revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 191. 395 p.

Anota Toshio Mukai que “a Constituição de 1967 fazia expressa referência aos convênios entre entidades públicas (art. 13, § 3º)”. Registra que “a Constituição de 1988, não repetia o dispositivo nem fazia referência a convênios”, mas “estabelecia no parágrafo único do art. 23 (competência concorrente: saúde, assistência social, etc.) que lei complementar fixaria normas para a cooperação entre os entes federados”.³ Lembra que “a Emenda Constitucional n. 19/98 (Reforma Administrativa) restabeleceu o convênio, dando nova redação ao art. 241 da Lei Maior”.⁴

O mencionado autor destaca que “por sua vez, o art. 10 do Decreto-Lei 200/67 já estabelecia o convênio como forma de descentralização da Administração Federal para a administração das unidades federadas, quando estas estejam devidamente aparelhadas”, enquanto o “Código Tributário Nacional também prevê convênios entre Estados e Municípios com a União destinados a assegurar ampla e eficiente coordenação dos respectivos programas de investimentos e serviços públicos (art. 83)”.⁵

Odete Medauar concede relevância aos dos Convênios e congêneres como instrumento de cooperação horizontal e vertical no âmbito da Federação, especialmente para o exercício de competências cumulativas e/ou concorrentes, entre pessoas e entidades da Administração Pública. A autora ensina que “os convênios e consórcios administrativos revelam-se instrumentos de grande importância, sobretudo num Estado Federal, na qualidade de modelos cooperativos de tipo vertical e horizontal”, sendo que os mesmos ocorrem “entre entidades de diferentes níveis administrativos”, favorecendo “a realização de atividades materiais no âmbito das competências cumulativas ou concorrentes”, conseguindo atenuar ou evitar conflitos “que emperrariam a adoção de providências de elevado interesse da

³ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 397. 582 p.

⁴ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 397.

⁵ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 397.

população como as medidas de combate à poluição nas grandes cidades, as medidas na área da saúde, do ensino, da preservação do patrimônio cultural”.⁶

Igualmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que “em relação à saúde, que ela pode ser prestada pelo Estado como serviço público próprio, ou pelo particular, como serviço público impróprio” e, ainda, que “quando prestada pelo particular, o Estado pode fomentar, pela outorga de auxílios ou subvenções, que se formaliza mediante convênio”.⁷

Toshio Mukai ressalta a possibilidade do convênio com participantes privados se dar sob a forma de atividade de fomento.⁸ O mencionado jurista diz que “pelo fomento, o Estado incentiva a execução de atividade de iniciativa privada, por se tratar de atividade que traz benefício para a coletividade”, podendo “o incentivo ser efetuado por auxílios financeiros, subvenções, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos”.⁹

Lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro que no caso o “serviço prestado pelo particular não perde a natureza de serviço prestado para transformar-se em serviço público; ele continua sendo prestado como serviço privado, porém sujeito ao controle e fiscalização do Poder Público”, ao mesmo tempo em que registra que o mesmo controle e fiscalização ocorrem “não só com base no poder de polícia que se exerce normalmente sobre as atividades na área da saúde, mas também sobre a utilização dos recursos públicos, que deverá ser feita de acordo com as normas ajustadas no convênio”.¹⁰

⁶ MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, vol. 2. São Paulo: CEJUR – Centro de Estudos Jurídicos, pp. 69-89, p. 87.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 193.

⁸ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 397.

⁹ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., pp. 397-398.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 193.

Destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, incidindo sobre a questão das finalidades e objetos dos Convênios da Administração Pública, que “no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um resultado comum, ou seja, um estudo, um ato jurídico, um projeto, uma obra, um serviço técnico, uma invenção, etc., que serão usufruídos por todos os partícipes”, como também que no mesmo ajuste se verifica “a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como o repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de *know-how* e outros”, não se cogitando no mesmo “de preço ou remuneração”.¹¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que “no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo”, enquanto que “no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste”, de forma que se o “particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde sua natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio”, em razão do que “a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao repassador, como ao Tribunal de Contas”.¹²

Assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro que como os recursos repassados mantêm a “sua natureza de dinheiro público (no sentido de que está destinado a fim público)”, em razão do que “o executor do convênio é visto como alguém que administra dinheiro público”, que “está obrigado a prestar contas”.¹³

De outro lado, destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que “os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem, por meio do

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 190.

¹² DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. edição, atualizada com a Reforma Previdenciária – EC nº 41/03. São Paulo: Atlas, 2004, p. 293. 751 p.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 194.

convênio, para alcançá-los”.¹⁴ Fornece a mencionada jurista o exemplo de “uma universidade pública – cujo objetivo é o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade – celebra convênio com outra entidade, pública ou privada, para realizar um estudo, um projeto, de interesses de ambas”, ou, também “para prestar serviços de competência comum a terceiros”.¹⁵ Ainda, a citada administrativista se refere ao que “ocorre com os convênios celebrados entre Estados e entidades particulares tendo por objeto a prestação de serviços de saúde ou educação”, como também com ajustes “firmados entre Estados, Municípios e União em matéria tributária para a coordenação de programas de investimentos e serviços públicos, e mútua assistência para fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações”.¹⁶

Igualmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quanto às competências institucionais dos partícipes, destaca que “os partícipes do convênio têm competências institucionais comuns; o resultado alcançado insere-se dentro das atribuições de cada qual”.¹⁷

Jessé Torres Pereira Junior, comentando o art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93, lembra que “no mais das vezes, propõe-se no convênio que um ente público repasse recursos financeiros para que outro ente, entidade vinculada ou empresa privada realize projeto de interesse público de competência comum ou concorrente” e, ainda, registra o autor que “a nenhum deles movendo o fim de lucro,

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 190.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit, p. 190.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 190.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 190.

figura de todo estranha ao Convênio”.¹⁸ O mencionado jurista enuncia que “tanto o ente fornecedor dos recursos como aqueles que os aplicarão estão vinculados à consecução do projeto, do qual não poderão desviar os meios repassados ou mobilizados pelo Convênio”.¹⁹ Destaca o mencionado administrativista que “a origem dos recursos, a finalidade para que predispostos, e sua vinculação a procedimentos de ordem pública justificam o zelo que a Lei nº 8.666/93 entendeu de empenhar no art. 116”, onde temos uma sensível aproximação “das cautelas com que cuidou dos contratos”.²⁰

Ressalta Pedro Durão, tratando do princípio da vinculação ao ato convencional ou consorcial, que “só se deve realizar o que foi avençado” e, ainda, que “é preciso analisar o ato como instrumento de regência do ajuste administrativo formulado e a necessária referência às regras e aos objetivos colimados”.²¹ O mesmo autor salienta a necessidade do “cumprimento de cláusulas pertinentes ao atual diploma licitatório”, de acordo com o “art. 116 da Lei 8.666 de 21.06.1993”, onde está indicado “a identificação do objeto, as metas a serem atingidas, o plano de trabalho e de aplicação dos recursos financeiros, cronograma de desembolso, vigência e, finalmente, os compromissos dos partícipes”.²²

Outrossim, entende Pedro Durão que “o objeto da cooperação administrativa não pode ser dissociado da competência enunciada constitucionalmente ao ente partícipe”, e, ainda, considera que a mesma dissociação

¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública** – Lei nº 8.666/93, com a Redação da Lei nº 8.883/94. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 617. 980 p.

¹⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública** – Lei nº 8.666/93, com a Redação da Lei nº 8.883/94. Op. cit., p. 617.

²⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública** – Lei nº 8.666/93, com a Redação da Lei nº 8.883/94. Op. cit., p. 617.

²¹ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 32. 244 p.

²² DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Op. cit., p. 32.

evidencia grave irregularidade, violação dos princípios da Administração Pública e ato de improbidade administrativa.²³

Sílvio Luís Ferreira da Rocha destaca que “o valor do convênio fica vinculado ao seu objeto durante toda a sua execução, motivo pelo qual o executor deve comprovar que o valor está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados”, pelo que “não basta mostrar o resultado final obtido”.²⁴ O jurista referido anota que “o executor é visto como um administrador de dinheiro público, obrigado a prestar contas ao ente repassador, como também ao Tribunal de Contas”.^{25 26}

Lembra Renato Zugno, referindo-se ao Convênio da Administração Pública, que “o que deve ficar cristalino nessas relações é que, embora o serviço seja prestado por particulares e sua natureza de serviço privado, não deixam de submeter-se ao controle e fiscalização do Poder Público”.²⁷ Ainda, registra o autor que “o executor do convênio é considerado como alguém que administra dinheiro público”, em razão do que “está obrigado a prestar contas não só ao ente público conveniado, como também ao Tribunal de Contas, consoante determinado no parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal”.²⁸

Leon Fredja Szklarowsky, em relação à competência de fiscalização do Tribunal de Contas da União, enuncia que o mesmo fiscaliza “a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, por meio de convênio, ajuste, acordo ou

²³ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 115.

²⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros: 2003, p. 54. 174 p.

²⁵ DI PIETRO, Sylvia Maria Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 198.

²⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. Op. cit., p. 54.

²⁷ ZUGNO, Renato. **Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 77. 168 p.

²⁸ ZUGNO, Renato. **Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade**. Op. cit., p. 78.

qualquer outro instrumento congênere, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, por determinação constitucional (art. 71, VI)".²⁹

Destaca Remilson Soares Candeia, tratando da prática administrativa da União, que, "de regra, as transferências voluntárias são realizadas por meio de convênio", embora lembre que "também vêm sendo utilizadas as modalidades de contrato de repasse, transferências automáticas e transferências fundo a fundo".³⁰

Esclarece Remilson Soares Candeia que "as transferências automáticas são utilizadas sem a necessidade de celebração de convênio e destinam-se à descentralização de recursos financeiros da União para os entes da Federação, ou seja, Estados, Distrito Federal e Municípios".³¹ Anota que "esses valores são transferidos para uma conta corrente específica do respectivo ente, cuja finalidade consiste na verificação de sua correta aplicação", como também registra que o mencionado tipo de transferência tem servido para que sejam destinados recursos "a programas do Governo na área de educação, como, por exemplo, Programa Dinheiro Direto na Escola – PDDE e Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE".³²

Ainda, Remilson Soares Candeia elucida que "as transferências fundo a fundo, também destinadas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, visam

²⁹ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). S/local: Âmbito Jurídico, set/1998, p. 03. 06 p. Encontrado em: <http://ambito-juridico.com.br/aj/da0005.html>. Acesso em: 23 de julho de 2003.

O mesmo artigo poderá também ser encontrado: In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, a. 1, n. 20, out.1997. 07 p. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2005.

³⁰ CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. São Paulo: Editora NDJ, 2005, p. 17. 358 p.

³¹ CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. Op. cit., p. 17.

³² CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. Op. cit., pp. 17-18.

transferir recursos de um fundo da União para o mesmo fundo no âmbito dos entes da Federação, como ocorre, por exemplo, com o Sistema Único de Saúde”.³³

Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires registram que “a Administração Pública Federal utiliza com bastante assiduidade instrumentos contratuais para viabilizar as suas ações institucionais”, referindo-se às “ações submetidas às leis de licitação e contratos administrativos” e, ainda, “sob a forma de parceria com as diversas entidades públicas e privadas, via convênio e congêneres”.³⁴

Os autores mencionados enunciam que “nas obras dos mais renomados estudiosos do Direito Administrativo poucas tintas são dispensadas ao convênio” e, ainda, anotam que “conquanto façam referências, assim mesmo não se encontra quem aborde o tema sob aspectos da Lei de Diretrizes Orçamentárias, da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, de 15 de janeiro de 1997, Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que mais diretamente regulam os convênios em âmbito federal”.³⁵

Igualmente, lembram Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires que os Convênios e assemelhados “são utilizados pela Administração Pública Federal para descentralizar o repasse de recursos financeiros da União às entidades públicas ou privadas direcionadas ao mesmo interesse na consecução de determinados objetivos”.³⁶ Ainda, destacam que “na execução de obras e serviço, buscam os

³³ CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. Op. cit., p. 18.

³⁴ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações**. Brasília; Brasília Jurídica, 2005, p. 17. 550 p.

³⁵ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações**. Op. cit., p. 17.

³⁶ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações**. Op. cit., p. 18.

pontos convergentes para atingir políticas públicas exigidas pelas comunidades e o desiderato maior que é o interesse público”.³⁷

Ainda, recordam que ocorre “a descentralização quando o Governo Federal, utilizando-se órgãos e entidades, buscam melhorar a gestão dos programas de governo, transferindo recursos alocados em programas de trabalho aprovados na Lei Orçamentária”.³⁸ Os mencionados recursos são destinados “para entidades públicas ou privadas situadas proximamente às populações assistidas ou atendidas pelo programa, (...), com o propósito de realizar ações públicas de interesse comum”.³⁹

O Tribunal de Contas da União, através de publicação que aborda o tema Convênios e Outros Repasses, esclarece que é denominada transferência voluntária “o repasse de recursos da União a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, o qual não decorra de determinação constitucional ou legal ou se destine ao Sistema Único de Saúde”.⁴⁰ Registra o mesmo trabalho que as transferências voluntárias são “as descentralizações de recursos a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios, destinadas à realização de ações cuja competência seja da União ou tenham sido delegadas a esses entes da Federação, com ônus para União”.⁴¹

³⁷ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações.** Op. cit., p. 18.

³⁸ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações.** Op. cit., p. 18.

³⁹ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações.** Op. cit., p. 18.

⁴⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios e Outros Repasses.** Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003, p. 07. 65 p. Encontrado site www.tcu.gov.br. Acesso em 15/03/2004.

⁴¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios e Outros Repasses.** Op. cit., p. 07.

No mesmo trabalho se enuncia que “as transferências voluntárias podem ser realizadas por meio dos seguintes instrumentos: convênios, contrato de repasse⁴² e termo de parceria⁴³”.⁴⁴

Destacamos, no que se refere ao Termo de Parceria⁴⁵, que Diogo de Figueiredo Moreira Neto assinala que a relação entre o Poder Público e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, “assume a forma jurídica de um pacto, um ato administrativo complexo da espécie convênio”⁴⁶, como também ao examinar o Contrato de Gestão⁴⁷ previsto com as Organizações Sociais, julga que não existem no mesmo “interesses antagônicos a serem compostos, que possam caracterizar o instituto contratual”.⁴⁸ Salientamos que se manifestam com rumo

⁴² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios e Outros Repasses**. Op. cit., p. 08.

No mesmo trabalho se ressalta que “o contrato de repasse, que se encontra regulado no Decreto nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996, é o instrumento utilizado para transferência de recursos financeiros da União para Estados, Distrito Federal e Municípios, por intermédio de instituição ou agência financeira oficial federal”.

⁴³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios e Outros Repasses**. Op. cit., p. 08.

No estudo citado se informa que o Termo de Parceria foi “instituído pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999”, e, ainda, que o mesmo “é instrumento firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução de atividades consideradas de interesse público”.

⁴⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios e Outros Repasses**. Op. cit., p. 07.

⁴⁵ A Lei Federal nº 9.790, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria.

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 279. 683 p.

⁴⁷ A Lei Federal nº 9.637/98, dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais, a criação do Programa de Publicização, a extinção de órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas organizações pela sociedade civil, os Contratos de Gestão e dá outras providências.

⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição. Op. cit., p. 279.

assemelhado, por exemplo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quanto ao Contrato de Gestão,⁴⁹ e Marçal Justen Filho, quando trata do Contrato de Gestão e do Termo de Parceria.⁵⁰

No trabalho antes referido do Tribunal de Contas da União o convênio é definido, segundo a estipulação presente no art. 1º, § 1º, inciso I, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, como:

Art. 1º. (...)

§ 1º. Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

I – convênio - instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa públicas ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua colaboração.^{51 52}

O Tribunal de Contas da União, em trabalho que trata da Transferência de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal, traz esclarecimentos sobre as transferências de recursos mediante convênios e contratos de repasse, transferências automáticas, fundo a fundo, e fundos constitucionais.⁵³

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. edição, atualizada com a Reforma Previdenciária – EC nº 41/03. São Paulo: Atlas, 2004, p. 290-292. 751 p.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 134 e 136. 878 p.

⁵¹ A Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria de Tesouro Nacional, Celebração de Convênios, pode ser encontrada em www.tesouro.fazenda.gov.br. Acesso em 14/02/2006.

⁵² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios e Outros Repasses**. Op. cit., p. 08.

⁵³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: Orientações Fundamentais. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2000, p. 07. 120 p. Encontrado no site www.tcu.gov.br. Acesso em 05/11/2003.

No mencionado trabalho os convênios e contratos de repasse⁵⁴ são definidos como “instrumentos utilizados pela Administração Federal para transferir recursos financeiros para execução descentralizada de projetos, atividades ou eventos e, em cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios”.⁵⁵

A mencionada publicação trata também das “transferências automáticas referentes aos repasses feitos na área de educação, diretamente em conta corrente dos beneficiários”, e, ainda, se refere “as transferências fundo a fundo utilizadas no âmbito do SUS e na área de assistência social, repassados de um fundo da estrutura federal para outro fundo da esfera estadual ou municipal”, como também as chamadas “transferências constitucionais”.⁵⁶ Destacando-se que as transferências automáticas e as transferências fundo a fundo se inserem nas chamadas transferências legais que “são regulamentadas em leis específicas que disciplinam os critérios de habilitação, forma de transferência, formas de aplicação dos recursos e prestação de contas”.⁵⁷

Destacamos que as transferências fundo a fundo, segundo definição presente em publicação do Tribunal de Contas da União, é a forma como “os recursos de um fundo federal são repassados para outro da esfera estadual, do

⁵⁴ Em relação ao denominado contrato de repasse, a Instrução Normativa STN nº 01/1997, no art. 39, parágrafo único, estabelece que “as disposições desta Instrução Normativa aplicam-se no que couber ao contrato de repasse a que se refere o Decreto nº 1.819, de 16.02.96, que se equipara a figura do convênio, conceituada no inciso I, do art. 1º”.

⁵⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: Orientações Fundamentais. Op. cit., p. 07.

⁵⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: Orientações Fundamentais. Op. cit., p. 07.

⁵⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: Orientações Fundamentais. Op. cit., p. 21.

Destacamos que trabalho recente do mesmo Tribunal de Contas esclarece e detalha os temas transferências constitucionais e transferências legais: TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências Governamentais Constitucionais e Legais**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2005. 60 p.

Distrito Federal ou municipal, como ocorre nas áreas da saúde e assistência social”.⁵⁸

De outro lado, destacamos que no art. 1º, § 4º, da Instrução Normativa nº 01, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, preceitua que não são obrigatórios os Convênios nas situações em que lei específica regulamente a transferência de recursos. A estipulação a que nos referimos é a que segue:

Art. 1º. (...)

§ 4º. A obrigatoriedade de celebração do convênio não se aplica aos casos em que a lei específica discipline a transferência de recursos para a execução de programa em parceria do Governo Federal com governos estaduais e municipais, que regulamente critérios de habilitação, transferir montante e forma de transferência, e a forma de aplicação e dos recursos recebidos.⁵⁹

Igualmente, lembramos que, no rumo apontado pelos artigos 60 e seguintes, da Lei Federal nº 8.666/93, quanto trata da formalização dos Contratos da Administração Pública, o art. 9º, e o art. 2º, § 7º, da Instrução Normativa nº 01, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, estabelecem a possibilidade de termo simplificado de Convênio⁶⁰ e Plano de Trabalho contendo projeto básico simplificado, quando das transferências de recursos com valores inferiores ao previsto na alínea “a” do inciso II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

⁵⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: Orientações Fundamentais. Op. cit., p. 24.

⁵⁹ O art. 2º, inciso I, da Instrução Normativa da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, de 15 de março de 2005 (DOE-RS de 15 de março de 2005, pp. 05-08, p. 05), define o Convênio como “instrumento utilizado para a transferência de recursos, que tenha como partícipes, de um lado, órgão ou entidade de direito público da Administração Pública estadual e, de outro lado, órgão público ou organização privada, que tenha por finalidade a execução descentralizada de programas, projetos ou atividades de interesse comum em regime de mútua cooperação.

⁶⁰ O art. 20, da Instrução Normativa da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, de 15 de março de 2005 (DOE-RS de 15 de março de 2005, pp. 05-08, p. 07), faculta a adoção de procedimentos simplificados com relação aos Convênios e congêneres.

Ainda, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que o veto § 1º, inciso II, do artigo 25, da Lei Complementar nº 101/2000, onde se definia a formalização por meio de Convênio das transferências voluntárias, que teve como objetivo não inviabilizar experiências de simplificação de procedimentos, como ocorre, dentre outros, no Programa Nacional de Alimentação Escolar e o Programa Dinheiro Direto na Escola⁶¹, “não impede, contudo, que os Convênios continuem a ser utilizados como maneira de formalizar a transferência de recursos”.⁶²

No estudo *Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, do Tribunal de Contas da União, anota-se que:

Apesar de o art. 1º do Decreto nº 1.232, de 30/08/1994⁶³, dispensar a celebração de convênio ou instrumento congênere para a transferência de recursos federais fundo a fundo a Estados, Municípios e Distrito Federal, no âmbito do SUS, o conjunto dos objetivos e compromissos que a legislação pertinente impõe aos integrantes do SUS⁶⁴ caracteriza relação convenial

⁶¹ Esclarecimentos, sobre os mecanismos de simplificação de procedimentos utilizados nos mesmos Programas, podem ser encontrados, dentre outros, nos trabalhos que seguem:

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Cartilha para Conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 6ª. Secretaria de Controle Externo, 2004. 47 p.;

FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. **Programa Dinheiro Direto na Escola**. Elaborado por Adalberto Domingos Paz e colaboração de Antonio de Faria Dutra Filho. Brasília: Fundo de Desenvolvimento da Educação, 2003. 90 p.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários aos Artigos 18 a 28 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Das Despesas com Pessoal, Das Despesas com Seguridade Social, Das Transferências Voluntárias e Da Destinação de Recursos Públicos para o Setor Privado. In: MARTINS, Ives Gandra.; e NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Organizadores). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, p. 171. 672 p.

⁶³ Destacamos que o Decreto Federal nº 1.232, de 30 de agosto de 1994, trata do repasse regular e automático de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos de saúde estaduais, municipais e do Distrito Federal. Foi publicado no Diário Oficial da União de 31 de agosto de 1994. Pode ser encontrado no site do Senado Federal (www.senado.gov.br). Acessado em 18/06/2006.

⁶⁴ Salientamos, dentre outras, a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, Das Condições para a Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde, da Organização e Funcionamento dos Serviços Correspondentes. Publicada no Diário Oficial da União de 20/09/1990. In: **Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da

entre a União e as demais esferas de governo, conforme Decisão TCU nº 449/1998-Plenário-Ata 28/1998.⁶⁵

Salientamos que a Decisão 449/1998, do Plenário do Tribunal de Contas da União, de 22.07.1998, atendeu solicitação formulada pelo Ministério Público da União, através da Procuradoria da República em São Paulo, através dos Drs. Walter Claudius Rothenburg e Januário Paludo, a respeito da transferência fundo a fundo de recursos do SUS aos Municípios. Tendo na ocasião o Tribunal da mencionada Corte de Contas decidido, a partir da intervenção do Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi, dentre outros temas, pela natureza convenial das referidas transferências fundo a fundo. Na decisão mencionada temos o que segue:

Decisão

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: (...)

c) a transferência de recursos da União, no âmbito do SUS, para Estados, Municípios e Distrito federal, tem natureza convenial, embora seja admitido outro instrumento ou ato legal para sua efetivação (salvo casos de investimentos e programas específicos), em vista da legislação que rege a matéria, a qual tem condições de suprir lacunas que possam ser verificadas em razão da inexistência de convênio celebrado para este fim; (...).⁶⁶

A Decisão nº 506/1997, do Plenário do Tribunal de Contas da União, de 13.08.1997, Ata 31/97, que teve como Relator o Ministro Iram Saraiva, atendendo

República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1990. 15 p. Site www.presidencia.gov.br. Acesso em: 25/04/2006.

Igualmente, lembramos a Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, Da Participação da Comunidade na Gestão do Sistema Único de Saúde e sobre Transferências Intergovernamentais de Recursos Financeiros na Área da Saúde. Publicada no Diário Oficial da União de 31/12/90. In: **Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1990. 02 p. Site www.planalto.gov.br. Acesso em: 12/04/2006.

⁶⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal** – Orientações Fundamentais. Op. cit., p. 29.

⁶⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão 449/1998 – Plenário, de 22.07.1998. Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi. Natureza Convenial do Relacionamento Fundo a Fundo entre a Esfera Federal e as Esferas Estadual e Municipal do Sistema Único de Saúde. In: **Portal de Pesquisa Textual de Jurisprudência do TCU**. Brasília: TCU, 1998, pp. 01 e 07. 07 p. Encontrado site www.tcu.gov.br. Acesso em 10/04/2006.

representação formulada pela Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, precedeu a citada Decisão 449/1998, do mesmo Plenário.

O Relatório do Ministro Iran Saraiva, na Decisão nº 506/1997, respalda entendimento que, inicialmente, o Sistema Único de Saúde utilizou-se do arcabouço jurídico definido pela legislação dos convênios, para, posteriormente, distanciar-se das rotinas estabelecidas nos mesmos, destacando-se, porém, que embora não ocorra a formalização através dos convênios, a legislação do sistema de saúde, por sua abrangência supre a citada lacuna. Ainda, entendeu o Ministro, após exame das peculiaridades e os pontos comuns entre as normas do Sistema Único de Saúde e a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 03/93, que disciplina a celebração de convênios e ajustes similares, que envolvam as áreas de assistência social, médica e educacional⁶⁷, como de natureza convenial o relacionamento entre a esfera federal e as esferas estadual e municipal no Sistema Único de Saúde - SUS, dado existir, dentre outros elementos, a execução de serviços de interesse recíproco em regime de mútua colaboração, consoante definição do art. 48 do Decreto 93.872/86.⁶⁸

⁶⁷ A Instrução Normativa nº 03, de 19 de abril de 1993, da Secretaria do Tesouro Nacional, publicada no Diário Oficial da União de 23 de abril de 1993, que disciplinou a celebração de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos similares, firmados por órgãos da Administração Federal, que envolviam a transferência de recursos financeiros destinados à execução descentralizada de programas federais de atendimento ao público, nas áreas de assistência social, médica e educacional, foi revogada recentemente pelo art. 3º, da Instrução Normativa nº 03, de 25 de setembro de 2003 (DOU 30.09.2003), da Secretaria do Tesouro Nacional.

De outro lado, cumpre destacar que na mesma época do advento da antes referida Instrução Normativa, surgiu a Instrução Normativa nº 02, de 19 de abril de 1993, da Secretaria do Tesouro Nacional, que disciplinou a celebração de convênios que tinham por objeto a execução de projetos ou a realização de eventos e dá outras procedências, antecedendo a vigente Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997 (DOU 31.01.97), da Secretaria do Tesouro Nacional, que tratava da mesma matéria.

⁶⁸ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão nº 506/1997 – Plenário, de 13.08.1997. Ministro Relator Iran Saraiva. Natureza Convenial do Relacionamento Fundo a Fundo entre a Esfera Federal e as Esferas Estadual e Municipal do Sistema Único de Saúde. In: **Portal de Pesquisa Textual de Jurisprudência do TCU**. Brasília: TCU, 1997, pp. 1, 2, 11, 12 e 13. 17p. Encontrado no site www.tcu.gov.br. Acesso 10/04/2006.

Também registramos que o art. 34, caput e inciso III, da Lei Federal nº 10.934, de 11 de agosto de 2004, das Diretrizes Orçamentárias para 2005⁶⁹, e, ainda, o art. 35, caput e inciso III, da Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, das Diretrizes Orçamentárias para 2006⁷⁰, deixam evidentes a compreensão, prevalecente no âmbito da Administração Pública federal, sobre a pertinência da utilização do convênio ou instrumentos congêneres como instrumentos privilegiados quando da destinação de recursos a título de subvenções sociais, contribuições e auxílios.

9.2. DE ALGUMAS APRECIÇÕES SOBRE OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TAMBÉM COMO INSTRUMENTOS NO SENTIDO DE DESTINAR RECURSOS E/OU REPASSAR VERBAS PARA A REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO AJUSTADO, E, AINDA, DE UTILIZAR, GERIR, GERENCIAR E/OU ADMINISTRAR OS MESMOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, BEM COMO SUJEITOS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS

Os Convênios da Administração Pública são instrumentos de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, visando realizar o objeto e o acordado e onde não estejam presentes, nas relações entre os partícipes, o lucro, o preço e/ou a remuneração.

Entendemos que os Convênios da Administração Pública admitem ajustes sobre as mais variadas finalidades, objetos e atividades, em razão do que não vemos com simpatia concepções dogmáticas, aprisionadoras da realidade e restritivas do mesmo instituto.

⁶⁹ A Lei Federal nº 10.934, de 11 de agosto de 2004, Das Diretrizes Orçamentárias para 2005, publicada no D.O.U. de 12/08/2004, foi encontrada no site da Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos (www.planalto.gov.br), em 07/03/2005.

⁷⁰ A Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, Das Diretrizes Orçamentárias para 2006, publicada no D.O.U. de 21/09/2005, se encontra no site do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (www.planejamento.gov.br), em 03/06/2006.

A jurista espanhola María Jesús Garcia Morales enuncia que “os convênios se têm convertido em um instrumento que serve para quase tudo”, e, ainda, destaca que “é difícil encontrar âmbitos materiais onde não se tenham celebrado convênios”, ao mesmo tempo em que eles estão presentes “nos setores mais relevantes da atuação estatal como são educação, universidades e investigação, meios audiovisuais, ordenação territorial ou proteção do meio ambiente”.⁷¹

Verificamos que, no caso brasileiro, os Convênios da Administração Pública se fazem presentes com destaque como instrumento para viabilizar a cooperação, coordenação, colaboração e parceria, auxílio e/ou ajuda entre as pessoas e entidades da Administração Pública, no âmbito da União, dos Estados da Federação, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no exercício da competência comum (art. 23, da CF, de 1988) e concorrente (art. 24, da CF, de 1988) que se configurar entre os mesmos, e, ainda, da gestão associada, bem como da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (art. 241, da CF, de 1988, com redação fornecida pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998).

Constatamos que no exercício de suas competências e atividades as pessoas e entidades da Administração Pública também estabelecem Convênios da Administração Pública com pessoas e entidades de direito privado, notadamente as sem fins lucrativos, para a viabilização de atividades de mútuo interesse, sobretudo envolvendo ações que atendam o interesse público e social.

Igualmente, percebemos que as pessoas e entidades da Administração Pública viabilizam através de Convênios e congêneres, bem como a partir de ajustes e procedimentos de natureza convenial, a partir dos mais variados programas e

⁷¹ MORALES, María Jesús Garcia. **Convenios de Colaboracion en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemanha, Suiza, Áustria y Bélgica. Madrid: McGrawHill, 1998, p. 286. 372 p.

Temos, no texto em exame, o que segue:

“Los convenios se han convertidos en un instrumento que sirve para casi todo. Es difícil encontrar ámbitos materiales donde no se hayan celebrado convenios y, en cualquier, los hay en los sectores más relevantes de la actuación estatal como son educación, universidades e investigación, medios audiovisuales, ordenación territorial o protección del medio ambiente”.

políticas governamentais, uma crescente atividade de fomento às iniciativas e atividades de pessoas e entidades de direito privado, buscando incentivar atividades e comportamentos dos mesmos, num sentido que atenda os mais diversos interesses da coletividade.

Ainda, as pessoas e entidades da Administração Pública estabelecem programas e políticas públicas, de regra com preocupação social, através de ampla variedade de auxílios, ajudas, contribuições, subvenções sociais e/ou bolsas, que visam atender os alvos potenciais dos mesmos programas e políticas, de regra mediante o incentivo e/ou exigência de comportamentos e atividades quem atendam expectativas públicas e sociais. Os mencionados programas e políticas são viabilizados pelas próprias pessoas ou entidades que estabelecem os mesmos programas e políticas públicas, e também por outras pessoas e entidades, através de Convênios da Administração Pública, congêneres, como também de procedimentos e ajustes, no geral simplificados, de natureza convenial.

De outro lado, destacamos novamente que a doutrina, como regra, nos pactos e procedimentos de natureza convenial, a título de cooperação, colaboração, coordenação, auxílio e/ou ajuda, afasta, no âmbito das relações entre os partícipes, as situações, dentre outras, de lucro, de preço e/ou de remuneração, entendidas as mesmas em seu sentido técnico.

Ainda, voltamos a salientar que julgamos desaconselhável caracterizar, como faz parcela da doutrina nacional, os ajustes e procedimentos de natureza convenial, a partir da utilização dos conceitos de contraprestação, pagamento, renda, rendimento, patrimônio, vantagem, benefício, proveito e/ou ganho, quando do uso das mesmas noções de uma forma genérica e longe do exames mais concretos das concretas situações. Assim entendemos pelo fato de que análises mais rigorosas e técnicas apontam para a possibilidade dos mesmos conceitos, tanto se apresentarem associados, como dissociados, dos conceitos de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, e, ainda, das noções de ausência de lucro, preço e/ou remuneração.

Igualmente, voltamos a destacar que pensamos que os recursos e verbas repassadas ou transferidas através de Convênios e congêneres, bem como de procedimentos e ajustes de natureza convenial, podem significar, sim, vantagem, benefício, proveito e/ou ganho, sem que fique descaracterizada a cooperação,

colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda e, ainda, a ausência de lucro, preço e/ou remuneração.

Verificamos, porém, nos Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou nos ajustes e procedimentos de natureza convencional, outras características, objeto especialmente do presente capítulo, que particularizam os mesmos acordos.

Temos nos pactos de natureza convencional, a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, visando alcançar os mais variados objetos, de um lado, o compromisso e obrigação de parcela ou da totalidade dos partícipes no sentido de destinar recursos, próprios ou alheios, para alcançar as finalidades traçadas. Destacamos que, no Brasil, acontece que em grande número de situações as pessoas ou entidades públicas concedentes transferem dinheiros, bens e valores, no geral de origem pública e orçamentária, notadamente através de Convênios, congêneres e/ou de ajustes e procedimentos de natureza convencional, para os partícipes denominados convenientes e/ou executores. Ocorrendo igualmente situações em que os convenientes e/ou executores contribuem com contrapartidas de variadas dimensões.

Existe, de outro lado, o comprometimento e obrigação de parte ou todos os partícipes, sobretudo dos convenientes e/ou executores, com a realização, de parcela ou da totalidade das tarefas de utilização, gestão e/ou administração dos recursos colocados à disposição para os Convênios e congêneres, bem como para os ajustes e procedimentos de natureza convencional. As mesmas atividades transformam as mesmas pessoas e entidades, como regra, em gestores de recursos, no geral públicos e alheios, sujeitos a prestarem contas das atividades e funções desenvolvidas, dos gastos realizados e do cumprimento do acordado, e, ainda, submetidos à fiscalização e controle dos partícipes, interno (Controladorias, Auditorias e serviços de contabilidade), externo (Tribunais de Contas), da cidadania e popular, como também ao controle judicial.

Igualmente, julgamos que todos os partícipes e também as pessoas e entidades que se envolvem com o ajuste e seus procedimentos ficam obrigados a prestarem contas sobre o atendimento de direitos, deveres, obrigações, pretensões e/ou responsabilidades pactuadas, de regramentos de partícipes que forem aplicáveis ao ajuste e, ainda, do definido pelos princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais. Salientamos, dentre outros, os compromissos

e obrigações relativos à realização e execução do objeto pactuado, ao atingimento dos objetivos acordados, a realização dos gastos notadamente sem a ocorrência de desvio de finalidade e sem agressões à obrigação de administrar de forma adequada, boa, correta, econômica, regular e legal os valores, bens e dinheiros colocados à disposição.⁷²

Ainda, entendemos que devem os partícipes e todos os que se envolverem com o ajuste e seus procedimentos ficar sujeitos à fiscalização e ao controle das pessoas e entidades partícipes, em especial os concedentes de recursos, inclusive em termos de contrapartida, e, ainda, dos órgãos de contabilidade, auditoria e controladoria das pessoas e entidades partícipes, dos Tribunais de Contas respectivos, como também, de uma forma sempre ampliada, à fiscalização e o controle da cidadania e da sociedade. Igualmente, destacamos a sempre presente possibilidade do controle judicial.

Ainda, destacamos que, como resultado do estabelecimento e em decorrência do ajuste e do ordenamento jurídico pátrio, temos a vinculação jurídica e obrigacional, direitos, deveres, obrigações e/ou pretensões, e, ainda, a possibilidade de responsabilizações, ações, sanções e/ou penalizações,

De outro lado, verificamos que parcela significativa da doutrina nacional chama atenção que nos chamados Contratos da Administração Pública, uma parte pretende o objeto do ajuste, através da realização da obra, a prestação de serviço, o fornecimento de mercadorias, etc., e a outra busca, de sua parte, a contraprestação correspondente, seja o lucro, o preço e/ou a remuneração. Ocorrendo de que nas referidas situações, não temos, como regra, qualquer repasse antecipado de dinheiros, bens e valores de uma parte para outra, nem aqueles que realizam os objetos dos Contratos, em princípio, se transformam em administradores de dinheiros, bens e valores alheios, sobretudo públicos. Igualmente, uma vez realizados os objetos dos acordos e realizadas as contraprestações, os dinheiros e

⁷² No sentido de necessidade de comprovar o cumprimento do objeto pactuado e, também, da boa e regular aplicação dos recursos, temos a seguinte decisão da Corte de Contas da União:

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 17/2002 – Plenário, de 27.02.2002. Ministro Relator Walmir Campelo. Da Necessidade da Comprovação do Cumprimento do Objeto Pactuado e, ainda, da Boa e Regular Aplicação dos Recursos. In: **Portal de Pesquisa Textual da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. 08 p. Site www.tcu.gov.br. Acesso em: 25/04/2004.

valores decorrentes das retribuições se incorporam aos patrimônios dos que realizaram os objetos, cessando, como regra, qualquer interesse maior dos que receberam os objetos adequadamente e efetuaram os pagamentos, em saber sobre os destinos dados às mencionadas contraprestações e pagamentos.

Destacamos que as mencionadas distinções refletem uma parcela considerável da realidade dos institutos em exame, mas se demonstram frágeis. Na medida em que verificamos uma realidade contratual, onde temos contratos associativos, cooperativos, unilaterais, gratuitos, não comutativos, não paritários e/ou onde inexistem ou são limitadas às situações de reciprocidade de obrigações. Igualmente, tendo em vista uma realidade contratual, de um lado, onde podemos constatar a existência de pactos associativos e cooperativos, e/ou, de outro lado, onde podemos encontrar ajustes onde se dê a ausência de lucro, preço e/ou remuneração.

Ainda, examinando ensinamentos, por exemplo, de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda⁷³, salientamos que, por exemplo, nos Contratos de Mandato podemos encontrar muitos procedimentos assemelhados aos examinados no presente capítulo como caracterizadores dos Convênios da Administração Pública e ausentes em parcela considerável dos denominados Contratos da Administração Pública. Verifica-se no Contrato de Mandato procedimentos próximos aos repasses de recursos (geralmente a título de provisão e/ou adiantamentos de recursos), e, ainda, a existência de estreita associação entre o que concede o mandato e o que o recebe o mesmo, que implica na outorga de poderes de administração e gestão para o último (condicionados aos poderes concedidos e/ou à orientação traçada, como também aos deveres de diligência, de comunicação, de fiscalização, controle e de prestação de contas de quem recebe o mandato).

9.3. DAS DIFICULDADES DE CONSIDERAR QUE NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA OS PARTÍCIPES TÊM COMPETÊNCIAS INSTITUCIONAIS COMUNS

⁷³ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, pp. 03-107. 551 p.

Outrossim, entendemos problemáticos os exames de Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando a mesma considera genericamente, como critério para definir os Convênios da Administração Pública e para distinguí-los dos Contratos da Administração Pública, a existência de competências institucionais comuns entre os partícipes.⁷⁴ Ao mesmo tempo em que Pedro Durão diz que “o objeto da cooperação administrativa não pode ser dissociado da competência enunciada constitucionalmente ao ente partícipe”⁷⁵.

Pensamos mais adequadas e menos restritivas as opiniões trazidas de Odete Medauar, quando a mesma diz que:

(...) parece difícil diferenciar contrato de convênio com base na competência comum. Tanto nos contratos como nos convênios entre entidades estatais é óbvio que tais ajustes suponham competência das partes quanto à matéria que visam. No tocante aos convênios celebrados entre entidades estatais e particulares, só se pode falar em competência das primeiras; parece estranho referir “competência” a pessoas físicas ou jurídicas do setor privado; neste tipo de convênio não se poderia invocar como característica a competência comum dos partícipes.⁷⁶

Ainda, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres entende que “o interesse particular mediato faz com que seja inadmissível a existência de competência institucional comum entre os partícipes do convênio administrativo”.⁷⁷

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**; Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 190.

⁷⁵ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 115.

⁷⁶ MEDUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, Volume 2. São Paulo: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos, junho de 1996, pp. 69-89, p. 77.

⁷⁷ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Aracaju: J. Andrade, 2003, pp. 307-331, p. 318.

9.4. OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTOS DO REPASSE DE VERBAS A SEREM UTILIZADAS, GERIDAS E/OU ADMINISTRADAS NO SENTIDO DA REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO AJUSTADO, E, AINDA, DE UTILIZAR, GERIR, GERENCIAR E/OU ADMINISTRAR OS RECURSOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, SUJEITAS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS

9.4.1. Os Convênios de Repasse e Transferência Verbas, a título de cooperação, colaboração, coordenação, auxílio e/ou ajuda somente ocorrem em situações onde não se façam presentes, nas relações entre os partícipes, remuneração, preço e/ou lucro, bem como onde se configurem as características aqui definidas

Odete Medauar constata de que “muitos convênios prevêm repasses de verbas que, na realidade, significam remuneração ou preço pelas atividades realizadas por uma das partes”.⁷⁸

Julgamos que é verdadeiro que parcela considerável das verbas repassadas para convenentes e/ou executores, através de Convênios, congêneres, e/ou de procedimentos e ajustes, no geral simplificados, de natureza convenial, terminam por remunerar, gerar preço e/ou gerar lucros para os terceiros que, no âmbito dos mesmos acordos, efetuam as denominadas contratações com os partícipes, fornecendo bens, prestando serviços e/ou realizando obras para a realização do pactuado. Como também, verificamos a ocorrência de situações, direta ou indiretamente, onde os partícipes – convenentes e/ou executores institucionais - dos mesmos ajustes recebem remuneração, preço e/ou conseguem lucro, em contradição com o entendimento doutrinário, administrativo e do ordenamento que rejeita a configuração das circunstâncias referidas.

⁷⁸ MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, nº 2. Op. cit., p. 77.

Consideramos que a situação da designada contratação de terceiros que fornecem bens, prestam serviços e/ou realizam obras para a execução dos Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou ajustes e procedimentos de natureza convenial, é aceita no nosso ordenamento jurídico, por exemplo, no art. 116, § 3º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, e no art. 21, § 4º, inciso II, e no art. 27, da Instrução Normativa nº 01, 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional.

Maria Garcia, quando trata do tema Convênios, lembra que “poderá surgir a necessidade de licitação, nos termos das disposições próprias, da Lei nº 8.666/93”, na ocorrência da “hipótese do art. 116, § 3º, II, quando refere “contratações”, praticadas na execução do Convênio”.⁷⁹

Outrossim, constatamos que a ocorrência das chamadas contratações com terceiros não partícipes, no âmbito dos acordos de natureza convenial, terminou gerando exigência da licitação, da dispensa ou inexigibilidade na ocorrência das situações referidas, como é possível constatar na redação vigente e original do art. 27, da Instrução Normativa nº 01, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional.^{80 81}

⁷⁹ GARCIA, Maria (coordenadora); MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Maria Walquiria Batista dos.; e TANAKA, Sônia Yuriko. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pp. 229-236, p. 235. 317 p.

⁸⁰ A redação original do artigo 27, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, publicada no Diário Oficial da União de 31 de janeiro de 1997, seção 1, pp. 1887-1896, preceituava que:

“Art. 27. Quando o conveniente integrar a administração pública, de qualquer esfera de governo, deverá, obrigatoriamente, sujeitar-se às disposições da Lei nº 8.666/93, especialmente naquilo que se refira à licitação e contrato.

Parágrafo único. Sendo o conveniente entidade privada, não sujeita à Lei nº 8.666/93, deverá, na execução das despesas com recursos recebidos em transferência, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos na referida lei”.

⁸¹ Igualmente, verificamos que o art. 12, caput e inciso XV, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de março de 2005, da Controladoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, de 15 de janeiro de 2005, pp. 05-08, estabelece que:

“Art. 12. A prestação de contas formará processo administrativo próprio, que será protocolado no Órgão ou na Entidade Estadual, no interior ou na Capital, e conterá os seguintes documentos: (...)

XV – cópia do despacho adjudicatório e homologação das licitações realizadas ou justificativas para a sua dispensa ou inexigibilidade, com o respectivo embasamento legal, quando o conveniente pertencer à Administração Pública. No caso de entidades privadas, não sujeitas ao procedimento

Destacamos que a redação vigente do mencionado art. 27, da mesma Instrução Normativa, enuncia que “o conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente em relação a licitação e contrato” e, também, que “é admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17.06.2002, nos casos em que especifica”. Admite-se, portanto, o pregão, nos termos da legislação citada.

De outro lado, salientamos que a doutrina, a prática administrativa e o ordenamento jurídico pátrio, no âmbito dos Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou ajustes e procedimentos de natureza convenial, não tem admitido, como regra, situações, onde direta ou indiretamente os próprios partícipes – convenientes e/ou executores institucionais - recebem remuneração, preço e/ou conseguem lucro, entendidos tais conceitos na sua dimensão técnica.

Igualmente, entendemos que os conceitos de repasse ou de transferência de verbas e as noções de remuneração e/ou de pagamento, estas últimas objeto de exame no presente trabalho, têm sentidos próprios, inconfundíveis e afastados, tornando possível a constatação, à luz dos fatos, quando estamos diante de uma ou outra das noções mencionadas.

J. M. Othon Sidou, referido por Maria Helena Diniz⁸², define o conceito de repasse, no âmbito do Direito Financeiro, como “operação de transferência de crédito orçamentário, no todo ou em parte, para uma unidade administrativa subordinada ou vinculada”.⁸³

De outro lado, as noções de transferências correntes e de capital são definidas, por exemplo, no artigo 12, da Lei Federal nº 4.320/64, do Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública.

licitatório, fica o responsável pela aplicação dos recursos públicos obrigado ao atendimento do princípio da economicidade, justificando expressamente a opção utilizada, sob pena de responsabilidade pelos atos de gestão antieconômica. (...)”.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 165. 941 p.

⁸³ SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 749. 929 p.

Anotamos que o art. 12, caput e § 2º, da Lei Federal 4.320/64, que classifica as despesas segundo categorias econômicas, conceitua, no âmbito das despesas correntes, como:

Art. 12. (...)

§ 2º. Classificam-se como Transferência Correntes as dotações para as despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privados. (...)

Registramos que o art. 12, caput e § 6º, a mesma Lei 4.326/64, estabelece, na esfera das despesas de capital, como “transferência de capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços” e, ainda, que constituem-se “essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especial anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública”.

Igualmente, destacamos, por exemplo, que no artigo 71, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, o conceito repasse de recursos se encontra associado às noções de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, em decorrência do que temos, ao menos nas situações citadas, o afastamento do conceito de repasse de recursos das noções, no mínimo, de lucro, preço e/ou remuneração.

O artigo 71, caput e inciso VI, da Carta Magna brasileira, estipula que:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; (...).

9.4.2. Os equívocos entendimentos de que os Repasses de Verbas não devem ser formalizados por Convênios da Administração Pública, mas por Contratos de Doação

Entendemos que não devem merecer acolhimento os exames trazidos por Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres, quando a mesma considera que a

situação do Convênio Administrativo de Repasse de Verbas “não seria de efetivo Convênio” e, ainda, que o repasse de verbas “não pode ser formalizado por intermédio de Convênio Administrativo porque não preenche dois de seus requisitos imprescindíveis, ou seja, a obrigatória inexistência de interesse patrimonial e a efetiva atuação conjunta dos partícipes”.⁸⁴

A jurista mencionada entende também que o repasse de verbas “não pode ser formalizado por intermédio de mero ato administrativo unilateral”, tendo em vista que, “obrigatoriamente, será condicionado a prestação de contas relativa à destinação da verba, o que corresponde a um encargo (...) do beneficiário”, o que revela “a importância de sua aceitação, para que a relação jurídica seja efetivada”.⁸⁵

Por derradeiro, propõe a autora referida que o repasse de verbas seja formalizado “por intermédio de contrato de doação, nos termos da legislação brasileira para a matéria”, estipulada de forma mais específica “no art. 538 do Código Civil de 2002”, e, ainda, “no art. 17, II, e § 4º, da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), que dispõe sobre os requisitos para a sua realização”.⁸⁶

⁸⁴ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Op. cit., pp. 322 e 327

⁸⁵ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Op. cit., p. 327

⁸⁶ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Op. cit., p. 327

Lembramos que o art. 538, do Código Civil de 2002, preceitua ser a “doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”.

Registramos que o art. 17, inciso II, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, estabelece, no inciso II, que se refere à alienação de bens móveis, que a doação será “permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação”, enquanto que o § 4º, estipula que a doação com encargo “será licitada e de seu instrumento constarão obrigatoriamente os encargos, os prazos de seu cumprimento e cláusulas de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado”.

Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres, questiona a noção Convênio Administrativo de Repasse de Verbas, primeiramente, pelo fato de que no mesmo ajuste é obrigatória “a inexistência de interesse patrimonial”, o que não ocorreria nos Convênios de Repasse de Verbas, “na medida em que a Administração Pública, ao destinar uma quantia a outro ente, seja ele público ou privado, desfaz-se de seu patrimônio em favor de terceiro, sem que sequer este tenha que praticar qualquer ato para justificar tal benefício”.⁸⁷

Aqui já anotamos a nossa opinião de que os Convênios da Administração Pública e congêneres, dentre outras questões, se caracterizam, como instrumentos de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, ajuda e/ou auxílios entre os partícipes, onde esteja ausente as noções de lucro, preço e/ou remuneração, entendidas as mesmas em sua conceituação técnica.

Igualmente já consideramos desaconselhável também a utilização, notadamente quando em termos genéricos e sem o devido rigor técnico, de uma série de conceitos empregados, tais como, contraprestação, pagamento, renda, rendimento, patrimônio, patrimonialidade, vantagem, benefício, proveito e/ou ganho, para deslocar de forma peremptória os Convênios e congêneres, sobretudo pelo fato

⁸⁷ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Op. cit., p. 322.

de que os mesmos conceitos não resistiram a um relevante número de situações que se caracterizam, no Brasil, como passíveis de gerar o uso dos ajustes e procedimentos de natureza convencional.

Julgamos que o repasse de verbas, pode significar, sim, situações de vantagem, benefício, proveito ou ganho de pessoas ou entidades, sem que haja possibilidade de se questionar, num grande número de situações, a utilização do instrumento jurídico Convênio da Administração Pública e congêneres. Tal hipótese é passível de ocorrer na medida que se verificar que, no ajuste originado pelo repasse de verbas, estejam presentes, nas relações entre os partícipes, os elementos cooperação, colaboração, coordenação, parceria, ajuda e/ou auxílio, bem como estejam ausentes no mesmo os elementos lucro, preço e/ou remuneração.

Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres, questiona a noção Convênio Administrativo de Repasse de Verbas, também, pela sua compreensão de que num verdadeiro Convênio seria de esperar “a existência de obrigações recíprocas”, o que implica numa “efetiva atuação conjunta dos partícipes”.⁸⁸

Questionamos ao longo do presente trabalho a formulação, em relação ao conceito de obrigações recíprocas, presente inclusive no art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, onde se estabelece uma implícita tentativa de distinção dos Contratos com os Convênios da Administração Pública, a partir da existência nos primeiros e ausência nos segundos, dos elementos “acordo de vontades para a formação de vínculos” e, ainda, a “estipulação de obrigações recíprocas”. Na medida que pensamos que a noção “acordo de vontades para a formação de vínculo”, é passível de ocorrer tanto nos Contratos como nos Convênios. Como também julgamos que a noção de obrigações recíprocas podem ou não acontecer, tanto nos Contratos, como nos Convênios.

Entendemos, no âmbito doutrinário, que os argumentos trazidos pela jurista mencionada, questionando o uso dos Convênios Administrativos como instrumentos para os repasses de verbas, não devem ser acolhidos.

⁸⁸ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Op. cit., p. 323.

De outro lado, consideramos que, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, existem sérios obstáculos para que prosperem os exames da autora questionando a possibilidade dos Convênios de Repasse de Verbas.

O primeiro óbice é o que está disposto no art. 71, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, que fala em “recursos repassados (...) mediante convênio, acordo, ajuste, ajuste ou outros instrumentos congêneres”, na medida em que o preceituado significa, no mínimo, o reconhecimento constitucional da possibilidade de associação do conceito recursos repassados, repasse e transferência de verbas, às noções de convênios, acordos, ajustes e congêneres. De outro lado, destacamos que a própria Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres, nos lembra que o art. 71, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, é aplicável a União, e, também, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em face do princípio da simetria⁸⁹.

No rumo indicado, constatamos também que o art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93, nos §§ 1º, 2º e 3º, emprega as expressões “órgão repassador”, “partícipe repassador de recursos”, “órgão descentralizador de recursos”, “liberação” de recursos, “plano de aplicação dos recursos financeiros” e “aplicação de recursos”. As formulações presentes na mencionada norma infraconstitucional, no artigo que trata especificamente dos Convênios e congêneres, significam, igualmente, o reconhecimento da estreita vinculação – embora não seja obrigatória a associação - dos conceitos de repasse de verbas e recursos às noções de convênios, acordos, ajustes e congêneres.

Igualmente, julgamos não deva merecer respaldo a proposição de Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres, quando a mesma sugere que o repasse de verbas seja formalizado por intermédio de Contrato de Doação, em conformidade com às disposições atinentes à matéria, e não através de Convênio da Administração Pública.

⁸⁹ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Op. cit., p. 307.

Pensamos não ser adequada a proposição da jurista, mesmo com os cuidados tidos pela mesma de mencionar como balizamento da proposta, além do art. 538 do Código Civil de 2002, o já citado art. 17, inciso II, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, das Licitações e Contratos Administrativos.

Julgamos que quando o art. 116, caput, da Lei Federal nº 8.666/93, enuncia que se aplicam as disposições da mesma Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por pessoas e entidades da Administração Pública, aponta notadamente para utilização, no que se refere aos Contratos da Administração, das disposições presentes nos artigos 54 e seguintes.

Acreditamos que a solução proposta pela autora, além do conjunto de exames críticos já efetuados, tem problemas relevantes, de sentido doutrinário e prático, que aconselham o seu afastamento.

Consideramos, em primeiro lugar, que as noções de gratuidade, de unilateralidade e de ausência de comutatividade, características dos Contratos de Doação, não conseguiriam abranger um número relevante de situações de repasses de verbas, efetuadas, em regra, através de Convênios da Administração Pública, de seus congêneres, bem como de ajustes e procedimentos, no geral simplificados, de natureza convenial, onde ocorre, nas relações entre os partícipes, a cooperação, a colaboração, a coordenação, a parceria, o fomento, o auxílio, a ajuda, a contribuição e/ou a subvenção e onde está ausente o lucro, o preço e/ou a remuneração. Registramos, para citar somente um exemplo, a questão da crescente exigência de contrapartidas, presentes, por exemplo, no art. 25, inciso IV, letra “d”, da Lei Complementar nº 101, de 2000, da Responsabilidade Fiscal, no art. 44, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Federal nº 10.934, de 2004, Das Diretrizes para Elaboração da Lei Orçamentária de 2005, e no art. 44, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Federal nº 11.178, de 2005, Das Diretrizes para Elaboração da Lei Orçamentária de 2006.

Entendemos, em segundo lugar, que o Contrato de Doação está profundamente impregnado pelas noções de liberalidade, de gratificação generosa e do elemento subjetivo pessoal do agente, o que torna inconveniente, doutrinária e praticamente, sua utilização em larga escala e sem ampla variedade de precauções, no âmbito do Direito Público, que se rege pelos princípios, dentre outros, da legalidade, da impessoalidade, do interesse público e da motivação.

Clóvis Bevilacqua entende ser “o *animus donandi* essencial à doação”⁹⁰ e, ainda, defende que o decisivo no citado contrato está “na liberalidade, elemento subjetivo pessoal do agente”.⁹¹ Ao passo que San Tiago Dantas anota que “a liberalidade é a essência, a causa da doação”.⁹²

Igualmente, consideramos que o Contrato de Doação não se apresenta como juridicamente adequado no sentido de atender, por exemplo, aos princípios e exigências constitucionais que se aplicam de forma direta ou indireta ao repasse de verbas públicas, na medida que os mesmos repasse implicam na utilização, administração, gerência de dinheiros, bens e valores públicos. Também em decorrência de que os mencionados repasses e manuseio de dinheiros, bens e valores públicos estão submetidos, de forma direta ou indireta, por exemplo, aos princípios presentes nos arts. 1º, 3º, 37, 70, 71, 165, 166, 167, 170, 193, 198 e 199, da Magna Carta de 1988, como também, de forma mais direta obedecem os princípios, dentre outros, da legalidade, legitimidade, impessoalidade, moralidade, probidade, publicidade, eficiência, economicidade, prestação de contas, controle e fiscalização da aplicação de recursos, pelo concedente, controle interno, externo, judicial e da sociedade, responsabilidade, multa proporcional ao dano por ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas e/ou responsabilidade.

Outrossim, julgamos também que a constatação dos princípios afirmados pela Constituição Federal de 1988, como também pela legislação infraconstitucional que se seguiu, demonstram que a regulação existente em relação aos Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou ajustes e procedimentos de natureza convencional se encontra muito aquém dos princípios, normas e valores já afirmados pelas mesmas, fato que, no nosso entender, se agravaria com a proposta da autora.

⁹⁰ BEVILACQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 218. 458 p.

⁹¹ BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado** – Volume IV. 10ª. edição atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 270. 375 p.

⁹² DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: Os Contratos** – Volume II. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 254. 378 p.

Pensamos, em terceiro lugar, que as verbas repassadas estarão melhor protegidas com o atendimento, no que couber, das previsões sobre Convênios e Contratos da Administração Pública constantes, por exemplo, da Lei Federal nº 8.666/93, e, ainda, da Instrução Normativa nº 01, 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, bem como das Leis Federais de Diretrizes Orçamentárias mencionadas, notadamente quando as estipulações infraconstitucionais, regulamentares e administrativas forem lidas numa perspectiva atenta às disposições constitucionais encontradas, dentre outros, nos artigos antes mencionados da Constituição Federal de 1988.

Pensamos, em quarto lugar, que a utilização do Contrato de Doação, com as amplas cautelas antes referidas, deve ocorrer, no âmbito dos Convênios da Administração Pública, congêneres e procedimentos simplificados de natureza convenial, por exemplo, no caso de bens remanescentes na data da conclusão ou extinção do ajuste, e dos bens que em razão do acordo tenham sido adquiridos, produzidos, transformados ou construídos. Em relação ao tema, destacamos que no artigo 7, caput e inciso IX, da Instrução Normativa nº 01, 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios, temos a exigência, como cláusula obrigatória do ajuste, de que se defina o direito de propriedade sobre os bens acima citados.

Entendemos que, como regra, os Contratos de Doação, no âmbito do Direito Público e dos Convênios da Administração Pública, devem estar vinculados a exigências e encargos definidos meticulosamente.⁹³

⁹³ Anotamos, como segue, algumas exigências e encargos, que entendemos devem ocorrer, no âmbito dos contratos de doação envolvendo a Administração Pública, que poderiam auxiliar no sentido de que fossem evitadas muitas burlas, irregularidades, ilegalidades e violações dos princípios que regem a Administração Pública:

- (I) a existência de relevante interesse público e social para a doação dos bens, devidamente justificado em criteriosa avaliação e exame;
- (II) a utilização dos bens doados de acordo com o previsto no ajuste, nos regramentos administrativos, nos princípios, normas e valores presentes em normas constitucionais e infraconstitucionais, mesmo após o esgotamento da vigência dos acordos;
- (III) a vedação: (a) de que os bens sejam utilizados para fins diversos dos definidos nos ajustes, e, também, nos princípios, normas e valores presentes em regramentos administrativos, regulamentares, infraconstitucionais e constitucionais, (b) de que os bens sejam utilizados para favorecimento de indivíduos vinculados com as pessoas e as entidades partícipes, em especial em favor de dirigentes das mesmas, bem como de seus familiares e de pessoas ligadas aos mesmos, (c)

Reconhecemos na proposta da autora uma grande preocupação, inclusive pela referência ao art. 17, inciso II e § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, no sentido de que as doações efetuadas pela Administração Pública sirvam ao interesse público e social devidamente justificado, após criteriosas avaliações e exames, como também assumam, quando couber, a forma de doação com encargos, a ser licitada, quando não ficarem configuradas as hipóteses de dispensa por interesse público

de que os bens sejam utilizados e/ou armazenados em locais que não encontrem justificativa plausível no ajustado e no plano de trabalho, ou em locais inadequados e/ou que sujeitem os bens a destruição, perecimento e deterioração, (d) de que ocorra a venda, doação, permuta, doação em pagamento, concessão ou permissão de uso, e toda e qualquer forma de alienação, dos bens doados, a qualquer tempo, sem autorização por escrito do doador;

(IV) estipulação de encargos e limites aos partícipes, como também a regulação das relações entre os memos;

(V) compromisso dos partícipes de informar ao doador sobre irregularidades e problemas relevantes surgidos com os bens doados, mesmo após a vigência do ajuste, com destaque para a ocorrência de roubo, furto, posse indevida, evento caracterizado como força maior e/ou excludente de responsabilidade;

(VI) direito de que os partícipes, como também os órgãos de controle interno, externo e social, bem como as pessoas e instituições que a legislação defina, no âmbito de suas atribuições, obtenham, a qualquer tempo, informações necessárias à verificação do uso dos bens, sua localização, seu estado de conservação ou mesmo de sua condição de bem inservível e seu perecimento, facultadas ainda inspeções locais;

(VII) compromisso de manter o bem doado em perfeito estado de conservação e funcionamento, correndo às custas do beneficiado as despesas para tanto, salvo em situações de os bens se tornarem inservíveis e obsoletos, e, ainda, quando ocorrer estipulação de ajuste, regulamento ou legal em sentido contrário;

(VIII) a estipulação de que as irregularidades, em especial as de natureza grave, ensejam a possibilidade de que o doador solicite, em decisão motivada, após contraditório e ampla defesa, a devolução, total ou parcial, dos recursos transferidos, devidamente atualizados, sem prejuízo de outras sanções e penalidades, definidas no ajuste, como também em estipulações administrativas e legais;

(IX) o estabelecimento de que poderá ocorrer a reversão, parcial ou total, dos bens doados, em favor do doador ou outra pessoa ou entidade que atenda adequadamente o interesse público e social, notadamente nas situações em que (a) ocorrerem irregularidades, em especial as de natureza grave, (b) o ente ou pessoa beneficiado deixar de existir, ou tiver a sua atividade gravemente afetada, ou alterar drasticamente as suas finalidades sociais ou em caso de insolvência e falência.

devidamente justificado, e onde se defina o prazo do cumprimento dos compromissos assumidos e se estipule cláusulas de reversão.

Porém, não podemos deixar de mencionar que as experiências administrativas que, no Brasil, trataram ajustes de natureza convencional como doações e/ou também como “verbas a fundo perdido”, além de incorretas teoricamente, colaboraram, no geral, para práticas lamentáveis, onde predominou o senso comum mais rasteiro sobre os repasse de verbas a título de doação e/ou a fundo perdido. Contribuíram as mesmas concepções para que se configurassem as situações lamentáveis citadas, inclusive o fato de que no âmbito dos mesmos repasses de verbas, em princípio, não serem estabelecidos, também para os partícipes beneficiários, encargos, exigências, obrigações, controles, fiscalizações, prestações de contas, devoluções de recursos e reversão dos bens em casos de irregularidades e ilegalidades, e/ou outras formas de responsabilização, sanção e penalização.

9.4.3. Dos prejuízos das concepções e práticas administrativas que consideravam como a “Fundo Perdido” os recursos repassados pela Administração Pública através de Convênios

Igualmente, julgamos pertinentes o fundamental dos exames de Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires, quando demonstram alguns dos graves prejuízos causados pelo fato de que no passado ter sido concepção dominante e prática administrativa majoritária considerar “os recursos da União repassados a título de Convênio, tanto para entes de direito público como para aqueles de direito privado”, como “a fundo perdido”.⁹⁴ Os autores destacam que na perspectiva do mesmo entendimento “o essencial era transferir a verba orçamentária, alocada no elemento de despesa do orçamento da União, voltado para o fim especificado no instrumento, e o parceiro do governo utilizá-lo no pactuado pelas partes”.⁹⁵

⁹⁴ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 141. 550 p.

⁹⁵ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações**. Op. cit., p. 141.

Salientam os autores, ainda, que “o recurso a fundo perdido era verba transferida para quem pactuasse com o Governo Federal”, não existindo, à época, a “necessidade de prestação de contas da regularidade de sua aplicação” e “tampouco (...) obrigatoriedade de comprovar se o objeto do convênio havia sido alcançado ou cumprido na forma avençada”.⁹⁶ Anotando os autores que “a boa-fé e confiança entre as partes” afastava “suspeitas de desvios, conluios, falcatruas e corrupção no emprego de verba pública”, o que permitiu que “maus administradores se locupletassem com o dinheiro público”.⁹⁷

Tais entendimentos e práticas tiveram profunda influência no senso comum administrativo e social, também como decorrência de que eram congruentes com as concepções e práticas patrimonialistas e de não diferenciação entre o que é público e o que é privado e/ou pessoal⁹⁸, como também de tratarem omissiva e/ou irresponsavelmente os recursos públicos como “terra de ninguém” e/ou como “de todos e de ninguém”. Tais concepções e práticas administrativas eram adequadas para a viabilização das mais variadas formas de apropriação privada dos recursos do Estado brasileiro, perpetrado por administradores, servidores e, não raro, por lideranças políticas, empresariais, sindicais, sociais e populares, seja pela forma da corrupção, do desvio e/ou do descaso com os recursos públicos, e/ou seja pela busca e/ou concessão de privilégios, dentre outros, de classe, corporação, familiares, clientelísticos e/ou pessoais.

Apesar de julgamos que tais concepções e práticas são rejeitados pelas estipulações presentes no ordenamento jurídico constitucional, infraconstitucional, regulamentar e administrativo brasileiro, em especial a partir da Constituição de 1988 e do regramento infraconstitucional que se seguiu a mesma, não podemos subestimar os elementos de permanência das idéias e práticas acima criticadas.

⁹⁶ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União**: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Op. cit., p. 141.

⁹⁷ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União**: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Op. cit., p. 141.

⁹⁸ FEDOZZI, Luciano. **Orçamento Participativo**: Reflexões sobre a Experiência de Porto Alegre. Porto Alegre: Tomo Editorial; Rio de Janeiro: FASE/IPPUR, 1997, pp. 92-95. 256 p.

9.5. OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CONGÊNERES E/OU OS AJUSTES E PROCEDIMENTOS DE NATUREZA CONVENIAL, COMO INSTRUMENTOS DE REPASSE DE RECURSOS, A TÍTULO DE FOMENTO, AUXÍLIOS, AJUDAS, CONTRIBUIÇÕES, SUBVENÇÕES E/OU BOLSAS PARA A REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO PACTUADO, PARA SEREM UTILIZADOS, GERIDOS E/OU ADMINISTRADOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, SUJEITOS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS

Reafirmamos que os Convênios da Administração Pública e seus congêneres, como também os ajustes e procedimentos e ajustes, no geral simplificados, de natureza convenial, se caracterizam como instrumentos onde se estabelecem, de um lado, compromissos e obrigações para que uma parte ou a totalidade dos partícipes, notadamente os concedentes, destinem recursos e/ou repassem verbas, de regra públicos, e, quando couber, os convenientes efetuem contrapartidas, para a realização do objeto e do ajustado, a título, por exemplo, de Fomento, Auxílios, Ajudas, Contribuições, Subvenções e/ou Bolsas.

Constatamos também que nos pactos de natureza convenial os recursos e verbas destinados são utilizados, geridos, gerenciados e/ou administrados por uma parcela ou a totalidade dos partícipes, no geral o conveniente e/ou o executor institucional, no sentido de viabilização do objeto e do ajustado, de forma adequada, boa, correta, econômica e regular.

Destacamos, ainda, que nos acordos de cunho convenial existe a sujeição à fiscalização, controle e prestação de contas, que atingem os partícipes de ajuste e os que se envolverem com o mesmo. A fiscalização, controle e prestação de contas será exercida pelos partícipes, pelo denominado controle interno (controladorias, auditorias e serviços de contabilidade), externo (Tribunais de Contas), judicial e, ainda, pelo controle da cidadania e popular.

De outro lado, constatamos a necessidade de, inicialmente, trazer para exame, mesmo que rapidamente, os conceitos Fomento, Auxílios, Ajudas, Contribuições, Subvenções, Subsídios, e/ou Bolsas como os mesmos são enxergados notadamente pela doutrina e normatização nacional, embora

trazendo também alguns poucos elementos trazidos pela doutrina e legislação estrangeira. Tais exames nos pareceram necessários inclusive pelas dificuldades que o tema encerra no âmbito doutrinário, conceitual e mesmo legal.

Odete Medauar, tratando das noções de Auxílios, Contribuições e Subvenções Sociais ou Econômicas, enuncia que:

É patente a dificuldade em traçar conceitos precisos para cada uma das espécies de repasses financeiros assinaladas”, tendo em vista que “atualmente o seu regime jurídico-financeiro resulta de uma diversidade de textos legislativos, decretos e atos normativos infralegais, cujos principais são: a) Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964 (normas gerais de direito financeiro); b) Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986 (dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional); c) Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional – STN 01, de 15 de janeiro de 1997 (disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos); d) Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal; e e) Lei Federal 11.178, de 20 de setembro de 2005 (atual Lei de Diretrizes Orçamentárias).⁹⁹

Após, pretendemos estabelecer algumas conclusões, mesmo que breves, sobre a possibilidades e limites para o estabelecimento sobretudo da relação entre os Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou ajustes e procedimentos de natureza convenial, e as ações de Fomento, Auxílios, Ajudas, Contribuições, Subvenções, Subsídios e/ou Bolsas.

9.5.1. Do Fomento

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, tratando do conceito de fomento, ensina que:

(...) pode-se conceituar o fomento público como a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou

⁹⁹ MEDAUAR, Odete.; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos**: Comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora RT, 2006, p. 38. 174 p.

estimulem, por seu turno, atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade.¹⁰⁰

Entende Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em relação ao conceito de fomento, que o mesmo pode ser definido como a “ação da Administração com vistas proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva”.¹⁰¹

Carlos Ari Sundfeld, tratando da atividade de fomento, anota que a mesma é a “concessão de benefícios aos particulares de modo a induzir seus comportamentos em certo sentido”.¹⁰²

Anota Toshio Mukai que “pelo fomento, o Estado incentiva a execução de atividade de iniciativa privada, por se tratar de atividade que traz benefício para a coletividade”.¹⁰³

Silvia Faber Torres lembra que “toda atividade de fomento efetuada pela Administração erige-se sobre o suposto de que existem atuações privadas que satisfazem interesses públicos e que, por isso, devem ser instigadas e subsidiadas”.¹⁰⁴

Entende Sílvio Luís Ferreira da Rocha que “o fomento legítimo e justificado é aquele que visa a promover ou a estimular atividades que tendem a favorecer o bem-estar geral” e, ainda, que “se a finalidade do bem-estar geral não é detectável com clareza a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória”.¹⁰⁵

¹⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição, totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 524. 683 p.

¹⁰¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. Op. cit., p. 19.

¹⁰² SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 84. 183 p.

¹⁰³ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., pp. 397-398.

¹⁰⁴ TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 165. 308 p.

¹⁰⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. Op. cit., p. 20.

Carlos Ari Sundfeld destaca como exemplos de fomento “a assistência ao produtor rural e a ajuda financeira, através de bolsas de estudo, ao desenvolvimento da ciência e tecnologia, do ensino, da pesquisa, do esporte e da cultura”, como também “a realização de atividades culturais (manutenção de teatros e museus, pesquisa histórica), a implementação de pesquisas na área da ciência e tecnológica, a promoção de atividades desportivas”.¹⁰⁶

Anota Toshio Mukai que “o incentivo ser efetuado por auxílios financeiros, subvenções, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos”.¹⁰⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que “o incentivo é dado sob a forma de auxílios financeiros ou subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social”, sendo que os benefícios podem se dar “em favor de entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade, como os clubes desportivos, as instituições beneficentes, as escolas particulares, os hospitais particulares, etc.”.¹⁰⁸

Anota Silvia Faber Torres, referindo-se aos meios para viabilizar a atividade de fomento público, como também para conceder relevância ao fomento social e ao fomento econômico¹⁰⁹, que podem os mesmos se revestir “de formas as mais variadas, como, por exemplo, isenções e desgravações fiscais, desembolso efetivo, subvenções (meios financeiros), concessão de prêmios (meios honoríficos), propagandas (meios psicológicos), etc.”.¹¹⁰

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando se refere ao fomento público,

¹⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. Op. cit., p. 84.

¹⁰⁷ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 398.

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas**. 4ª.edição, revista e ampliada. Op. cit.,p. 192.

¹⁰⁹ TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Op. cit., pp. 167-168.

¹¹⁰ TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Op. cit., p. 167.

apresenta um quadro, no que se refere às atividades e ações de fomento, de grande amplitude. O mesmo autor subdivide o fomento público em planejamento estatal, fomento social (o homem), fomento econômico (a empresa) e fomento institucional (os entes intermediários). Enumera o autor como passíveis de fomento público, dentre outras: as ações visando o desenvolvimento regional; a atividade econômica suplementar do Estado à iniciativa privada; as atividades ao fomento público a pessoa, família, crianças, adolescentes, velhice, índios, etc.; as atividades de fomento público social da educação, da pesquisa e da informação; as ações do fomento público social do trabalho; as atividades de fomento público social da cultura, do lazer, dos desportos e do turismo; as ações de fomento público social ambiental; as atividades do fomento público social rural e da reforma agrária; as ações do fomento público econômico a empresa, ao cooperativismo, às empresas de pequeno porte; as atividades do fomento público ao setor primário; as ações de fomento público financeiro e creditício; as atividades de fomento público científico e tecnológico; ações de fomento institucional ao setor público não-estatal; e ações de fomento público à administração associada.¹¹¹

Entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando trata da associação entre as noções de Convênio e Fomento, que “quanto ao convênio entre entidades públicas e entidades particulares, ele não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de fomento”, lembrando que o fomento se caracteriza “por ser uma forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público”.¹¹²

Outrossim, a mencionada jurista enuncia, associando as noções de Convênio, de Fomento e, ainda, de Auxílios e Subvenções, que “quando prestada pelo particular, o Estado pode fomentar, pela outorga de auxílios ou subvenções, que se formaliza mediante Convênio”.¹¹³

¹¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição, totalmente revista, ampliada e atualizada. Op. cit., pp. 523-555.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas. Op. cit., p. 192.

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 193.

Toshio Mukai lembra a possibilidade do convênio com participantes privados se dar sob a forma de atividade de fomento.¹¹⁴

Ainda, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, de um lado, vincula as atividades de fomento às subvenções, auxílios e contribuições, aos contratos de gestão, parceria, convênio e outorga de títulos¹¹⁵, e, de outro, anota que “a atividade de fomento submete-se aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade e da finalidade, entre outros” e, ainda, que “a atividade de fomento, como espécie de atividade administrativa, deve obedecer a todos os princípios que orientam a atividade administrativa”.¹¹⁶

9.5.2. Dos Auxílios, Ajudas e Contribuições

9.5.2.1. Do Auxílio

Maria Helena Diniz, quando se refere à noção de Auxílio, diz que o mesmo “na linguagem comum, significa assistência, socorro, amparo, ajuda ou subsídio”¹¹⁷,

Constata Plácido e Silva que Auxílio, “segundo o sentido que tem o vocábulo latino de que se deriva (*auxilium* – de *augere*) significa ajuda, assistência, socorro” e que “esta acepção é empregada na terminologia jurídica”.¹¹⁸

¹¹⁴ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 397.

¹¹⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. Op. cit., pp. 35-51.

¹¹⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. Op. cit., pp. 28-30.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 1 – A-C. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 428. 1.212 p

¹¹⁸ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 179. 1.519 p.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina, no seu Glossário, ao se referir a Auxílio, enuncia o sentido de “ajuda concedida pelo Poder Público, para fins diversos, geralmente com objetivos altruísticos (Revista da Associação Brasileira de Orçamento Público, Brasília, 1975)”.¹¹⁹

A noção de Auxílio, segundo o anotado acima, tem o sentido de assistência, socorro, amparo, ajuda e subsídio, concedido no geral pelo Poder Público, para fins variados, sobretudo com objetivos altruísticos.

O conceito de Auxílio, presente no artigo 12, § 6º, da Lei Federal nº 4.320/64, Normas de Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública, se encontra associado às chamadas Transferências de Capital, que se inserem no âmbito das denominadas Despesas de Capital. As Transferências de Capital são, segundo o referido dispositivo legal, “dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens e serviços”.

Esclarecem J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, ainda, que a mencionada norma legal preceitua que os Auxílios “derivam diretamente da Lei do Orçamento – são meras autorizações orçamentárias”.¹²⁰

Igualmente, salientamos que o art. 21, da Lei Federal 4.320, quando se refere ao Auxílio, preceitua que a “Lei de Orçamento não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio das empresas privadas de fins lucrativos”.¹²¹

¹¹⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Glossário** (Internet). Florianópolis: Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, s/data, p. 9. 63 p. Encontrado em www.tce.sc.gov.br. Acessado em 15/03/2006.

¹²⁰ MACHADO JR., J. Teixeira.; e REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada**: Com a Introdução de Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 30ª. edição. Rio de Janeiro: IBAM, 2001, p. 49. 392 p.

¹²¹ Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio de 2001, Anexo II, da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda e Secretaria do Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que trata das Normas Gerais de Consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Publicado no D.O.U. de 07/05/2001, retificação no D.O.U. de 05/06/2001. In: **Secretaria do Tesouro Nacional** (Internet).

J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis anotam que, “entretanto, a proibição contida no artigo ora comentado diz respeito apenas às empresas de fins lucrativos” e que “se a entidade não tem este objetivo, poderá ser beneficiada com auxílio para investimento”¹²².

Verificamos que as concessões dos Auxílios se sujeitam também às exigências e parâmetros definidos nos artigos 25 e 26, da Lei Complementar nº 101/2000, Da Responsabilidade Fiscal, conforme especifica o Anexo II, da Portaria Interministerial Secretaria do Tesouro Nacional/Secretaria do Orçamento Federal nº 163, de 04 de maio de 2001.¹²³

O artigo 25, da Lei de Responsabilidade, trata das transferências voluntárias de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde¹²⁴. De outra

Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2001. Encontrada no site www.stn.fazenda.gov.br. Acesso sem data.

Na mesma Portaria e Anexo “Investimento é conceituado como “despesas com o planejamento e a execução de obras, inclusive a aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, e com a aquisição de instalações, equipamentos e material permanente”.

¹²² MACHADO JR., J. Teixeira.; e REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada: Com a Introdução de Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. Op. cit., p. 66.

¹²³ Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio de 2001, Anexo II, da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda e Secretaria do Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que trata das Normas Gerais de Consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Publicado no D.O.U. de 07/05/2001, retificação no D.O.U. de 05/06/2001. In: **Secretaria do Tesouro Nacional** (Internet). Encontrada no site www.stn.fazenda.gov.br. Acesso sem data.

¹²⁴ A distinção entre transferências voluntárias de recursos e os demais tipos de transferência, tal como efetuada pela prática administrativa da esfera federal, pode ser encontrada, por exemplo, em: CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Gestão de Recursos Federais: Manual para Agentes Municipais**. Brasília: Controladoria-Geral da União – Secretaria Federal de Controle Interno, 2005. 128 p.;

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências Constitucionais e Legais**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2005. 60 p.;

forma, como esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os conceitos de receitas correntes ou de capital, podem ser encontrados especialmente no artigo 11, da Lei Federal nº 4.320¹²⁵.

Estabelece-se, no mesmo art. 25, que a realização das transferências voluntárias estão sujeitas: (a) as exigências previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias; (b) a comprovação, pelo beneficiário: que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiados devidos ao ente transferidor; quanto à prestação de contas dos recursos anteriormente recebidos; quanto ao cumprimento, quando for o caso, dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde; quanto à observância notadamente, quando couber, dos limites de endividamento e de despesa de pessoal; e quanto à previsão orçamentária de contrapartida. Igualmente, a utilização dos recursos transferidos se vincula obrigatoriamente com as finalidades ajustadas.

Enquanto que o art. 26, da Lei de Responsabilidade Fiscal, trata da necessidade, como condição indispensável para que possa ocorrer a destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas, de autorização por lei específica, de que ocorra o atendimento às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e de estarem os recursos previstos no orçamento ou em seus créditos adicionais. O estipulado se aplica inclusive a toda a Administração Indireta, exceto, no exercício de suas atribuições precípuas, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil. O estabelecido se aplica à concessão de empréstimos, financiamentos e

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2000. 120 p.;

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Manual de Obtenção de Recursos Federais**: Versão 2004/2005. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2005. Extraído de: www2.senado.gov.br/ilb/materialaberto/manual_tudo.htm . Acesso em: 04/5/2005.

¹²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários aos Artigos 18 a 28 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Das Despesas com Pessoal, Das Despesas com Seguridade Social, Das Transferências Voluntárias e Da Destinação de Recursos Públicos para o Setor Privado. In: MARTINS, Ives Gandra.; e NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Organizadores). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. Op. cit., p. 170.

refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital.

No art. 33, da Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, Das Diretrizes Orçamentárias de 2006, veda a destinação de recursos a título de auxílios para entidades privadas, ressalvadas as sem fins lucrativos que cumpram as condições estabelecidas na mencionada Lei.

9.5.2.2. Da Ajuda

Maria Helena Diniz, tratando do conceito de Ajuda, diz que o mesmo significa “assistência, cooperação, auxílio”.¹²⁶

Considera Plácido e Silva que Ajuda “é expressão que se aplica na acepção de auxílio, socorro, cooperação”.¹²⁷

Em decorrência do que Ajuda designa, segundo os autores examinados, assistência, cooperação, auxílio e socorro.

9.5.2.3. Da Contribuição

Lidando com o conceito de Contribuição, Maria Helena Diniz considera que o mesmo, “na linguagem jurídica em geral, indica, ainda, subsídio de caráter moral, social, científico ou literário, par a consecução de alguma obra útil”¹²⁸.

Igualmente, constatamos que na legislação brasileira existem alguns preceitos que tratam, ainda que rapidamente, da temática Contribuições.

¹²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 1 – A-C. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 186

¹²⁷ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 87.

¹²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 1 – A-C. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 1.058.

No artigo 12, § 2º, da Lei Federal nº 4.320/64, temos as contribuições e as subvenções associadas à noção de Transferências Correntes, que faz parte das Despesas Correntes. No referido dispositivo legal se considera Transferências Correntes “as dotações para despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado”.

A noção de Contribuição, no já mencionado artigo 12, § 6º, da Lei Federal nº 4.320/64, se liga também às Transferências de Capital, na esfera das denominadas Despesas de Capital. As Transferências de Capital são, como já enumeramos, “dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens e serviços”.

Igualmente, anotamos que as concessões das Contribuições se vinculam aos artigos 25 e 26, da Lei Complementar nº 101/2000, Da Responsabilidade Fiscal, de acordo com o Anexo II, da Portaria Interministerial Secretaria do Tesouro Nacional/Secretaria do Orçamento Federal nº 163, de 04 de maio de 2001.¹²⁹

Igualmente, o art. 32, caput, da Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, Das Diretrizes Orçamentárias para 2006, preceitua que “é vedada a destinação de recursos a entidade privada a título de contribuição corrente, ressalvada a autorizada em lei específica ou destinada à entidade sem fins lucrativos selecionada para execução, em parceria com a administração pública federal, de programas e ações que contribuam diretamente para o alcance das diretrizes, objetivos e metas previstas no plano plurianual.” Enquanto o art. 32, parágrafo único, da mesma lei estipula condicionamentos para a hipótese de transferência de recursos a título de contribuição corrente não autorizada em lei.

¹²⁹ Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio de 2001, Anexo II, da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda e Secretaria do Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que trata das Normas Gerais de Consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Publicado no D.O.U. de 07/05/2001, retificação no D.O.U. de 05/06/2001. In: **Secretaria do Tesouro Nacional** (Internet). Encontrada no site www.stn.fazenda.gov.br. Acesso sem data.

9.5.3. Das subvenções sociais e econômicas e dos subsídios

9.5.3.1. Das Subvenções sociais e econômicas

Plácido e Silva, enuncia que por subvenção, do “latim *subventio*, de *subvenire* (vir em socorro, ajudar), entende-se o auxílio, ou a ajuda pecuniária, que se dá a alguém, ou a alguma instituição, no sentido de os proteger, ou para que realizem ou cumpram seus objetivos”.¹³⁰ Outrossim ensina que “juridicamente, a subvenção não tem o caráter nem de paga nem de compensação”, sendo “mera contribuição pecuniária destinada a auxílio ou em favor de uma pessoa, ou de uma instituição, para que se mantenha, ou para que execute os serviços ou obras pertinentes a seu objeto”.¹³¹

Anota Maria Helena Diniz, referindo-se à Subvenção, ser a mesma “auxílio pecuniário concedido, permanente ou eventualmente, pelo Poder Público a entidades beneficiantes para que cumpram seus objetivos”, como também “a certos setores econômicos para a garantia da estabilidade dos preços de determinados produtos”.¹³² A autora liga, ainda, o conceito de subvenção à noção de “subsídio” e a de “quantia pecuniária que é dada como ajuda”.¹³³

J. M. Othon Sidou, tratando do conceito de subvenção no Direito Financeiro, entende que a mesma é “auxílio ou contribuição financeira permanente ou eventual, concedida pelo poder público, para cobertura de despesas de custeio, a entidades privadas, a título de prestação assistencial”, como também “a setores econômicos, a fim de garantir a estabilidade dos preços de certos produtos”.

¹³⁰ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 1.338.

¹³¹ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 1.338.

¹³² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 547.

¹³³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., pp. 547-548.

Destacando o autor com adequação que “nessa última acepção, diz-se também subsídio”.¹³⁴

Outrossim, verificamos que na legislação brasileira existem alguns preceitos que tratam, ainda que rapidamente, da temática Subvenções.

Relembramos que no artigo 12, § 2º, da Lei Federal nº 4.320/64, Do Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública, temos as Contribuições e as Subvenções vinculadas a noção de Transferências Correntes, que faz parte das designadas Despesas Correntes. O mesmo dispositivo legal, lembramos novamente, considera Transferências Correntes “as dotações para despesas às quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado”.

Logo após, no artigo 12, § 3º, da Lei Federal nº 4.320/64, entende-se como “subvenções as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas”.

No mesmo art. 12, § 3º, define-se que são “subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa”, enquanto que no art. 16, temos a indicação de que a concessão de subvenções sociais visará, fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras, “à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional”, sobretudo quando “a suplementação de recursos de origem privada, aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica”, sendo que “o valor das subvenções sociais, sempre que possível, será calculado com base em unidades de serviço efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência previamente fixados”.

O art. 31, da Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, Das Diretrizes Orçamentárias de 2006, veda a destinação de recursos a título de subvenções sociais para entidades privadas, ressalvadas as sem fins lucrativos, que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de cultura, assistência social, saúde e educação, quando preencherem as condições legais.

¹³⁴ SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª. edição. Op. cit., p. 824.

O citado art. 12, § 3º, enuncia que são subvenções econômicas, “as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril”.

Ao passo que no art. 18 da mesma Lei, enuncia-se que as subvenções econômicas servirão especialmente para a “cobertura dos déficits de manutenção de empresas públicas, de natureza autárquica ou não, expressamente incluídas nas despesas correntes do Orçamento da União, do Estado, do Município ou Distrito Federal”, para as “dotações destinadas a cobrir diferenças entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios e outros materiais” e para as “dotações destinadas ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais”.¹³⁵

J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis salientam que as Subvenções Econômicas têm, como finalidade a “cobertura de déficits de manutenção e funcionamento de entidades da Administração Indireta” e, ainda, a “cobertura de diferenças de preços de mercado e de revenda de gêneros alimentícios ou outros materiais”, como também o “pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais”.¹³⁶ Os mencionados autores pensam que a concessão de subvenções econômicas está subordinada ao “interesse público” e que “para as empresas de fins lucrativos, exige-se autorização em lei especial”, com condições “a serem fixadas em lei especial”.¹³⁷

Ainda, destacamos que o art. 19, da Lei Federal nº 4.320, enuncia que “a Lei do Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de

¹³⁵ Julgamos relevante para trabalhar o conceito de Despesa, tal como o mesmo se encontra na Lei Federal nº 4.320/64, examinar os ensinamentos presentes em:

MACHADO JR., J. Teixeira.; e REIS, Heraldo da. **A Lei 4.320 Comentada**: Com a Introdução de Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 30ª edição. Op. cit., pp. 39-68.;

ARAÚJO, Inaldo.; e ARRUDA, Daniel. **Contabilidade Pública**: Teoria e Prática. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 109-121. 312 p.

¹³⁶ MACHADO JR., J. Teixeira.; e REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada**: Com a Introdução de Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. Op. cit., p. 62.

¹³⁷ MACHADO JR., J. Teixeira.; e REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada**: Com a Introdução de Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. Op. cit., p. 62.

fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial”.

Entendemos que a outorga de Subvenções se submetem igualmente aos encargos e padrões estipulados, de regra, nos artigos 26, da Lei Complementar nº 101/2000, Da Responsabilidade Fiscal, como enuncia a Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio de 2001, Anexo II, da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda e Secretaria do Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.¹³⁸

O mesmo art. 26 estipula sobre ser imprescindível, para sejam designadas verbas para, direta ou indiretamente, atender necessidades de pessoas físicas ou défits de pessoas jurídicas, o consentimento por lei específica, o cumprimento do determinado na lei de diretrizes orçamentárias e a existência de valores consignados no orçamento ou em seus créditos adicionais. O definido se exige também da totalidade da Administração Indireta, exceto, quando no desempenho de suas competências mais relevantes, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil. O mesmo artigo estipula explicitamente a sua aplicação para as situações de concessão de subvenções, e, ainda, para a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, bem como no caso de participação em constituição ou aumento de capital.

O jurista alemão Hartmut Maurer, sobre o conceito de Subvenção na perspectiva notadamente do Direito Alemão, ensina que:

Na literatura ainda não se formou um conceito uniforme da subvenção. Contudo, as divergências de opiniões concernem mais ao alcance do que aos elementos de estrutura enformadores da subvenção. Duvidoso é se a subvenção compreende somente doações positivas (subvenções de prestação) ou também isenções de obrigações tributárias geral, em especial, desagravações de impostos (subvenções de isenção). Considerado economicamente é indiferente se ao particular é pago um

¹³⁸ Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio de 2001, Anexo II, da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda e Secretaria do Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que trata das Normas Gerais de Consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Publicado no D.O.U. de 07/05/2001, retificação no D.O.U. de 05/06/2001. In: **Secretaria do Tesouro Nacional** (Internet). Encontrada no site www.stn.fazenda.gov.br. Acesso sem data.

determinado montante em dinheiro ou concedido um determinado montante em dinheiro ou concedendo uma desagravação de imposto em quantia correspondente; porque em ambos os casos ele tem mais do que teria, se não existisse a regulação beneficiante para ele. Por isso, as ciências econômicas e financeiras também partem do conceito de subvenção amplo, que inclui a subvenção de isenção. Em perspectiva jurídica, porém, existem regulações diferentes para subvenções de prestação e desagravações de imposto, de forma que uma diferenciação correspondente é ordenada e o conceito de subvenção no sentido jurídico-administrativo deve ser limitado às subvenções de prestação. No Direito Comunitário Europeu é empregado o conceito de subvenção amplo (auxílios), que inclui também as subvenções de isenção (...). Se isso também vai repercutir no conceito de subvenção jurídico-administrativo do Direito Alemão, ainda está em aberto. Em todo caso, deve ser observado que para as subvenções de prestação e as subvenções de isenção valem regulações diferentes. (...)

Subvenções são, segundo isso, (a) doações de valor patrimonial (b) do Estado ou de uma outra corporação administrativa a pessoas privadas (c) sem contraprestação conforme o mercado (d) para fomento de uma finalidade situada no interesse público. (...)¹³⁹

Constatamos a existência, na Espanha, da Lei nº 38/2003, de 17 de novembro, que regula o Regime Jurídico Geral das Subvenções outorgadas pelas Administrações Públicas daquele país.

No art. 2, item 1, da Lei espanhola, ao tratar do conceito de Subvenção, constatamos que pela referida noção se entende, para os efeitos da mesma lei, toda colocação à disposição de recursos que for realizada pela Administração Geral do Estado, pelas entidades a Administração local¹⁴⁰ e pela Administração das

¹³⁹ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª. edição alemã revisada e complementada e 1ª. edição brasileira. Barueri/SP: Manole, 2006, p. 498. 997 p. Título original: Allgemeines Verwaltungsrecht – 14. Auflage. Verlag C. H. Beck oHG, 2002.

¹⁴⁰ Verificamos (em: LLORENTE, Francisco Rubio.; e PELÁEZ, Mariano Daranas. **Constituciones de los Estados de la Unión Europea**. 1ª. edição. Barcelona: Editorial Ariel, 1997, pp. 151-194, p. 183. 601p.) que a Administração Local é tratada especialmente pelos arts. 140 a 142, da Constituição espanhola de 1978.

Comunidades Autônomas¹⁴¹, em favor de pessoas públicas ou privadas, e que cumpram os seguintes requisitos: a) a entrega se realize sem contraprestação direta dos beneficiários; b) que a entrega esteja sujeita ao cumprimento de um determinado objetivo, a execução de um projeto, a realização de uma atividade, a adoção de um comportamento singular, já realizados ou por desenvolver, ou a ocorrência de uma situação, devendo o beneficiário cumprir as obrigações materiais e formais que se tiverem estabelecido; c) que o projeto, a ação, conduta ou situação custeada tenha por objeto o fomento de uma atividade pública ou de interesse social ou de promoção de uma finalidade pública.¹⁴²

¹⁴¹ Constatamos (em: LLORENTE, Francisco Rubio.; e PELÁEZ, Mariano Daranas. **Constituciones de los Estados de la Unión Europea**. 1ª. edição. Op. cit., pp. 184-189.) que as Comunidades Autônomas recebem regulação constitucional notadamente nos arts. 143 a 158, da Constituição espanhola de 1978.

¹⁴² Na Espanha, os artigos 1º, 2º e 3º, da Lei 38/2003, de 17 de novembro, que regula o Regime Jurídico Geral das Subvenções outorgadas pelas Administrações Públicas, estipula que:

“Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. (...)

Artículo 1. Objeto.

Esta ley tiene por objeto la regulación del régimen jurídico de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas.

Artículo 2. Concepto de subvención.

1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados em el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiários.
- b) Que la entrega este sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiário cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.
- c) que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interes social o de promoción de una finalidad pública. (...)

Artículo 3. Ámbito de aplicación subjetivo.

Las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas se ajustarán a las prescripciones de esta ley.

1. Se entiende por Administraciones públicas a los efectos de esta ley:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las entidades que integran la Administración local.
- c) La Administración de las comunidades autónomas”.

Igualmente, destacamos alguns dos itens estipulados no art. 2, item 4, da mencionada Lei espanhola, onde se estabelece as hipóteses que não se caracterizam como subvenção. Salientamos que não se têm como subvenção, dentre outras: “a) as prestações contributivas ou não contributivas do Sistema de Seguridad Social; (...) f) as prestações reconhecidas pelo Fondo de Garantía Salarial; g) os benefícios fiscais e benefícios na cotización para a Seguridad Social; h) o crédito oficial, salvo nas hipóteses em que a Administración Pública subvencione ao que recebe o empréstimo a totalidade ou parte dos juros ou outras contraprestações da operação de crédito”.¹⁴³

9.5.3.2. Dos Subsídios

Plácido e Silva, examinando o conceito de subsídio, assinala que o mesmo vem “do latim *subsidium* (reserva, reforço, auxílio)” e que o mesmo “revela tudo que vem no sentido de auxiliar, socorrer, ou reforçar alguma coisa”.¹⁴⁴ Esclarece o jurista que “é a contribuição pecuniária ou de outra ordem que se dá a

(BOE núm. 276, 18 noviembre 2003, pp. 40505-40532, p. 40509-40510. 27 p. Site: www.boe.es. Acesso em 21/02/2006)

¹⁴³ Na Espanha, o artigo 2, item 4, da Lei 38/2003, de 17 de novembro, que regula o Regime Jurídico Geral das Subvenções outorgadas pelas Administraciones Públicas, estabelece que:

“Artículo 2. Concepto de subvención.

4. No tienen carácter de subvenciones los siguientes supuestos:

- a) Las prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de la Seguridad Social. (...)
- f) Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial. g) Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social.
- h) El crédito oficial, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito”.

(BOE núm. 276, 18 noviembre 2003, pp. 40505-40532, p. 40509-40510. 27 p. Site: www.boe.es. Acesso em 21/02/2006)

¹⁴⁴ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 1.332.

qualquer empresa ou a particular, na forma de auxílio ou ajuda”.¹⁴⁵ Registra Plácido e Silva, ainda, que “na linguagem administrativa, designa a quantia denominada subvenção, que o Estado arbitra ou subscreve para obras de interesse público, ou, em outro sentido, indica a importância ou auxílio que um Estado concede a outro”.

Enuncia Maria Helena Diniz, que a noção de Subsídio, está associada, na linguagem jurídica em geral, a auxílio, a benefício, quantum pecuniário assinalado de interesse público¹⁴⁶. Ao mesmo tempo a autora vincula subsídio, num exame pela ótica da economia política, a um recurso financeiro que possibilita o crescimento de um setor econômico.¹⁴⁷

J. M. Othon Sidou, tratando do conceito de Subsídio na esfera do Direito Financeiro, considera ser “subvenção paga pelo Estado a certos setores produtivos, a fim de garantir o preço de produtos agrícolas ou agroindustriais”.¹⁴⁸

Anotam A. Lopes de Sá e A. M. Lopes de Sá, sobre Subsídios no âmbito de uma dimensão contábil, que os mesmos são “título de conta que registra valores recebidos com reforço ou ajuda financeira” e, ainda, “ajuda por cessão de recursos financeiros”.¹⁴⁹ Lembram os autores que “os subsídios podem ser feitos em dinheiro, bens ou favores fiscais”.¹⁵⁰

Paulo Sandroni, referindo-se ao conceito de Subsídio, enuncia que:

¹⁴⁵ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 1.332

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 537.

¹⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 537.

¹⁴⁸ SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª. edição. Op. cit., p. 822.

¹⁴⁹ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 438. 509 p.

¹⁵⁰ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., p. 438

Tecnicamente, pode ser definido de várias formas: 1) benefícios a pessoas ou a empresas, pagos pelo governo, sem contrapartida em produtos ou serviços; 2) despesas correspondentes à transferências de recursos de uma esfera do governo em favor de outra; 3) despesas do governo visando à cobertura de prejuízos das empresas (públicas ou privadas) ou ainda para financiamento de investimentos; 4) benefícios a consumidores na forma de preços inferiores que, na ausência de tal mecanismo, seriam fixados pelo mercado; 5) benefícios a produtores e vendedores mediante preços mais elevados, como acontece com a tarifa aduaneira protecionista; 6) concessão de benefícios pela via do orçamento público ou outros canais.¹⁵¹

9.5.4. Das Bolsas

9.5.4.1. Dos Bolsistas e das Bolsas

Maria Helena Diniz diz que Bolsista é “aquele que recebe bolsa de estudo para efetuar curso, por ter se sobressaído ou por estar necessitado”¹⁵², ao passo que Bolsa de Estudo é “ajuda monetária pública ou privada reservada a estudantes ou funcionários para que possam efetuar curso”.¹⁵³

Plácido e Silva anota que Bolsa costuma “designar (...) os fundos que se põe à disposição de certa pessoa, para que possa realizar determinado objetivo” e registra que se diz “bolsa de estudo para designar soma, que se reserva ao estudante, a fim de que possa realizar um curso”.¹⁵⁴

¹⁵¹ SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Op. cit., pp. 802-803.

¹⁵² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 1 – A-C. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 513.

¹⁵³ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 1 – A-C. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. Op. cit., p. 512.

¹⁵⁴ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., p. 226.

9.5.4.2. Das Bolsas de Estudo e Pesquisa

No art. 39, caput e inciso VII, do Decreto Federal nº 3.000, de 1999, Do Regulamento de Imposto de Renda e de Proventos de Qualquer Natureza, com a redação que lhe foi dada pelo art. 26, da Lei Federal nº 9.250, de 1995, temos a previsão das bolsas de estudo e pesquisa, que julgamos equivocadamente caracterizadas como doações, como rendimento que não entram no cômputo do rendimento bruto, como segue:

Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: (...)

VII – as bolsas de estudo e de pesquisa caracterizadas como doação, quando recebidas exclusivamente para proceder a estudos ou pesquisas e desde que os resultados dessas atividades não representem vantagem para o doador, nem importem contraprestação de serviços. (...)

Recentemente a Lei Federal nº 11.273, de 06 de fevereiro de 2006, autorizou o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE a conceder bolsas de estudo e bolsas de pesquisa no âmbito dos programas de formação de professores para a educação básica desenvolvidos pelo Ministério da Educação, inclusive na modalidade à distância.

O art. 2º, § 2º, da mesma Lei, que se refere à adesão dos entes federados aos programas, através de instrumento jurídico onde se estipulam os correspondentes direitos e obrigações, enuncia que:

Art. 2º (...)

§ 2º. A concessão das bolsas de estudo de que trata esta Lei para professores estaduais e municipais ficará condicionada à adesão dos respectivos entes federados aos programas instituídos pelo Ministério da Educação, mediante celebração de instrumento em que constem os correspondentes direitos e obrigações.

No art. 3º, da mesma normatização, temos a associação do conceito de bolsa com, por exemplo, as noções de vinculação jurídica e obrigacional, como também de direitos e obrigações, através de termo de compromisso. No mesmo temos a estipulação de que as bolsas “serão concedidas pelo FNDE, diretamente ao beneficiário, por meio de depósito em conta-corrente específica para esse fim e mediante celebração de termo de compromisso em que constem os correspondentes direitos e obrigações”.

No art. 6º, da citada Lei, que define os elementos que constarão da regulamentação a ser efetuada pelo Poder Executivo, reafirma notadamente as idéias de vinculação jurídica e obrigacional, de direitos e obrigações, de avaliação, de controle, de fiscalização e de prestação de contas, como segue:

Art. 6º. O Poder Executivo regulamentará:

I – os direitos e obrigações dos beneficiários das bolsas;

II – as normas para renovação e cancelamento dos benefícios;

III – a periodicidade mensal para o recebimento das bolsas;

IV – o quantitativo, os valores e a duração das bolsas, de acordo com o curso ou projeto em cada programa;

V – avaliação das instituições educacionais responsáveis pelos cursos;

VI – a avaliação dos bolsistas; e

VII – a avaliação dos cursos e tutoriais.

No art. 5º, da mencionada Lei, os princípios, dentre outros, da publicidade e da transparência, da impessoalidade, da concorrência e da objetividade, se faz presente quando se preceitua que “serão de acesso público permanente os critérios de seleção e de execução do programa, bem como a relação dos beneficiários e dos respectivos valores das bolsas previstas”.

No artigo 2, item 1, letra “a”, do Real Decreto espanhol nº 1326/2003, de 24 de outubro, que aprova o Estatuto dos Bolsistas de Investigação, se diz que são direitos dos bolsistas, no âmbito da estipulação do referido Decreto Real, “perceber a ajuda econômica que corresponda à bolsa na forma estabelecida em cada convocatória”, ao mesmo tempo em que define que “tal ajuda econômica não terá em nenhum caso natureza de salário”.¹⁵⁵

¹⁵⁵ O art. 2º, item 1, letra “a”, do Real Decreto espanhol nº 1326/2003, de 24 de outubro, onde se aprova o Estatuto de Bolsistas de Investigação, estipula que:

“REAL DECRETO 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del becario de investigación. (...)

Artículo 2. Derechos del becario.

1. Son derechos de los becarios en el ámbito de este real decreto:

a) Percibir la ayuda económica que corresponda a la beca en la forma establecida para cada convocatória. Tal ayuda económica no tendrá en ningún caso naturaleza de salario. (...).”

(BOE num. 263, 3 noviembre 2003, pp. 38828-30830, p. 38828. 03 p. Site: www.mec.es/ciencia/registrobecas/pdf/EstatutoBecario.pdf Acesso em 1º/03/2006).

Nos arts. 2º, 3º, 4º e 5º do mencionado Real Decreto 1326/2003, temos, respectivamente, os direitos do bolsista, os deveres do bolsista, das obrigações do organismo, centro ou instituição de acolhida do bolsista, do registro de bolsas de investigação.¹⁵⁶

Destacando-se que existe a previsão, no art. 5, item 3, de que para que a entidade ou instituição possa possam inscrever no mesmo registro os seus programas, devem, dentre outros, (a) contemplar os direitos e obrigações previstos no Decreto, (b) respeitar os princípios da publicidade, objetividade, mérito e capacidade na concessão das bolsas, (c) requerer a dedicação exclusiva dos bolsistas para as atividades de formação e especialização científica ou técnica, velando pelo desenvolvimento adequado do programa de formação do bolsista, sem que possa se exigir do mesmo a realização de qualquer atividade que não esteja relacionada com o desenvolvimento de sua investigação ou da formação específica requerida para esta durante seu transcurso, sem prejuízo de os bolsistas que desenvolvam suas atividades em uma Universidade possam colaborar em tarefas docentes, dentro dos limites que na correspondente convocatória se estabeleçam, sem que em nenhum caso possa se desvirtuar a finalidade investigadora e formativa das bolsas, (d) que prevejam para as bolsas de investigação uma dotação igual ou superior ao mínimo estabelecido anualmente pela Comissão Permanente da Comissão Interministerial de Ciência e Tecnologia.

9.5.4.3. Dos Estágios e das Bolsas Estágio

Plácido e Silva, verificando o conceito de Estágio, diz que “derivado do francês *stage* (período de experiência ou de aprendizagem), determina o tempo de serviço, ou de tirocínio de uma profissão, que se exige de uma pessoa para que possa desempenhar efetivamente o cargo ou a profissão”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Os artigos 2º, 3º, 4º e 5º, d Real Decreto espanhol nº 1326/2003, de 24 de outubro, que aprova o Estatuto de Bolsistas de Investigação, pode ser encontrado em: BOE num. 263, 3 noviembre 2003, pp. 38828-30829.

¹⁵⁷ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição, atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Op. cit., pp. 558-559.

Anota Maria Helena Diniz, tratando da noção de Estágio, que “na linguagem jurídica em geral, indica a fase por que passa o estudante universitário para adquirir prática necessária ao exercício de sua profissão”, ao passo que, na órbita do Direito do Trabalho, significa “tempo de prática em que o empregado aprende o seu ofício, preparando-se para o exercício de determinado serviço”.¹⁵⁸

O Estágio de estudantes de estabelecimento de ensino superior, de ensino médio, de educação profissional de nível médio ou superior ou escolas de educação especial, no Brasil, é estipulado pela Lei Federal nº 6.497, de 07 de dezembro de 1977, e regulamentado pelo Decreto Federal nº 87.497, de 18 de agosto de 1982.

Os mencionados estágios visam propiciar, segundo o § 3º do art. 1º, da mesma Lei, a complementação do ensino e da aprendizagem e ser planejados, executados, acompanhados e avaliados em conformidade com os currículos, programas e calendários escolas.

A legislação mencionada, no art. 3º, caput, prevê que a realização dos estágios curriculares estará sujeita a celebração de termo de compromisso, entre o estudante e a parte concedente, com interveniência obrigatória da instituição de ensino, enquanto que o mesmo ajuste não será necessário para os estágios desenvolvidos sob a forma de ação comunitária.

A Lei Federal 6.494, de 1977, no art. 4º, estipula que o estagiário poderá receber bolsa, sob a forma de contraprestação que venha a ser acordada, ressalvado o que dispuser a legislação previdenciária, devendo o estudante estar seguro contra acidentes pessoais. Definindo o mesmo artigo que o estágio não cria vínculo empregatício de qualquer natureza.

O Decreto nº 87.497, de 1982, no seu art. 7º, estipula que a instituição de ensino poderá recorrer aos serviços de agentes de integração, mediante condições acordadas.

O art. 10 do mesmo Decreto prevê que não poderá ocorrer a cobrança de qualquer taxa adicional referente às providências administrativas para obtenção e realização do estágio curricular.

¹⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 2 – D-I. 2ª. edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 485.

Sérgio Pinto Martins, quando trata do estagiário, lembra que “o estagiário não é empregado, desde que cumpridas as determinações da Lei 6.494/77”.¹⁵⁹

Ainda, o mesmo autor ressalta que o estagiário “poderá receber uma bolsa, conforme o art. 4º da Lei 6.494/77, que, portanto não é obrigatória”, sendo a retribuição/bolsa a “que for combinada, podendo ser tanto o pagamento de um valor em dinheiro ou outra forma de contraprestação, como pagamento da escola”.

9.5.5. Conclusões sobre a temática em exame

Definimos o entendimento, notadamente nos capítulos anteriores, que o Convênio da Administração Pública, seus congêneres e/ou os ajustes e procedimentos de natureza convenial se notabilizam, nas relações entre os partícipes, por laços de cooperação, de colaboração, de coordenação, de parceria, de auxílios e/ou de ajuda, e onde estão ausentes, no mínimo, o lucro, o preço e/ou a remuneração.

Consideramos, principalmente no presente capítulo, que o mesmo ajuste se distingue também pela fixação de compromissos e obrigações, no sentido de que, parte ou a totalidade dos mesmos, coloque à disposição recursos e/ou verbas, próprios ou de terceiros, geralmente públicos, provenientes principalmente dos concedentes, e/ou, quando couber, dos convenientes através de contrapartidas, para realizar sobretudo o objeto e o ajustado.

Pensamos, ainda, que no acordo referido os mesmos recursos e/ou verbas e/ou contrapartidas, serão utilizados, gerenciados e/ou administrados, de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, por parcela ou totalidade dos partícipes, no geral o conveniente e/ou o executor institucional, para realizar determinado objeto e o ajustado, mediante prestação de contas dos compromissos assumidos, notadamente do(s) partícipe(s) que ficaram encarregados de utilizar os mesmos recursos, verbas e/ou contrapartidas, dentro do regulado, quando couber, por pessoas ou entidades partícipes, no geral os

¹⁵⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 6ª. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 1998, p. 140. 737p.

concedentes, como também atendendo aos princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais.

Julgamos também que as atividades de fiscalização e de controle são elemento fundamentais nos Convênios, congêneres e/ou ajustes e procedimentos de natureza convenial. Destacando especialmente a fiscalização e o controle exercidos pelos partícipes, executores e intervenientes, com destaque para o(s) partícipe(s) que alocou/locaram os recursos, verbas e/ou contrapartidas colocados à disposição para a execução do objeto e atender o pactuado.

Entendemos, ainda, que os recursos trazidos ao ajuste convenial, mas também os direitos, deveres, obrigações, pretensões, responsabilidades assumidos em face do ajustado, de regramentos de toda espécie e do ordenamento, exigem a possibilidade de fiscalização e controle dos organismos internos de controladoria, auditoria ou de serviços de contabilidade dos partícipes, dos Tribunais de Contas e judicial, como também a sempre crescente ocorrência do exame, da observação e da vigilância cidadã, da comunidade e/ou popular.

Pensamos que os repasses de recursos públicos, a título, dentre outros, de fomento social, de auxílios, de ajudas, de contribuições correntes, de subvenções sociais e de bolsas, são, em princípio, viabilizados através de Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou por ajustes e procedimentos de natureza convenial. A condição para tanto é que, nas relações entre os partícipes, fique caracterizada uma vinculação que tenha como elementos que as particularizem, além das definidas no presente capítulo, a cooperação e associação e, ainda, a ausência de lucro, preço e/ou remuneração (entendidos os últimos conceitos no seu sentido técnico).

A mencionada alternativa convenial predomina notadamente pelo fato de que no fomento social, nos auxílios, nas ajudas, nas contribuições correntes, nas subvenções sociais e nas bolsas pesquisa e estudo, inexistem, nas relações entre os partícipes, situações que gerem a remuneração, o preço e/ou o lucro, embora possam estar presentes nos mesmos as noções, dentre outras, de benefício e vantagem e, inclusive, de acréscimo patrimonial e rendimento.

Igualmente, já referimos no presente trabalho que tende a não afastar o uso dos Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou os pactos e procedimentos de cunho convenial, as relações de cunho indenizatório, como, por

exemplo, as verbas pagas a título de auxílio de custo, diárias, transporte e/ou alimentação, pelo fato de que nas citadas relações não se faz presente a remuneração, o preço e/ou o lucro. Outrossim, destacamos que a hipótese indenizatória está intimamente associada, dentre outras, às noções de custo e preço de custo, com as ressalvas efetuadas aos conceitos de custo técnico-econômico e custo figurativo que incorporam as noções de lucro, juro e/ou remuneração¹⁶⁰.

Entendemos, em sentido contrário, que os repasses de verbas, os auxílios e as ajudas, que tenham natureza remuneratória, deslocam a utilização dos Convênios, congêneres e/ou os ajustes e procedimentos de natureza convenial. Consideramos, por exemplo, que têm caráter remuneratório, por exemplo, alguns dos denominados auxílios e ajudas, como também alguns tipos de bolsas. Pensamos, somente para lembrar, que as denominadas bolsas estágio, como regra, têm cunho remuneratório.

De outro lado, consideramos que os repasses de verbas públicas, a título de fomento econômico, subvenções econômicas e subsídios econômicos, têm grande possibilidade de não se demonstrarem congruentes com os Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou ajustes e/ou procedimentos de natureza convenial. Assim entendemos em razão de que nos mesmos repasses de verbas, nas relações entre os partícipes e beneficiários dos mesmos fomento econômico, subvenções econômicas e subsídios econômicos, se existe, em princípio, a cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, temos, também, em muitas situações, a remuneração, o preço, o juro e/ou o lucro.

Entendemos que os pertinentes ensinamentos, dentre outros, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que demonstram a ampla dimensão das ações de fomento¹⁶¹, deixam evidente que, embora a relevante vinculação dos repasses de verbas, das ações de fomento, dos auxílios, das ajudas e das subvenções com os

¹⁶⁰ SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. Op. cit., pp. 108, 109, 110, 116 e 124.

¹⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição, totalmente revista, ampliada e atualizada. Op. cit., pp. 523-555

Convênios da Administração Pública, seus congêneres e/ou com os ajustes e procedimentos de natureza convenial, as mesmas associações estão longe de serem automáticas. Tal ocorre na medida em que muitas situações e atividades enumeradas pelo mesmo jurista, muitos auxílios, ajudas, subvenções mencionadas pelo mesmo autor, praticamente pressupõem, nas relações entre os partícipes, a remuneração, o preço, o juro e/ou o lucro, com o que temos o afastamento dos pactos conveniais.

Pensamos, porém, que num grande número dos denominados auxílios, ajudas, subvenções, subsídios e/ou situações de fomento somente o exame concreto das concretas situações poderá esclarecer sobre a pertinência ou não da utilização dos ajustes de natureza convenial.

De outro lado, destacamos que nas recentes Leis de Diretrizes Orçamentárias de 2005 e 2006, ou seja, no artigo 35, inciso III, da Lei Federal nº 11.178, de 20/09/2005, LDO-2006, e no art. 34, inciso III, da Lei Federal nº 10.934, de 11/08/2004, LDO-2005, existe, no mínimo, uma vinculação dos auxílios, das subvenções sociais e das contribuições correntes aos Convênios e congêneres.

No mesmo sentido, constatamos que, nos artigos 16 e 28, da Lei 38/2003, de 17 de novembro, Geral de Subvenções, da Espanha, ocorre a estipulação dos Convênios como o instrumento para regular, nas subvenções, as condições e obrigações entre os partícipes.¹⁶²

Igualmente, salientamos que o art. 35, inciso II, da Lei Federal nº 11.178, das Diretrizes Orçamentárias de 2006, e o art. 34, inciso I, da Lei Federal nº 10.934, Das Diretrizes Orçamentárias de 2005, exigem que o Poder respectivo, tenha normas a serem observadas para a concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições correntes, que definam, entre outros aspectos, critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias e de alocação de recursos e prazo do benefício, prevendo-se, ainda, cláusula de reversão no caso

¹⁶² Ley 38/2003, de 17 de noviembre, que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas. In: **Boletín Oficial del Estado – BOE**, núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Madrid: Boletín Oficial del Estado – BOE, 2003, pp. 40505-40532, pp. 40513-40514 e 40517-40518. 27 p. Retirado do site: www.boe.es . Acessado em: 21/02/2004.

de desvio de finalidade. Entendemos que as exigências, embora positivas, ainda se encontram muito aquém do que se deveria prever para viabilizar o cumprimento dos princípios, normas estritas e valores presentes no ordenamento jurídico brasileiro, para todos que utilizem, gerenciem e/ou administrem recursos públicos.

Julgamos, no rumo indicado pelos ensinamentos de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, que as verbas repassadas, as ações de fomento, os auxílios, as ajudas, as contribuições, as subvenções e os subsídios legítimos e justificados são aqueles que promovem ou estimulam a atividades que tendem a favorecer o bem estar geral¹⁶³, e, ainda, que os mencionados repasses, fomento, auxílios, contribuições, subvenções e subsídios se submetem aos princípios, dentre outros, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, igualdade e finalidade.¹⁶⁴

De outro lado, registramos que a Lei 38/2003, de 17 de novembro, Das Subvenções, da Espanha, no art. 8, item 1, estabelece que “os órgãos das Administraciones públicas ou qualquer entes que proponham o estabelecimento de subvenções, em caráter prévio, deverão concretizar em um plano estratégico de subvenções os objetivos e efeitos que pretendem com sua aplicação, o prazo necessário para a sua realização, os custos previsíveis e suas fontes de financiamento, submetendo-se em todo caso ao cumprimento dos objetivos de estabilidade orçamentária”.¹⁶⁵

¹⁶³ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. Op. cit., p. 19.

¹⁶⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. Op. cit., pp. 28-30.

¹⁶⁵ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas. In: **Boletín Oficial del Estado – BOE**, núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Op. cit., pp. 40510-40511.

Verificamos, no trabalho traduzido, o que segue:

“Artículo 8. Principios generales

1. Los órganos de las Administraciones públicas o cualesquiera entes que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter prévio, deberán concretar em um plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden com su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, supeditándose em todo caso al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria”.

Ainda, a Lei de Subvenções espanhola, no artigo 8, item 3, define os princípios que regerão a gestão das subvenções a que se refere à Lei, que são os seguintes: (a) da publicidade, transparência, concorrência, objetividade, igualdade e não discriminação; (b) eficácia no cumprimento dos objetivos fixados pela Administração outorgante; (c) eficiência na destinação e utilização dos recursos públicos.¹⁶⁶

Ainda, anotamos que no art. 16, item 5, da Lei 38/2003, Das Subvenções, da Espanha, estabelece que quando as entidades colaboradoras sejam pessoas sujeitas ao direito privado, se selecionarão previamente, mediante um procedimento submetido aos princípios da publicidade, concorrência, igualdade e não discriminação, e a colaboração se formalizarão mediante Convênio, salvo que pelo objeto da colaboração resulte a aplicação plena do texto refundido da Lei de Contratos da Administración Pública, aprovado pelo Real Decreto 2/2000, de 16 de junho.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas. In: **Boletín Oficial del Estado – BOE**, núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Op. cit., pp. 40510-40511.

Temos, no texto traduzido:

“Artículo 8. Principios generales. (...)”

3. La gestión de las subvenciones a que se refiere esta ley se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Publicidad, transparência, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación;
- b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante;
- c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”.

¹⁶⁷ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas. In: **Boletín Oficial del Estado – BOE**, núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Op. cit., pp. 40513-40514.

Verificamos, no trabalho examinado, o seguinte:

“Artículo 16. Convenio de colaboración. (...)”

5. Cuando las entidades colaboradoras sean personas sujetas a derecho privado, se seleccionarán previamente mediante um procedimento sometido a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, y la colaboración se formalizará mediante convenio, salvo que por objeto de la colaboración resulte de aplicación plena el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”.

Igualmente, no artigo 22, item 1, encontramos, para efeito dos procedimentos ordinário de concessão das subvenções, a definição do que é entendido como de tramitação em regime de concorrência competitiva. No mesmo artigo e item se diz que, para efeitos da Lei de Subvenções, será considerado como “de concorrência competitiva o procedimento mediante o qual a concessão das subvenções se realiza através da comparação das solicitações apresentadas, a fim de estabelecer a preferência entre as mesmas, de acordo com os critérios de valoração previamente fixados nas bases reguladoras e na convocatória, e adjudicar, com o limite fixado na convocatória dentro do crédito disponível, aquelas que tenham obtido a maior valoração após a aplicação dos citados critérios”.¹⁶⁸

Entendemos que, com grande amplitude e qualificação, a mencionada Lei de Subvenções espanhola, afirma princípios, parâmetros e critérios que, como regra e quando couber, servem para definir a alocação de recursos, os beneficiários do repasse de verbas, a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, fomento, auxílio, ajuda, contribuição, subvenção, subsídio e/ou bolsas de estudo e pesquisa.

Igualmente, julgamos que a fixação da necessidade, nas Leis de Diretrizes Orçamentárias brasileiras referidas, de critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias e de alocação de recursos e prazo de benefício, como também, o estabelecimento da relevância, na Lei de Subvenções espanhola, dentre outros, da aplicação obrigatória dos princípios concorrência,

¹⁶⁸ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas. In: **Boletín Oficial del Estado – BOE**, núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Op. cit., pp. 40515-40516.

Constatamos, no texto, o que segue:

“Artículo 22. Procedimientos de concesión.

1. El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará em régimen de concurrencia competitiva. A efectos de esta ley, tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatória, y adjudicar, con el limite fijado en la convocatoria dentro del credito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en la aplicación de los citados criterios”.

objetividade e igualdade e, ainda, do regime de concorrência competitiva no procedimento de concessão da subvenção, revelam-se elementos relevantes para o debate que se seguirá sobre a Licitação nos Convênios.

10. CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DOS PARTICÍPES, DA CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES PARA A SUA GESTÃO E DA LICITAÇÃO E PROCEDIMENTOS ASSEMELHADOS

10.1. DOS PARTICÍPES DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Hely Lopes Meirelles, tratando dos Convênios da Administração Pública, ensina que em princípio “a possibilidades de tais acordos é ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos participantes”.¹

Anota Toshio Mukai que nos convênios administrativos “participam pessoas de qualquer espécie, inclusive privadas (físicas ou jurídicas), sendo indispensável, porém, que pelo menos um dos convenientes seja entidade pública”.²

Diogenes Gasparini entende que:

Dos convênios podem participar pessoas públicas de qualquer espécie (União e Estado Federado, Município e Estado-Membro, União, Distrito Federal e Estado-Membro) ou podem participar qualquer dessas pessoas (União, Município) e pessoas privadas, quer sejam físicas (homem, mulher), quer sejam jurídicas (sociedade mercantil e fundação). Não há necessidade de que tais pessoas sejam da mesma espécie ou que todas sejam públicas. Todavia, dada à natureza administrativa que encerram, é indispensável de que, no mínimo, um dos partícipes seja pessoa pública. Desse modo, não seriam convênios administrativos se todos seus convenientes fossem pessoas privadas.³

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 388. 798 p.

² MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 397. 582 p.

³ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 399. 924 p.

Considera Hely Lopes Meirelles, referindo-se a Constituição de 1988 e ao Decreto-Lei nº 200/67, que “pela interpretação do texto constitucional e pela defeituosa redação da norma federal ordinária, tem-se a impressão de que o convênio só é admissível entre entidades estatais, para a execução entre seus agentes”.⁴

Julgamos que seja natural e aceitável que a maioria dos Convênios e seus congêneres, notadamente no que se refere às pessoas e entidades da Administração Pública Federal e dos Estados, ocorram com outras pessoas e entidades vinculadas à Administração Pública. Pensamos, porém, não ser razoável entendimentos no sentido excluir ou limitar drasticamente a possibilidade dos mesmos ocorrerem com os particulares, com pessoas e entidades direito privado.

Outrossim, julgamos que Odete Medauar lembra com propriedade que “referência explícita a convênio público com particulares encontra-se no § 1º do art. 199, da Constituição de 1988, em matéria de saúde”.⁵ Igualmente, lembramos que previsão em sentido da participação de particulares nos convênios administrativos podem ser encontradas no § 1º, do art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, como também no § 1º, incisos III, IV e V, do art. 1º, Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional.⁶

De outra forma, constatamos a existência de restrições no que se refere à realização de Convênios e similares com pessoas físicas, na medida que temos, por exemplo, no § 1º do art. 199, da Carta Magna, como possíveis partícipes de forma complementar do Sistema Único de Saúde as “instituições privadas”, numa redação que indica, na hipótese, obstáculos para a realização dos ajustes mencionados com

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª edição. Op. cit., p. 388.

⁵ MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo** – Vol. 2. São Paulo: Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR, junho-1996, pp. 69-89, p. 72.

⁶ A viabilidade de que pessoas de direito privado participem de Convênios Administrativos, como convenientes, intervenientes ou executores, encontra previsão também no artigo 2º, incisos IV, V e VI, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de março de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estrado do Rio Grande do Sul.

peças físicas. No sentido apontado, verificamos que se menciona, no § 1º, do art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, o plano de trabalho proposto pela “organização interessada”, apesar da mesma Lei admitir a hipótese de se contratar com pessoa física, na órbita dos denominados Contratos Administrativos.⁷ Igualmente, no rumo indicado, percebemos que, no § 1º, incisos III, IV e V, do art. 1º, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, se fala da possibilidade de “organização particular” ser conveniente, interveniente e executor.⁸

Pensamos que, apesar de alguns inconvenientes inegáveis da Administração Pública celebrar convênio e seus congêneres com pessoas físicas, não deveria a mencionada possibilidade de ajuste ser excluída a priori na estipulação constitucional, infraconstitucional e administrativa. Ainda, entendemos que somente à luz das situações concretas podemos verificar embaraços graves e/ou dificuldades intransponíveis das mesmas colaborarem no sentido da afirmação do interesse público e social e participarem de ações visando resultado comum com o citado direcionamento. Em razão do trazido até aqui não concordamos com as ponderações de Pedro Durão sobre o tema, tanto no sentido que o mesmo considera “não haver qualquer restrição à feitura de convênio de cooperação com pessoa física”, quando elas no geral existem ou podem existir no âmbito das normas e regramentos, como também no que diz respeito ao entendimento do mesmo de

⁷ Admite-se a possibilidade da Administração Pública contratar com pessoa física, por exemplo, no artigo 28, da Lei Federal nº 8.666/93.

Leia-se sobre o tema:

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª. edição. São Paulo: Dialética, 2002, p. 301. 671 p.;

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**: Comentários à Nova Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. 4ª. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 200. 550 p.;

CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 199. 485 p.

⁸ Verificamos que o artigo 2º, incisos IV, V e VI, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de março de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estrado do Rio Grande do Sul, também estipula que podem participar dos Convênios Administrativos, como convenientes, intervenientes ou executores, “as pessoas jurídicas de direito privado”.

que é “embaraçosa sua consecução, diante do interesse público que deve nortear os ajustes administrativos para atribuí-lo a um único ser humano”.⁹

Destacamos, somente para exemplificar, que no fomento a atividade científica, tecnológica e de ensino existem concretamente ajustes de natureza convencional, geralmente simplificados, efetuados por instituições vinculadas à Administração Pública federal e de vários Estados da Federação com pessoas físicas. Podemos constatar que nos referidos ajustes participam, de um lado, as entidades vinculadas à Administração Pública, e, de outro, como beneficiários e responsáveis pela administração dos recursos, pessoas físicas (especialmente professores e pesquisadores), onde ocorre geralmente a participação e intervenção, com variados graus de comprometimento e responsabilidade, das instituições a que se vinculam às mencionados pessoas físicas.¹⁰

Por todas as razões expostas, defendemos a posição de amplitude expressa pela ampla maioria da doutrina nacional.

Igualmente, salientamos que, no âmbito dos Municípios, a possibilidade e até necessidade das pessoas e entidades da Administração Pública efetuarem Convênios e congêneres envolvendo também pessoas físicas, certamente será maior do que no âmbito da União e dos Estados da Federação.

Adverte Toshio Mukai que “os convênios devem ser celebrados por entidades públicas dotadas de personalidade jurídica”, em decorrência do que “não

⁹ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 110. 244 p.

¹⁰ As mencionadas situações foram constatadas, em materiais das entidades de fomento à ciência, tecnologia e ensino, colhidos no ano de 2004, muitos dos quais encontrados nos sites, dentre outros, do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ (www.cnpq.br), da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (www.capes.gov.br), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP (www.fapesp.br), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (www.fapergs.rs.gov.br), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro – FAPERJ (www.faperj.br), da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (www.fapemig.br), da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná (www.pr.gov.br/fundacaõaraucária/), dentre outras.

podem ser firmados por simples órgãos desprovidos de personalidade jurídica (secretarias e ministérios, por exemplo)".¹¹

Diogenes Gasparini entende que "é nulo convênio celebrado por órgãos do convenente, como são os Ministérios, no âmbito Federal, e as Secretarias, no estadual, distrital ou municipal".¹²

De outro lado, registramos que com muita frequência ocorre de a União, os Estados ou os Municípios celebrarem Convênios através de seus Ministérios e Secretarias, com o que entendemos uma adequada cobertura legal.

Edite Mesquita Hupsel, tratando dos partícipes dos convênios, salienta não ser a natureza jurídica e objetivos institucionais das pessoas ou entidades que pactuam com o Poder Público fator suficiente para esclarecer a necessidade de utilizar o Contrato ou o Convênio da Administração Pública, na medida que os interesses e objetivos devem ser esclarecidos no exame concreto do pacto proposto, como também verificando nos mesmos notadamente a existência de lucro ou preço para o que ajuste com a Administração, seja como convenente, interveniente e/ou executor institucional.

Leciona Hupsel que:

Esta espécie de ajuste é utilizada, na grande maioria das vezes, para pactuar obrigações entre entidades públicas entre si; entre entidades públicas e privadas e pessoas jurídicas privadas de natureza assistencial, sem fins lucrativos. Este fato não afasta, porém, a possibilidade de pactuação de um convênio entre uma entidade pública e uma entidade de natureza privada, de fins mercantis, e que tem o lucro como sua própria razão de existir.

É exatamente desta constatação que se pode chegar a diferenciar, nitidamente, o convênio do contrato administrativo. Se as partes convenientes e suas finalidades intrínsecas – defesa do interesse público, proteção assistencial filantrópica ou objetivo de lucro – não são o bastante para firmar esta distinção, são os interesses buscados no próprio acordo pela outra parte – que não o Poder Público – que vai determinar a utilização do convênio ou do contrato, com as exigências e peculiaridades de cada um deles.

¹¹ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 397.

¹² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 9ª. edição. Op. cit., p. 399.

O objetivo de lucro da outra parte afasta a utilização do convênio. Se existe um preço a ser pago como contraprestação pelos serviços prestados ao Poder Público, estamos diante de um contrato. (...)

O repasse de verbas para o outro conveniente há de se destinar a cobrir despesas por este realizadas na execução do convênio, indenizando custos operacionais e propiciando a própria execução do ajuste. Nunca ter a natureza de pagamento pelos serviços prestados, pelas obras executadas ou pelos bens fornecidos. Se existe pagamento, de contrato se trata.

(...)

Se de um lado do convênio há que estar uma entidade pública ou integrante da Administração Pública, do outro qualquer pessoa jurídica, mesmo uma entidade empresarial, pode ser encontrada, desde que, naquele momento, tenha se despedido de seu objetivo de lucro e esteja buscando auxiliar na consecução de fins públicos.

(...)

Observe-se, porém, que não é o fato da entidade conveniente não possuir fins lucrativos que afasta a celebração de contrato, porque muitas instituições sem esta finalidade cobram remuneração pelos serviços que prestam ou pelos produtos que vendem, (...). E quando assim agem devem estar amparados pelo contrato, nunca por convênio.

Lembre-se, inclusive, que prevê a lei 8.666/93 a dispensa de licitação para a contratação de instituição brasileira de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, de instituição dedicada à recuperação do preso e de associação de portadores de deficiência física (art. 24, incisos XIII e XX). Todas elas sem finalidade lucrativa, mas que recebem pagamento por serviços prestados, não simples repasse de verba para cobrir custos operacionais do ajuste.¹³

Os pertinentes exames de Edite Mesquita Hupsel, trabalhando com a idéia de não ser a natureza jurídica e objetivos institucionais das pessoas ou entidades que ajustam com a Administração Pública fator suficiente para esclarecer a necessidade de utilizar o Contrato ou o Convênio da Administração Pública, enfrentam algumas incompreensões trazidas também pelo artigo 2º, da Lei Federal nº 8.666/93. Destacando-se que as mencionadas incompreensões são contraditadas por outros dispositivos da própria Lei Federal nº 8.666, e, ainda, por princípios,

¹³ HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, v. 25. Salvador: Procuradoria Geral do Estado, Serviço de Documentação e Divulgação, 1999, pp. 35-44, pp. 35, 36, 37 e 40. 445 p.

normas estritas e valores presentes no ordenamento jurídico nacional, inclusive na órbita constitucional.

Iniciamos por lembrar que os elementos que compõem a conceituação de Contrato da Administração Pública, efetuada no artigo 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, causam uma série de dúvidas e dificuldades, que geram a necessidade, em face sobretudo do tema aqui tratado, de alguns exames e advertências. O mesmo parágrafo único preceitua que “para fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Consideramos que a formulação “ajuste entre órgãos e entidades da Administração Pública e particulares”, tem, no mínimo, algumas impropriedades que se sobressaem.

Existe no dispositivo o uso inadequado do termo “órgão” ao invés de pessoa, na medida em que o contrato, como assinala Carlos Ari Sundfeld, “não é travado entre órgãos da Administração e terceiros, já que aqueles não têm personalidade jurídica”.¹⁴

Ocorre, ainda, a incorreta utilização do termo “particular”, tendo em vista que o mesmo é compreendido correntemente no sentido “de privado ou de individual”¹⁵ ou, ainda, de “pessoa natural ou jurídica de direito privado”¹⁶, o que pode gerar sobretudo entendimentos de que a Administração Pública está impossibilitada de contratar com outras pessoas e entidades da Administração Pública.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 215. 311 p.

¹⁵ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 1.008. 1.519 p.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – Volume 3 – J-P**. 2ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 599. 1.029 p.

Carlos Ari Sundfeld destaca que “nem sempre os contratos administrativos são travados com particulares; há contratos entre o Estado e autarquias ou empresas estatais, e estas certamente não são particulares”.¹⁷

Igualmente, poderia se supor erroneamente que não seria plausível a existência de Contratos da Administração Pública quando se encontrarem nos dois pólos da relação jurídica pessoas ou entidades da Administração Pública, do que decorreria que nos mencionados ajustes temos obrigatoriamente Convênios e congêneres. Lembramos que pode ser entendido no mesmo sentido a opinião de Jessé Torres Pereira Junior, quando o mesmo diz que “sendo ambos os pólos da relação ocupados por pessoas administrativas, de contrato não se cuidará, mas de convênio ou consórcio administrativo”.¹⁸

Constatamos, a partir do exame do conjunto dos dispositivos presentes na Lei Federal nº 8.666/93, que a mesma legislação autoriza a existência de ajustes de natureza contratual com pessoas e entidade da Administração Pública e também com entidades que não tenham fins lucrativos. Temos, na Lei Federal nº 8.666/93, por exemplo, a previsão legal: de alienação para pessoas e entidades da Administração Pública, quais sejam, da administração direta, autárquicas, fundacionais e paraestatais (art. 17); alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis, para programas habitacionais de interesse social (art. 17, inciso I, letra “f”); doação de bens móveis para fins de interesse social (art. 17, inciso II, letra “a”); dispensa de licitação para a aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por pessoa ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência da Lei (art. 24, inciso VIII); dispensa de licitação para a contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso (art. 24, inciso XIII); dispensa de licitação para a impressão de diários oficiais, de formulários padronizados e de edições técnicas

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. Op.cit., p. 215.

¹⁸ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**: Lei nº 8.666/93, com a Redação da Lei nº 8.883/94. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 25-26. 980 p.

oficiais e, ainda, para a prestação de serviços de informática, por pessoa ou entidade da Administração Pública, criados para esse fim específico (art. 24, inciso XVI); dispensa de licitação para a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra (art. 24, inciso XX); dispensa de licitação na contratação de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado (art. 24, inciso XXII); dispensa de licitação na contratação de empresa pública ou sociedade de economia mista, com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços (art. 24, inciso XXIII); dispensa de licitação para a celebração de contrato de prestação de serviços com as organizações sociais, para atividades contempladas no contrato de gestão (art. 24, inciso XXIV).

Igualmente, pensamos que a enunciação legal, presente no art. 2º, da Lei Federal nº 8.666, “acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas” tem se demonstrado inadequado para definir, tanto o conceito de contrato, como o de contrato administrativo, como demonstraremos de forma ampla e detalhada ao longo do presente trabalho.

Pensamos, de um lado, que a formulação “acordo de vontade para a formação de vínculo” se nutre da idéia do Convênio da Administração Pública como pacto de cooperação que se caracteriza notadamente pela inexistência ou precariedade de vínculos jurídicos, obrigacionais e/ou contratuais, pela inexistência ou precariedade no estabelecimento de direitos, deveres, obrigações e pretensões e, quando couber, da responsabilização, sanções e penalizações.

Entendemos que o enunciado “obrigações recíprocas” não consegue abranger a totalidade do fenômeno contratual, embora, possa dizer alguma coisa para os contratos bilaterais, onerosos e/ou comutativos. Consideramos também que o noção referida, como procuraremos comprovar no nosso estudo, não encontra respaldo na melhor e mais qualificada tradição existente na doutrina e no ordenamento jurídico nacional, como também na doutrina e em codificações estrangeiras, que de forma quase unânime constatam que nem todos os contratos são bilaterais, onerosos e/ou comutativos.

Igualmente, a Carta Constitucional brasileira, no art. 150, § 3º, verifica, no âmbito da Administração Pública, a ocorrência da exploração de atividades econômicas regidas por normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou vinculadas a situações em que ocorre a contraprestação ou pagamento de preços

ou tarifas, onde surge, como regra, o Contrato e onde se dará, em princípio, o afastamento do Convênio.

Outrossim, destacamos que mesmo a relação jurídica entre pessoas e/ou entidades da Administração Pública que não explorem atividades econômicas regidas por normas aplicáveis a empreendimentos privados, podem ocorrer situações que afastam o Convênio, como é caso de situações em que esteja presente o superávit (além do custo e do preço de custo) e/ou a remuneração.

Entendemos problemáticos entendimentos de que, em princípio, o particular não atua com um fim público ou social e de que na Administração Pública temos, em regra, a busca do interesse público e social.

Consideramos que os raciocínios acima anotados se revelam apriorísticos e reducionistas, quando o adequado é o exame da vida em sua complexidade e em seu desenvolvimento, a partir das situações concretas.

No sentido apontado, gostaríamos de registrar em relação ao tema que o jurista espanhol José Maria Rodríguez da Santiago, traz interessantes exames do jurista alemão Willibalt Apelt, onde o último, referindo-se às relações entre as corporações vinculadas aos órgãos de governo, anota que:

“(...) dizer que tais relações entre corporações não necessitam de nenhum caráter vinculante, pelo fato de não se tratarem de particulares egoístas, e de que entre elas tudo se pode regular amigavelmente, é de um otimismo que carece de justificação e não resiste a realidade”.¹⁹ ²⁰

Julgamos que no exame de cada ajuste se deve priorizar a verificação, ao invés dos interesses, objetivos e resultados pretendidos pelos partícipes, notadamente a existência ou ausência dos elementos cooperação, colaboração, coordenação parceria, auxílio e/ou ajuda, e, ainda, lucro, preço e/ou remuneração. Pensamos que é o exame a partir do segundo parâmetro que tornará possível dizer, com um grau de segurança razoável, se estamos diante de um Contrato ou de um Convênio da Administração Pública.

¹⁹ APELT, Willibalt. **Der verwaltungsrechtliche Vertrag**. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht. Leipzig, 1920, pp. 211-212.

²⁰ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 46. 434 p.

10.2. DA POSSIBILIDADE DE CRIAR ORGANIZAÇÃO PARA A GESTÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Constatamos que as opiniões sobre a possibilidade, ou não, de se criar organização para a gestão dos Convênios da Administração Pública são muito diversificadas. A celeuma em relação ao assunto na doutrina nacional é significativa.

Hely Lopes Meirelles diz que “os convênios, entre nós, não adquirem personalidade jurídica, permanecendo como simples aquiescência dos partícipes para a prossecução de objetivos comuns, (...) uma cooperação associativa, livre de vínculos contratuais”.²¹ Verifica o administrativista que “execução dos convênios tem ficado, comumente, a cargo de uma das entidades participantes, ou de comissão diretora”, permanecendo “despersonalizado e sem órgão diretivo adequado”.²² Entende que “essa instabilidade institucional, aliada à precariedade de sua administração, vem criando dificuldades insuperáveis para sua operatividade”.²³

Recomenda o Hely Lopes Meirelles, ainda, a “organização de uma entidade civil ou comercial com a finalidade específica de dar execução aos termos do convênio, a qual receberá e aplicará seus recursos nos fins estatutários, realizando diretamente as obras e serviços desejados pelos partícipes ou contratando-os com terceiros”, também pelo fato do mesmo considerar, que “assim, o convênio manter-se-á como simples pacto de colaboração, mas disporá de uma pessoa jurídica que lhe dará execução, exercendo direitos e contraindo obrigações em nome próprio e oferecendo garantias peculiares de uma empresa”.

Entende Marcos Juruena Villela Souto que

Não surge, com o convênio, uma nova pessoa jurídica, conservando os partícipes sua identidade e personalidade, ainda que unidos num objetivo comum. Nada impede, porém, a nomeação de um terceiro ou a criação de uma entidade para funcionar como órgão gestor do convênio, dando-lhe, assim, maior flexibilidade na aplicação dos bens e recursos; pode, pois, ser

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29^a. edição. Op. cit., p. 387.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29^a. edição. Op. cit., p. 388.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29^a. edição. Op. cit., pp. 387-388.

contratado um particular, ou ser criada uma empresa, ou mesmo uma associação civil com a finalidade e prazo adstritos ao objeto do convênio ou do acordo-programa. O mais comum, no entanto, é dar execução ao convênio através de sucessivos contratos, até mesmo entre os partícipes (...), cumprindo cada etapa do programa.²⁴

Leon Fredja Szklarowsky pensa que:

Os convênios não são dotados de personalidade jurídica, porque dependentes da vontade de cada um, tendo em vista a execução de objetivos comuns. É uma cooperação associativa, sem vínculos contratuais, entre órgãos e entidades da Administração ou entre estes e o particular.

Alguns autores admitem que o convênio poderá, de preferência, valer-se de um órgão de execução comum, que poderá até ter personalidade de direito privado ou público.²⁵

Toshio Mukai, examinando o tema, considera que no nosso meio os convênios são desprovidos de personalidade jurídica e de órgão diretivo, ao contrário do que acontece em outros países, como também entende adequada a prática vigente no Brasil. O autor se pronuncia, como segue:

Os convênios não formam associações cooperativas; são desprovidos de personalidade jurídica (ao contrário do que acontece em outros países), de órgão diretivo. Em geral, seus objetivos são levados à prática pelos próprios partícipes, que costumam nomear uma espécie de comissão diretora. A comissão executiva atuará sempre em nome dos partícipes, pois não tem o convênio personalidade jurídica própria.

No entanto, alguns doutrinadores acenam para a possibilidade da criação de uma pessoa jurídica para dar execução ao convênio, para geri-lo. Talvez inspirados e confundidos pelos modelos estrangeiros que atribuem personalidade jurídica aos convênios.

²⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões** – Concessões, Terceirizações, Convênios, Consórcios, Acordos e Outras Formas de Gestão Associada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 437. 527 p.

²⁵ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). S/Local: Âmbito Jurídico, set/1998, p. 01. 06 p. Encontrado em: <http://ambito-juridico.com.br/aj/da0005.html>. Acesso em 23 de julho de 2003, O mesmo artigo poderá também ser encontrado: In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi: a. 1, n. 20, out.1997. 07 p. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2005.

Esse entender, com o devido respeito, é equivocado. Tal possibilidade traria inúmeras dificuldades diante da precariedade do convênio. Desaparecido o convênio, que fim teria a pessoa jurídica?

Seja como for, o que não é possível, de forma alguma, é que essa pessoa jurídica assuma a execução do convênio, pois assim estaríamos diante de uma burla à figura do contrato administrativo e conseqüentemente ao processo licitatório.²⁶

Pensa Diógenes Gasparini que:

O convênio, dada sua índole, não adquire personalidade jurídica. De sorte que não pode ser tido como pessoa. Não lhe cabe, pois, por exemplo, comprar e vender, ser locador ou locatário, ser empregador, contratar ou distratar, abrir e manter conta bancária, ter inscrição estadual, municipal ou federal (...), doar ou receber doação, conveniar, ou, em suma, assumir obrigações e desfrutar de direitos, já que tais poderes são próprios de pessoas físicas ou jurídicas. Além disso, não se pode pretender que o convênio tenha estrutura organizacional e administração empresarial. Essas preocupações não se compatibilizam com sua natureza e instabilidade institucional. A execução do convênio, por todas essas razões, fica sob a responsabilidade dos partícipes ou de uma comissão executiva, que atuará nos termos e condições do convênio, mas sempre em nome dos partícipes. Seus atos e comportamentos, portanto, são imputados ao partícipe, que, segundo o ajuste, os assumirá, responsabilizando-se pelos ônus correspondentes.(...)

De sorte que se atribuir personalidade jurídica não se terá mais convênio; estará descaracterizado como tal. (...) Se o que se pretende é uma empresa, deve-se criá-la e assumi-la como tal. Esses inconvenientes têm levado os autores a aconselhar a criação de uma sociedade civil, comercial ou industrial, com o fim precípua de executar o convênio em todos os termos e condições fixados pelos partícipes. Então, mantém o convênio como simples pacto de cooperação, ao lado de uma pessoa jurídica que lhe dará execução, exercendo direitos e contraindo obrigações em nome próprio. Não nos parece, contudo adequado o conselho. De fato, a manutenção de ambos os organismos, sem dúvida, trará inúmeras dificuldades e conflitos de toda ordem. (...)²⁷

²⁶ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 400.

²⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9ª. edição, revista e atualizada. Op. cit., pp. 400-401.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando aborda o tema consórcio administrativo, registra que “nem o convênio nem o consórcio se constituem como pessoa jurídica; trata-se de acordo de vontades para a consecução de fins comuns”²⁸. A mesma autora anota que “quanto a criar uma sociedade, civil ou comercial, com o fim específico de administrar o consórcio, não há fundamento legal no direito brasileiro, se essa entidade for privada”.²⁹

Temos, em sentido contrário, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que considera, quando trata das características do ato administrativo complexo, que “a personalização é característica que assoma sempre que exista o interesse e a possibilidade de instituir-se um novo ente para executar o que objetiva o ato administrativo complexo”, como também define a mencionada característica como “o poder de institucionalizar uma pessoa jurídica, com personalidade, patrimônio, direção e propósitos específicos”.³⁰

As opiniões demonstram, como se pode constatar pelas opiniões enumeradas, uma considerável variedade de cores e tons. Existe, porém, uma parcela ponderável da doutrina brasileira que entende que não se deve admitir a criação de organização para a gestão do Convênio.

O tema tende a ganhar destaque, nos dias atuais, na doutrina brasileira.

A tendência à mencionada atribuição de relevância se deve, de um lado, a intensificação do exame das experiências internacionais em relação à questão da criação de organizações para a gestão dos Convênios, recolhendo ensinamentos e experiências procedentes de muitos países.

Verificamos, somente para exemplificar, na Espanha, que legislação recente propicia o estabelecimento de organizações para a gestão dos Convênios de Colaboração.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17^a. edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 297. 751 p.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17^a. edição. Op.cit., p. 297.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição, totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 189. 683 p.

José Luis Ávila Orive anota que a reforma trazida pela Lei nº 04/1999, de 13 de janeiro, que muda o art. 6º, da Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum - LRJPAC abre a possibilidade de “criação de organizações comuns das Administrações Públicas que subscrevem um convênio de colaboração, quando fossem necessárias para a gestão do mesmo”.³¹

O mencionado art. 6, da Lei nº 30/1992, com a redação que lhe fornece a Lei nº 04/1999, que trata do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum da Espanha, estipula que é necessário que o instrumento de formalização do Convênio especifique sobre a necessidade ou não de estabelecer uma organização para a sua gestão (art. 6, item 2, letra “e”), como também diz que na hipótese de que seja necessária, para a gestão do Convênio, uma organização comum, ela poderá adotar a forma de consórcio dotado de personalidade jurídica ou sociedade mercantil (art. 5, item 5).³²

No Brasil, a controvérsia relativa à possibilidade de se criar organização comum para gerir os Convênios da Administração, ganha novo patamar de destaque, também, devido ao fato de que a recente Lei Federal nº 11.107/05, que

³¹ ORIVE, José Luis Ávila. **Los Convenios de Colaboración Excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**. Madrid: Civitas, 2002, p. 103. 226 p.

Temos, no texto que traduzimos, o que segue:

“(…) deternernos brevemente en algún aspecto de la reforma que produjo la Ley 4/1999, de 13 de enero, en el artículo 6 LRJPAC, como es lo relativo a la creación de organizaciones comunes de las Administraciones públicas que suscribieran un convenio de colaboración, cuando fuesen necesarias para la gestión del mismo”.

³² Temos, no art. 6, dos Convênios de Colaboração, da Ley 30/92, de 26 de noviembre, com a redação que lhe foi dada pela Ley 4/99, de 13 de enero, Do Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (consultando norma atualizada até 01 de dezembro de 2003, retirada do site www.igsap.map.es), como segue:

“Artículo 6. Convenios de Colaboración. (...)

2. Los instrumentos de formalización de los Convenios deberán especificar, cuando así proceda: (...)

e) La necesidad o no de establecer una organización para su gestión.

(...)

5. Cuando la gestión del Convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio de personalidad jurídica o sociedad mercantil. (...).”

regula os Consórcios Públicos, ter definido, no art. 1º, § 1º, que a mesma constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

Destacamos que a proposta legislativa de criação dos Consórcios Públicos, que propiciou o advento da mesma legislação foi procedida de intenso debate, sobretudo a partir de Parecer sobre os Consórcios Públicos, do jurista Miguel Reale³³ sobre, dentre outros temas, a possibilidade: a) do consórcio assumir personalidade jurídica; b) da União interferir, com a mesma norma, nas competências privativas dos Estados e Municípios; c) dos consórcios se elevarem à condição de verdadeiros entes da Federação, intervindo e interferindo na vida dos Estados e Municípios; d) de delegação indevida de competência.

Os temas mencionados e outros, antes do advento da Lei nº 11.107/05, mereceram intervenção, por exemplo, de Marçal Justen Filho³⁴, Dalmo Abreu Dallari³⁵, Damião Alves Azevedo³⁶, Cleber Demetrio Oliveira da Silva³⁷ e Floriano de Azevedo Marques Neto³⁸. Já, no período posterior, temos os exames, dentre outros,

³³ REALE, Miguel. Parecer sobre Consórcios Públicos. In: **Miguel Reale** (Internet). São Paulo: s/d. 06 p. Disponível em www.miguelreale.com.br/parecer.htm, em 14/12/2005.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer Elaborado sobre Proposta Legislativa de Criação de Consórcios Públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 3 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho, agosto e setembro de 2005. 27 p. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 12/12/2005.

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer sobre Projeto de Lei nº 3884/2004, relativo aos Consórcios Públicos. In: **Presidência da República** (Internet). Brasília: Presidência da República, 2005. 35 p. Disponível em www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerDalmoAbreuDallari.pdf, em 18/12/2005.

³⁶ AZEVEDO, Damião Alves de. A Natureza Jurídica das Associações de Municípios e dos Consórcios Intermunicipais. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 238. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez.2004, pp. 375-384. 481 p.

³⁷ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira. A Regulamentação dos Consórcios Públicos à Luz do Projeto de Lei nº 3.884/2004. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: a. 9, n. 654, 22/04/2005. 21 p. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6614>. Acesso em: 24/04/2005.

³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios Públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho, agosto e setembro de 2005. 53 p. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 12/12/2005.

de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁹, Alice Gonzalez Borges⁴⁰, Cleber Demetrio Oliveira da Silva⁴¹, Marcos Pinto Correia Gomes⁴², Francisco de Salles Almeida Mafra Filho⁴³ e Odete Medauar⁴⁴

Damião Alves de Azevedo considera equivocada a constituição de “consórcios intermunicipais sob a forma de pessoas jurídicas, tendo em vista que o consórcio administrativo constitui um acordo de vontades e não forma de pessoa jurídica”.⁴⁵

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Consórcio Público na Lei nº 11.107, de 06.04.2005. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Bahia, julho/agosto/setembro-2005. 14 p. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/12/2005.

⁴⁰ BORGES, Alice Gonzáles. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**, nº 32. Porto Alegre: Notadez Informação, ano 7, julho/agosto de 2005, pp. 227-248, p. 230. Ainda, o artigo pode ser encontrado, na: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Bahia, julho/agosto/setembro-2005, p. 04. 25 p. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/12/2005.

⁴¹ SILVA, Cleber Demetrio Oliveira. Lei nº 11.107/05: Marco Regulatório dos Consórcios Públicos Brasileiros. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: a. 9, n. 705, 10/06/2005. 32 p. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6872>. Acesso em: 11/06/2005.

⁴² GOMES, Marcos Pinto Correia. Os Consórcios Públicos na Lei nº 11.107/05. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina, a. 9, n. 752, 26/07/2005. 14 p. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=7062>. Acesso em: 31/07/2005.

⁴³ MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Consórcios Públicos: Comentários ao Art. 1º da Lei nº 11.107/2005. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina, a. 9, n. 694, 30/05/2005. 12 p. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6801>. Acesso em: 31/07/2005. Também: Consórcios Públicos: Comentários ao Art. 2º da Lei nº 11.107/2005. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina, a. 9, n. 694, 30/05/2005. 18 p. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6802>. Acesso em: 31/07/2005.

⁴⁴ MEDAUAR, Odete.; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos: Comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo: Editora RT, 2006. 174 p.

⁴⁵ AZEVEDO, Damião Alves de. A Natureza Jurídica das Associações de Municípios e dos Convênios Intermunicipais. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 238. Op. cit., p. 375.

Registra Alice Gonzales Borges, no que diz respeito á atribuição de uma personalidade jurídica ao consórcio, que, “doutrinariamente, sempre se entendeu entre nós que o consórcio não tem personalidade jurídica própria, mas isto tem limitado, em muito, sua liberdade de ação e o êxito de seus objetivos”⁴⁶, ao mesmo tempo que constata que “tal concepção é diferente, por exemplo, da experiência italiana, em que os consórcios administrativos entre províncias ou entre comunas têm personalidade jurídica própria, atribuída por lei”.^{47 48} A autora anota que sempre lhe pareceu mais adequada “a proposta de Diogo Figueiredo Moreira Neto, no sentido de estruturar-se, para execução dos objetivos do consórcio, uma autarquia ou entidade paraestatal”.⁴⁹

Diogo de Figueiredo, tratando da integração administrativa, no âmbito do federalismo brasileiro, em alguma medida antecipava o que agora se consolida legislativamente, quando dizia que:

Os pactos de coordenação de atividades entre entes públicos poderão, sob autorização legislativa específica outorgada pelas partes, instituir órgãos

⁴⁶ BORGES, Alice Gonzáles. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**, nº 32. Op. cit., p. 230.

Ainda, o artigo pode ser encontrado, na: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Op. cit., p. 04.

⁴⁷ BORGES, Alice Gonzáles. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**, nº 32. Op. cit., p. 230.

Ainda, o artigo pode ser encontrado, na: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Op. cit., p. 04.

⁴⁸ STANCANELLI, Giuseppe. Consorzi Stradali. In: **Nuovo Digesto Italiano**. pp. 285-290.

Ainda, destacamos, do mesmo autor, a obra: **Los Consórcios en el Derecho Administrativo**. Trad. de Enrique Ximénez de Sandoval. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1972.

⁴⁹ BORGES, Alice Gonzáles. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**, nº 32. Op. cit., p. 231.

Ainda, o artigo pode ser encontrado, na: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Op. cit., p. 05.

personalizados para a execução de atividades comuns, sob a forma de autarquia, de paraestatais ou delegá-las a entidades privadas.⁵⁰

O mencionado administrativista, ao examinar o Consórcio, no âmbito dos atos administrativos complexos em espécie, apontava para o que entendia como êxito das experiências europeias de personalização dos consórcios. O autor dizia que:

(...) Em vários países da Europa, notadamente nos que instituíram entidades autônomas para a administração de competência comum, os consórcios têm florescido e encontrado êxito. Infelizmente, talvez por falta de maiores incentivos, a modalidade não tem tido o desenvolvimento que mereceria (...).

Tampouco, as experiências até hoje desenvolvidas em nível municipal têm produzido os efeitos que seriam de se esperar, quiçá em razão da debilidade política da administração consorcial, da desconfiança dos prefeitos e, até mesmo, por serem raramente personalizadas, (...).⁵¹

Julgamos que é desaconselhável que se busquem alternativas de âmbito legal e/ou administrativo como panacéia, na esperança de encontrar nas mesmas remédios para vários ou todos os males. Já destacamos que qualquer exame, mesmo que breve, inclusive das experiências internacionais melhores sucedidas, no que diz respeito à criação de entidades para gerir os Convênios provocam acessos debates, que revelam uma enorme variedade de entendimentos, significados e exemplos concretos, com qualidades e defeitos, como será possível verificar nos estudos, dentre outros, de Vital Moreira⁵² e José María Rodríguez de Santiago⁵³. Entendemos que tais experiências devem, de um lado, nos desafiar, e, de outro lado, sugerem a necessidade de muito estudo e reflexão.

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Op. cit., p. 38.

⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a. edição. Op. cit., pp. 189-190.

⁵² MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 255-569. 617 p.

⁵³ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Op. cit., pp.301-333.

Pensamos que, no âmbito dos Convênios da Administração Pública, as soluções devem ser flexíveis, respeitando a autonomia e as escolhas dos partícipes e das comunidades envolvidas, pelo que consideramos serem possíveis as mais variadas soluções. Julgamos que se deve ter em conta que os mesmos instrumentos são utilizados para os mais variados objetos, finalidades, envolvendo partícipes, situações e valores de diferentes dimensões. Entendemos passível de aceitação inclusive uma regulação similar a atualmente vigente na Espanha.

Entendemos que o decisivo, para além do examinado, é trabalharmos principalmente para que nos convênios e consórcios não se permita à burla aos princípios e normas de direito público, a fuga ao controle da Administração, do Parlamento, dos mecanismos de controle interno e dos Tribunais de Contas, como também pensamos necessário que se amplie, como sugere, dentre outros, Alice Gonzalez Borges, “o controle participativo das comunidades interessadas”.⁵⁴

10.3. DA LICITAÇÃO E DOS PROCEDIMENTOS ASSEMELHADOS NOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pensamos que é de máxima relevância discutir sobre a questão da Licitação e dos Procedimentos assemelhados nos Convênios da Administração Pública. O debate sobre a necessidade de Licitação e Procedimentos assemelhados no âmbito dos Convênios da Administração Pública têm recebido respostas variadas na doutrina, na prática administrativa e nas decisões judiciais.

A importância do tema decorre, dentre outros motivos, do constatado, por exemplo, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que em publicação que trata dos repasses públicos para o Terceiro Setor, quando se refere aos Convênios, chega a dizer que os mesmos, apesar da Lei Federal nº 8.666/93, são utilizados, na maioria dos casos, para contratar sem procedimento licitatório, agredindo os princípios da isonomia, da equidade, da impessoalidade, da transparência e da publicidade. Na mencionada publicação pode ser lido que:

⁵⁴ BORGES, Alice Gonzáles. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**, nº 32. Op. cit., p. 231.

Ainda, o artigo pode ser encontrado, na: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Op. cit., p. 05.

Em que pesem as disposições da Lei 8.666/93, a prática revela que os convênios, em sua maioria, estão sendo utilizados para contratar serviços sem processo licitatório junto ao setor privado e sem que se atente às regras de transparência, tratamento equânime junto aos interessados e aos princípios constitucionais de impessoalidade e publicidade.⁵⁵

Julgamos necessário, num primeiro momento, enunciar as variadas opiniões existentes sobre o tema. No exame sumário dos citados pontos de vista, pudemos verificar que as concepções e opiniões que fundamentam boa parte das análises aqui trazidas já foram desconstituídas e afastadas ao longo do presente trabalho.

Pretendemos, num segundo momento, nos posicionar sobre os elementos fundamentais dos mesmos pontos de vista e também sobre um conjunto de questões que nos parecem cruciais, notadamente em relação ao tema Licitações ou procedimentos assemelhados nos Convênios da Administração Pública.

Constatamos que Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando examina a questão da necessidade de licitação nos convênios, entende que “enquanto os contratos abrangidos pela Lei n. 8.666 são necessariamente precedidos de licitação – com as ressalvas legais – no convênio não se cogita de licitação”, pelo fato que considera que “não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de *know-how*”, na medida que “não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição”.⁵⁶

A mencionada jurista destaca que “o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei n. 8.666”, tendo em vista que “no caput é exigida a licitação para obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações,

⁵⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Manual Básico - Repasses Públicos ao Terceiro Setor**. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2004, p. 29. 88 p.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.; RAMOS, Dora Maria de Oliveira.; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos.; e D’AVILA, Vera Lucia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª. edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 347. 386 p.

Temos citação integral do texto presente em **Temas Polêmicos...**, em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 4ª. edição, revista e ampliada São Paulo: Atlas, 2002, pp. 194-195. 395 p.

quando contratadas com terceiros”, e, ainda, “no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a estipulação de obrigações recíprocas a que se refere o dispositivo”.⁵⁷

A mesma administrativista lembra, porém, “que, não obstante a denominação de convênio, ou protocolo de intenções, ou termo de compromisso, ou outra qualquer semelhante, se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, com formação do vínculo contratual, a licitação será necessária”.⁵⁸

Igualmente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro enuncia, como já anotamos, que “o convênio têm em comum com o contrato o fato de ser acordo de vontades”, sendo, porém, um “acordo de vontades com características próprias”.⁵⁹ Entende que “isto resulta da própria Lei nº 8.666, de 1993, quando, no art. 116, caput, determina que suas normas se aplicam aos convênios no que couber”, ao mesmo tempo que considera que “se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos arts. 1º e 2º”.⁶⁰ Declara Toshio Mukai que “quanto a inexigência de licitação, seguimos o pensamento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro”.⁶¹ Ao passo que o mesmo autor anota que “a Lei n. 8.666/93, em seu art. 116, determina a incidência de seus dispositivos, no que couber, aos convênios” e, ainda, defende a restritiva opinião de

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.; RAMOS, Dora Maria de Oliveira.; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos.; e D’AVILA, Vera Lucia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª. edição revista e ampliada. Op. cit., p. 347.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.; RAMOS, Dora Maria de Oliveira.; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos.; e D’AVILA, Vera Lucia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª. edição revista e ampliada. Op. cit., p. 347.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 189.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 4ª. edição, revista e ampliada. Op. cit., p. 189.

⁶¹ . MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., pp. 400-401.

que no seu entender “poucos são os dispositivos referentes aos contratos administrativos aplicáveis, visto que os convênios têm natureza diversa”.⁶²

Jessé Torres Pereira Junior, ao comentar o art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, e da obrigatoriedade da licitação para os acordos de vontade estipulantes de obrigações recíprocas, de que participe a Administração Pública, diz que:

O parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666/93 abriga norma de caráter geral porque cria sujeição ao princípio da legalidade, no que impede a subtração à incidência da lei de acordos de vontade, estipulantes de obrigações recíprocas, de que participe a Administração Pública sob rótulos variados.

O nome que se lhe dê, irrelevante se por ignorância ou má-fé, não desnatura o instituto jurídico. Um contrato celebrado pela Administração não o deixará de ser porque se lhe haja dado o nome de ajuste, acordo, pacto. Qualquer que seja, estará subordinado ao regime da Lei nº 8.666/93.

A regra parece acaciana, mas não é. Já se debateu se acordos firmados pela Administração sob denominação diversa de contrato estariam ou não sujeitos à licitação e às normas especiais de contratação pública. O dispositivo sob foco espanca a dúvida e afasta tergiversações para toda a Administração Pública brasileira. (...)

A norma uniformiza o tratamento legal que se dispensará a qualquer acordo de vontades entre a Administração Pública e particulares. Frise-se que a relação há de ser obrigacional e que em um dos seus pólos deverá estar o particular, porque, não havendo obrigações recíprocas (como no comodato ou no depósito), não haverá objeto suscetível de competição licitatória. A Lei nº 8.666/93 rege acordos de vontade que a Administração celebre com particulares estabelecendo obrigações recíprocas, seja sob o nome de contrato, ajuste, pacto, acordo, convenção ou assemelhado, porque a todos considera contratos; (...)⁶³

Ao mesmo tempo que Jessé Torres Pereira Junior, ao comentar o mesmo art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, entende que “a Lei nº 8.666/93 não rege os convênios e consórcios administrativos, que contratos não são”, em razão do que o art. 116, “traça regime especial para a celebração de convênio, excluída qualquer

⁶² MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 401.

⁶³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**: Lei nº 8.666/93, com a Redação da Lei nº 8.883/94. Op. cit., pp. 24-26.

menção a procedimento licitatório”.⁶⁴ Igualmente, considera que “sendo os pólos da relação ocupados por pessoas administrativas, de contrato não se cuidará, mas de convênio ou consórcio administrativo, tampouco sujeitos a licitação”.⁶⁵

Entende Edite Mesquita Hupsel que não é necessária licitação nos Convenios. A administrativista, sobre o tema, anota o que segue:

A despeito de algumas isoladas opiniões sobre a obrigatoriedade de realização de licitação para a escolha de convenientes pelo Poder Público, sempre que a outra parte for entidade privada e que o resultado e a finalidade do convênio puderem ser alcançados por vários particulares, com ela não nos pomos de acordo.

A preocupação daqueles que assim defendem se baseia, exatamente, no risco da utilização de convênio no lugar de ajuste de natureza contratual, para burlar o princípio da licitação pública.

A possibilidade deste instituto vir a ser distorcidamente utilizado não justifica, porém, este entendimento. Cautelas outras, inclusive a nível de fiscalização pelos Tribunais de Contas, com penalização dos agentes responsáveis, devem ser tomadas para evitar que não se licitem contratos por travesti-lo de convênios.

Convênios propriamente ditos, de interesses cooperativos e nos quais o objetivo de lucro sequer pode ser cogitado, não se coadunam com a idéia de licitação, de disputa, de competitividade. (...).

Se aplicam, no que couber, as disposições da Lei nº 8.666/93 aos convênios, não se aplicam a estes as disposições referentes à licitação, porque não cabem.⁶⁶

Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio Torres, tratando do tema Licitações nos Convênios, considera que “em virtude das características peculiares dos convenientes e dos requisitos específicos dos convênios administrativos, é natural que suas conseqüências também sejam diversas daquelas observada em relação aos contratos administrativos”, e, ainda, considera que “a primeira e mais

⁶⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**: Lei nº 8.666/93, com a Redação da Lei nº 8.883/94. Op. cit., p. 26.

⁶⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**: Lei nº 8.666/93, com a Redação da Lei nº 8.883/94. Op. cit., pp. 25-26.

⁶⁶ HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, vol. 25. Op. cit., pp. 39-40.

importante consequência é a desnecessidade de licitar, mencionada por quase todos os doutrinadores que se dedicam ao tema”.⁶⁷

A autora citada enuncia que “a mútua colaboração e o desejo consensual de satisfazer a um interesse público (...) são argumentos suficientes para que seja afastado o certame, sem que se possa alegar o prejuízo ao princípio da igualdade e à busca da proposta mais vantajosa”, como também a mesma entende que como, nos Convênios, “não há interesse patrimonial em questão, não há que se falar em proposta mais vantajosa”.⁶⁸

Descarta Pedro Durão inclusive as idéias de inexigibilidade e de dispensa de licitação para os Convênios, na medida que considera as mesmas estão completamente obstaculizadas por absoluta inaplicabilidade aos mencionados pactos de cooperação.

Anota o administrativista referido que “a inexigibilidade da licitação está lastreada na impossibilidade de competição, e só poderá haver licitação quando houver competidores ou objeto plausível de certame”, e entende que a idéia da inexigibilidade não está destinada aos convênios na medida “não há sequer objeto plausível de concorrência, pois inexistem interesses cuja dimensão de alcance seja querida pelos competidores”.⁶⁹

⁶⁷ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Torres. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Aracaju: J. Andrade, 2003, pp. 307-331, p. 320.

⁶⁸ TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Torres. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Op. cit., p. 320.

⁶⁹ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Op. cit., p. 92.

Lembra o autor que “enquanto Odete Medauar refere-se à inexigibilidade da licitação, Fernando Santana alude à dispensa”.⁷⁰ Registra que “este último doutrinador faz alusão clara ao dedicar o tratamento de dispensa lastreando seus argumentos no rol exemplificativo que o art. 24 do diploma licitatório encerra”.⁷¹ Enquanto “a primeira doutrinadora verga-se à inexigência, baseando sua defesa na impossibilidade de licitar-se tal proposta”.⁷²

O autor mencionado registra, ainda, que “não se inclina a admitir a idéia de dispensa de licitação”, tendo em vista que a dispensa se funda na idéia de “uma licitação que em regra seria possível e assim não foi por discordância do legislativo”.⁷³

Enuncia Pedro Durão que se alia “o presente trabalho à idéia de que a licitação à admissão de convênios está obstada por ser absolutamente inaplicável aos propósitos que se presta o acordo de cooperação”, e, ainda, define que a idéia da inaplicabilidade significa “uma ausência de licitação por completa inaplicabilidade material aos requisitos e objetivos do certame”⁷⁴, tendo em vista que “os interesses não se contrapõem e seu objetivo precípua são os serviços públicos descentralizados”.⁷⁵

⁷⁰ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 91.

⁷¹ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 91.

⁷² DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 91.

⁷³ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 92.

⁷⁴ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 92.

⁷⁵ DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**: Gestão, Teoria e Prática. Op. cit., p. 142.

Maria Garcia, ao discutir sobre a necessidade de haver licitação nos Convênios, considera que a mesma não é necessária. Enumera como motivos para não ser necessária a licitação, dentre outros, os seguintes:

a) a mesma Lei nº 8.666/93 trata de distinguir entre contrato administrativo, conceituado no parágrafo único do art. 2º (“Para os fins desta Lei considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades de Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades, para a formação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”) e desenvolvido no art. 54 e segs., tratando dos convênios, ajustes e outras modalidades congêneres, especificamente no art. 116, portanto dispositivos próprios que determinam o regime jurídico de cada qual destes institutos;

b) é o que sublinha a Constituição Federal, art. 71, inciso VI, referindo-se a convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, quando trata do controle externo da Administração Pública, a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, ao qual compete fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, por essa forma – a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

(...)

h) por final: tratando-se de acordos de cooperação, ou de colaboração, de unicidade e não de duplicidade, fica afastada a necessidade de licitação, ou concorrência: ou porque a finalidade seja tão específica, direta e determinada que impossibilite a participação de outrem ou porque a participação de outra pessoa não esteja vedada, em razão da finalidade do acordo, que permite outros partícipes no convênio.⁷⁶

Porém, a mesma Maria Garcia salienta que, na “hipótese do art. 116, § 3º, II, quando se refere às contratações, “praticadas na execução do convênio”, entende que “poderá surgir a necessidade de licitação, nos termos das disposições próprias, da Lei nº 8.666/93”.⁷⁷

⁷⁶ GARCIA, Maria (coordenação); MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Maria Walquiria Batista dos.; e TANAKA, Sônia Yuriko. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pp. 231-233. 309 p.

⁷⁷ GARCIA, Maria (coordenação); MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Maria Walquiria Batista dos.; e TANAKA, Sônia Yuriko. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Op. cit., pp. 231-233.

Julga Marcos Juruena Villela Souto que, em princípio, não é “necessária a realização de licitação para a celebração de convênios”.⁷⁸ A razão do mencionado entendimento é que no mesmo ajuste temos “uma cooperação de esforços, de livre adesão, para a consecução de objetivos comuns; os interesses vão na mesma direção”, bem como de que “a existência do interesse comum já impede a competição e singulariza o objeto (algo semelhante à troca)”.⁷⁹

O mencionado jurista entende, porém, que “não pode ocorrer é, através do convênio, atribuir-se à entidade conveniada competências ou contratações do Poder Público que, se ele executasse, exigiriam licitação ou concurso público”, como é o caso de “compras de materiais, a contratação de serviços, alienação de bens e contratação de pessoal indicando os contratados”.⁸⁰ Anota que “no convênio, a Administração busca um parceiro para com ela colaborar e não um executor (este, busca-se no contrato) de suas tarefas (que, num regime de cooperação, permanecem diretamente a cargo da Administração”, e, ainda, registra que “raciocinar o contrário seria admitir a burla ao princípio da licitação”.⁸¹

O autor mencionado destaca que “comumente ocorre é dar-se a denominação de convênio ou consórcio a um ato que é tipicamente um contrato, envolvendo troca de prestações e vontades opostas, ao invés de adição de prestações para atendimento de interesses comuns”, bem como salienta que “é através de pseudos convênios que são feitos pactos transferindo a terceiros a

⁷⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões:** Concessões, Terceirizações, Convênios, Consórcios, Acordos e Outras Formas de Gestão Associada. Op. cit., p. 439.

⁷⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões:** Concessões, Terceirizações, Convênios, Consórcios, Acordos e Outras Formas de Gestão Associada. Op. Cit., p. 439.

⁸⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões:** Concessões, Terceirizações, Convênios, Consórcios, Acordos e Outras Formas de Gestão Associada. Op. cit., p. 439.

⁸¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões:** Concessões, Terceirizações, Convênios, Consórcios, Acordos e Outras Formas de Gestão Associada. Op. cit., p. 439.

obrigação de contratar bens e serviços, burlando a licitação e o concurso público, ou mesmo são feitos contratos sem prévia licitação”.⁸²

Entende Leon Fredja Szklarowsky, quando se reporta à necessidade ou não de licitação para a realização de convênios, que “esta poderá ser dispensada ou declarada inexigível, nas mesmas hipóteses previstas para aos contratos ou outros ajustes”. Anota o jurista que, “assim, não se há de falar em licitação, se se tratar de convênio entre a União e o Estado, por exemplo, para a consecução de determinados objetivos comuns, porque inviável a competição”.⁸³ Registra o administrativista o seu entendimento de que na hipótese de “realização de convênio entre um órgão ou entidade estatal e um ente privado”, tanto a “licitação poderá ser dispensada”, como “declarada inexigível”.⁸⁴ Ressalta ainda o autor que “se várias forem as entidades particulares, que se prestem a consecução dessas atividades, inquestionavelmente, deverá realizar-se a licitação”.⁸⁵ Salieta que “esta é também a opinião de Odete Medauar”, ao mesmo tempo que lembra que “Marcos Juruena

⁸² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões: Concessões, Terceirizações, Convênios, Consórcios, Acordos e Outras Formas de Gestão Associada.** Op. cit., . 440.

⁸³ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). Op. cit., pp. 03-04.
O mesmo artigo poderá também ser encontrado: SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Jus Navegandi** (Internet). Op. cit.

⁸⁴ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). Op. cit., pp. 03-04.
O mesmo artigo poderá também ser encontrado: SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Jus Navegandi** (Internet). Op. cit.

⁸⁵ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). Op. cit., pp. 03-04.
O mesmo artigo poderá também ser encontrado: SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Jus Navegandi** (Internet). Op. cit.

Villela Souto ,(...), ensina que, por ser uma cooperação de esforços de livre adesão, a licitação não se faz necessária”.⁸⁶

Tarso Cabral Violin enuncia que por entender “que realmente convênio e contrato são institutos diversos”, também se posiciona “no sentido que para se firmar convênio não é obrigatória a realização de licitação prévia”.⁸⁷ Concorde o autor, porém, “que existindo mais de um interessado em situação de igualdade, com interesse em firmar convênio com a Administração Pública, não poderá o administrador, sem qualquer motivação, escolher sua entidade preferida”, ao mesmo tempo que considera que “nessa situação, para o melhor atendimento do interesse público e princípios como o da moralidade, isonomia, publicidade, a Administração está vinculada a realizar processo de escolha, com divulgação de intenção de firmar convênio, e seleção por meio de critérios pré-definidos”.⁸⁸

Destaca Alzemeris Martins que “a aplicação no que couber dos ditames do Estatuto Licitatório significa que todas as regras insertas na Lei nº 8.666/93 que se coadunem com a natureza dos convênios devem acarretar subsunção imediata, v.g., da necessidade de certame quando há competitividade do objeto”.⁸⁹

⁸⁶ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). Op. cit., pp. 03-04.

O mesmo artigo poderá também ser encontrado: SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Jus Navegandi** (Internet). Op. cit.

⁸⁷ VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com as Entidades do Terceiro Setor. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, ano 9, n. 833, 14/10/2005, p. 11. 17 p. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7421>>. Acesso em: 29/06/2006.

⁸⁸ VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com as Entidades do Terceiro Setor. In: **Jus Navegandi** (Internet). Op. cit., pp. 11-12.

⁸⁹ MARTINS, Alzemeris. Parecer de 30 de dezembro de 1998. Convênio Administrativo Celebrado com Entidade Privada. Possibilidade de previsão de penalidades, desde que a conduta faltosa atente gravemente contra o interesse público. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, volume 24. Salvador: Revista Procuradoria Geral do Estado da Bahia, jan/dez.1998, pp.235-243, p. 241. 447 p.

Odete Medauar, quando aborda a exigência ou inexigência de licitação, em texto que se tornou referência obrigatória para o debate da questão, entende que:

(...) Parece óbvio que nos consórcios entre Municípios ou que envolvam outros entes estatais, o grau de especificidade do objeto é tão significativo que seria incabível cogitar-se de licitação. As mesmas ponderações se aplicam aos convênios entre entidades ou órgãos da Administração, em especial aos convênios entre universidades nacionais ou entre estas e universidades e faculdades estrangeiras. No tocante aos convênios entre órgãos e entes estatais e entidades particulares, o que, sobretudo, fundamenta a desobrigação de licitação é a especificidade do objeto e da finalidade. No entanto, se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada licitação ou se abrir a possibilidade de conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente; se assim não for, haverá ensejo para burla, acobertada pela acepção muito ampla que se quer dar aos convênios. Alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio, obras são contratadas sem licitação e pessoas são investidas em funções e empregos públicos sem concurso ou seleção.⁹⁰

Salienta Fernando Santana que “seja um convênio em sentido próprio, seja um contrato rotulado de convênio, a moralidade administrativa impõe que se efetuem as compras, obras e serviços em estrita observância da licitação”, apesar de alguns admitirem, “erroneamente, pelos vícios de práticas administrativas, que a nomeação do instituo sirva de abrigo para isentar o administrador da obediência ao procedimento licitatório, sempre que a celebração de obras – que é o mais comum -, compras e serviços”.⁹¹

⁹⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Editora RT, 2004 d, 8ª. Edição. p. 273. 512 p.

Temos os mesmos pontos de vista também em: MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**, vol. 2. Op. cit., pp. 82-84.

⁹¹ SANTANA, Fernando. Convênios Administrativos. Caracterização. Figuras Correlatas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, vol. 4. Salvador: Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia – Serviço de Documentação e Divulgação, jul.1979/jun.1980, pp. 83-91, pp. 88-89 189 p.

Antonio Roque Citadini, ao comentar o art. 116, da Lei Federal nº 8.666/93, lembra que “o presente artigo trata de matéria relativa aos convênios firmados pelos órgãos públicos, os quais devem, como regra geral, obdecer às normas previstas na lei, notadamente naqueles pontos essenciais”, entre os quais registra as disposições sobre “princípios gerais da contratação pública, em especial o da legalidade, moralidade administrativa e publicidade dos atos”.⁹²

Salienta ainda o jurista que “os convênios, quando firmados entre órgãos públicos e entidades particulares obdecerão às normas aqui previstas, acrescidas de que na sua inicial pactuação deverá obdecer aos princípios gerais da contratação pública”, dentre os quais concede destaque para os princípios da “impessoalidade, igualdade dos particulares perante a Administração Pública e proibida dae administrativa, sem os quais o convênio não poderá ser realizado”.⁹³

Destaca Fernando Santana que existe quem entenda que “os convênios celebrados entre pessoas jurídicas de direito público interno, uma delas apenas figurando como gestora de negócios (C.C., art. 1.331) da outra convenente, estão, estes convênios, a priori, dispensados da licitação”, e que tal ocorreria “independente mesmo do ato formal de dispensa, vale dizer, a licitação não apenas seria dispensável, mas estaria dispensada”, tendo em vista que “a operação convencional envolve exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades sujeitas a seu controle majoritário, ou empresas concessionárias de serviço público”.⁹⁴

O administrativista ressalta, porém, que no exame efetuado em dezenas de convênios, verificou que os ajustes não envolvem “exclusivamente pessoas jurídicas de direito interno, (...) ainda que por elas firmados”. Pois constatou que a “execução do serviço do Estado, delegada ao Município, (...), sempre envolve a

⁹² CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 424. 485 p.

⁹³ CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. Op. cit., p. 425.

⁹⁴ SANTANA, Fernando. Convênios Administrativos. Caracterização. Figuras Correlatas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, vol. 4. Op. cit., p. 89.

contratação de terceiros, (...) que escapam do procedimento licitatório, sem que tenha havido, por ato próprio, a dispensa de licitação”, com o que fica atingida a moralidade administrativa.⁹⁵

Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Reis sustentam que “a celebração de convênio independe de procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/93”.⁹⁶

Ressaltam os mesmos autores, porém, que “as verbas repassadas aos convenentes de direito privado objetivando compras, contratação de obras e serviços para atingirem os fins pactuados, estão a exigir licitação” também para os mesmos convenentes, a partir da mudança da redação do art. 27 e parágrafo único da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997 (DOU 31.1.97), da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios, ocorrida através da Instrução Normativa nº 03, de 25 de setembro de 2003.⁹⁷ Destacamos que para os convenentes que são pessoas e entidades de direito privado, a redação original do artigo 27, da citada IN/STN nº 01/97, exigia procedimentos análogos aos estabelecidos na Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e Contratos da Administração Pública.

Os mencionados autores enunciam que na mesma situação descrita “quanto às entidades de direito público e as empresas públicas e sociedades de economia mista não há como fugirem da licitação ante os mandamentos da Lei nº 8.666/93”.⁹⁸ Salientamos que já o art. 20, inciso X, da Instrução Normativa nº 02, de 1º de abril de 1993 (DOU 23.04.93), da Secretaria do Tesouro Nacional, exigia a

⁹⁵ SANTANA, Fernando. Convênios Administrativos. Caracterização. Figuras Correlatas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, vol. 4. Op. cit., p. 90.

⁹⁶ RIBEIRO, Jorge Miranda.; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União**: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 21 e 21. 550 p.

⁹⁷ RIBEIRO, Jorge Miranda.; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União**: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Op. cit., pp. 21-22.

⁹⁸ RIBEIRO, Jorge Miranda.; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União**: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Op. cit., p. 22.

realização de licitação ou dispensa justificada para os convenientes pertencentes à Administração Pública.

O art. 20, caput e inciso X, da Instrução Normativa nº 02, de 1º de abril de 1993 (DOU 23.04.93), da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios, que foi revogada pela Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997 (DOU 31.01.97), preceituava:

Art. 20. O órgão ou entidade que receber recursos na forma estabelecida nesta Instrução Normativa ficará sujeito a apresentar prestação de contas do total dos recursos recebidos, que será constituída do relatório de cumprimento do objeto, acompanhada de: (...)

X – cópia do despacho adjudicatório das licitações realizadas ou justificativas para sua dispensa, com o respectivo embasamento legal, quando o conveniente pertencer à Administração Pública. (...).

O art. 27, da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997 (DOU de 31.01.97), da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios, na sua formulação original, estabelecia que:

Art. 27. Quando o conveniente integrar a administração pública, de qualquer esfera de governo, deverá, obrigatoriamente, sujeitar-se às disposições da Lei nº 8.666/93, especialmente naquilo que se refira à licitação e contrato.

Parágrafo único. Sendo o conveniente entidade privada, não sujeita a Lei nº 8.666/93, deverá, na execução das despesas com os recursos recebidos em transferência, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos pela referida lei.

Outrossim, o vigente art. 27, da Instrução Normativa nº 01/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios, com a redação que lhe foi fornecida pela Instrução Normativa nº 03, de 25 de setembro de 2003 (DOU 30.09.03), da Secretaria do Tesouro Nacional, a partir do Acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União nº 1070, de 06/08/2003, item 9.2⁹⁹, estipula que:

⁹⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1070/2003, Plenário, de 06.08.2003. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Levantamento de Auditoria. Instituto do Coração. Obras de implantação de Unidade do Instituto do Coração – InCor, no DF, nas dependências do Hospital das Forças Armadas. Ausência de indícios de irregularidades graves ou dano ao erário. Falta de realização de licitação. Prazo de adoção de providências. Arquivamento. Entidades Privadas investidas da condição de gestoras de recursos públicos. Análise da matéria. In: **Portal de Pesquisa Textual da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003. 12 p. Encontrado no site: www.tcu.gov.br. Acessado em: 18 de março de 2005.

Art. 27. O conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2003, nos casos em que especifica.¹⁰⁰

A mencionada Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, institui a modalidade de licitação denominada pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns.¹⁰¹

Temos uma interessante abordagem, em obra recentemente publicada, sobre o citado Acórdão 1070/2003, do Plenário do TCU, inclusive reproduzindo o conteúdo dos votos vencedor e vencido, no âmbito da polêmica que então se estabeleceu no âmbito do Plenário do TCU (CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. São Paulo: Editora NDJ, 2005, pp. 188-202. 358 p.).

¹⁰⁰ A Instrução Normativa nº 01/2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Dos Convênios, no artigo 10, inciso II, letra “f”, quando trata das obrigações essenciais dos partícipes, diz que

II – Do Conveniente: (...)

f) realizar pesquisa de preços no mercado, através de coleta de preços entre, no mínimo, três fornecedores do mesmo ramo de atividade, comprovadas por orçamentos levantados na localidade ou região, para as compras ou serviços necessários à execução do convênio, quando a entidade partícipe não estiver sujeita às disposições da Lei Federal nº 8.666/93;“.

No rumo indicado, destacamos que a Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, no estudo **Convênios – Manual de Orientação**, ao tratar da necessidade de licitação para as compras ou serviços indispensáveis à execução dos Convênios, enunciava que:

“h) para as entidades públicas, as disposições da Lei 8.666/93 e suas alterações deverão ser observadas integralmente, atentando-se especialmente para as situações de Dispensa e Inexigibilidade, que devem ser adequadamente e bem fundamentadas.

Quando se tratar de entidades privadas (sem fim lucrativo), portanto, não sujeitas às disposições desta Lei, realizar pesquisas de preços de mercado comprovadas por orçamento levantados na localidade ou região, antes da realização dos gastos; (...).”.

(CONTADORIA E AUDITORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Convênios – Manual de Orientação**. Elaborado pelos Agentes Fiscais do Tesouro do Estado Álvaro Panizza, Salomon Abi Fakredin e José Francisco Vigil. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul - Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul – Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 2002, p. 20. 35 p.).

¹⁰¹ A modalidade de licitação denominada Pregão é examinada, em:

Remilson Soares Candeia, após reproduzir os artigos 1º e 116, da Lei Federal nº 8.666/93, entende que aos Convênios se aplica, no que couber, os procedimentos da Lei de Licitações e, portanto, seria necessário efetuar licitação quando ocorrer, no âmbito dos convênios, a contratação de obras, serviços, compras, alienações e locações.¹⁰²

O mencionado autor anota que “não pairam dúvidas quanto a obrigatoriedade da realização de procedimentos licitatórios quando o órgão ou entidade conveniente integra a administração direta ou indireta”, embora “no caso de celebração de convênios com entidades privadas, questiona-se a obrigatoriedade da Lei de Licitação”.¹⁰³ Registra o autor que “esse assunto é controvertido no âmbito do Tribunal de Contas da União”, entre os Ministros da mesma Corte de Contas.¹⁰⁴

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 2ª. edição revista e atualizada, de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002. São Paulo: Dialética, 2003. 285.;

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**. 1ª. edição, 2ª. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 688 p.;

BUENO, Vera Scarpinella. **Licitação na Modalidade de Pregão**: Lei 10.520, de 17 de junho de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. 246 p.

¹⁰² CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. São Paulo: Editora NDJ, 2005, pp. 107-108. 337 p.

¹⁰³ CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. Op. cit., p. 189.

¹⁰⁴ CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. Op. cit., p. 189..

As divergências sobre o tema podem ser verificadas, no próprio Acórdão do Plenário do Tribunal de Contas da União nº 1070, de 06/08/2003, como também nas obras de Remilson Soares Candeia (CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. Op. cit., p. 188-2002) e de Ubitatan Aguiar, Ana Cláudia Messias de Lima Martins, Paulo Roberto Wiechers Martins e Pedro Tadeu Oliveira da Silva (AGUIAR, Ubitatan.; MARTINS, Ana Cláudia Messias de Lima.; MARTINS, Paulo Roberto Wiechers.; SILVA, Pedro Tadeu Oliveira da. **Convênios e Tomadas de Contas Especiais**: Manual Prático. 2ª. edição, revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp. 31-36. 435 p).

O autor referido argumenta que parecem “contrariar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que regem o Direito Administrativo”, exigir que adote procedimento licitatório de entidade como “por exemplo, a Associação de Donas de Casa de Honório Gurgel” que tenha recebido pequeno valor “para implementar treinamento de empregadas domésticas que residam naquele bairro”, ao passo que entende que “não poderá essa associação praticar atos que atentem contra a moralidade (...), como por exemplo contratar o cônjuge da presidenta da entidade para ministrar cursos de treinamento, sem nenhum critério lógico ou razoável”, na medida que “mesmo sendo entidade privada, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos do art. 37 da Constituição Federal”.¹⁰⁵

De outro lado, o Desembargador João Armando Bezerra Campos, Relator do Processo nº 70004487229, que teve decisão unânime, em 02 de junho de 2004, na Apelação em Reexame Necessário, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, contando também com a participação dos Desembargadores Roque Joaquim Volkweiss (Presidente) e Antonio Janyr Dall’Agnol Junior, em relação ao tema Licitação nos Convênios, pronunciou-se, em seu voto, da seguinte maneira:

(...) Assim, a existência de uma norma regulando o instituto da licitação (Lei nº 8.666/93), e o estabelecimento de critérios objetivos para a sua realização, no sentido, frise-se, de coibir eventuais arbitrariedades e supressão de princípios constitucionalmente consagrados (moralidade, razoabilidade, dentre outros), constitui um argumento plausível a que se imponha à Administração Pública a realização de licitação inclusive para os casos de convênio, evitando-se, assim, eventual violação ao princípio da impessoalidade.

Ademais, a própria Lei de Licitações, em seu artigo 116, caput, assim preconiza:

“Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Quer parecer, assim, que, se a lei não permite dispensar a licitação à formação de convênios, e estes são submissos às disposições da lei, a

¹⁰⁵ CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e Suas Prestações de Contas**. Op. cit., pp. 190-191.

licitação é requisito indispensável para este instituto, ressalvadas as situações previstas em lei para sua dispensa ou inexigibilidade. (...)

Como assinalado pelo eminente Desembargador Antonio Janyr Dall'Ágnol Junior, na Apelação Cível nº 70005267513, "a desobrigação para o processo licitatório somente se viabiliza, legitimamente, nos casos previstos em lei (Lei nº 8.666, de 21.6.93), seja no sentido da dispensa (art. 17), de dispensabilidade (art. 24), ou da inexigibilidade (art. 25). (...)"¹⁰⁶

Verificamos que as concepções e entendimentos que sustentam razoável parcelas das análises sobre a desnecessidade de licitação nos Convênios da Administração Pública, presentes na doutrina nacional e aqui reproduzidas em detalhe, já sofreram a devida objeção no decorrer do presente estudo.

Destacamos como juízos desconstituídos e descartados, dentre outros: a distinção entre os Contratos e os Convênios da Administração Pública a partir da dicotomia antagonismo/convergência de interesses, objetivos e resultados; a diferenciação dos referidos institutos jurídicos a partir da existência no primeiro e ausência no segundo de obrigações recíprocas; a presença nos Contratos da plena vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, com direitos, deveres, obrigações e pretensões, como também a possibilidade de responsabilizações, sanções e penalizações, enquanto que nos Convênios teríamos a inexistência ou precariedade no que se refere aos elementos aqui assinalados; o entendimento do Convênio da Administração Pública como ajuste sem natureza contratual, embora com regime jurídico próprio em relação, dentre outros, aos denominados Contratos Administrativos.

Entendemos, questionando alguns argumentos que se fizeram constantes nas opiniões antes referidas, que: a mútua colaboração entre os partícipes em muitas situações não impede e/ou inviabiliza e/ou torna inaplicável a competição; a existência de interesse comum não singulariza obrigatoriamente o objeto, nem torna sempre a finalidade tão específica, direta e determinada que impossibilite a

¹⁰⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Processo nº 70004487229, na Apelação em Reexame Necessário. Relator Desembargador João Armando Bezerra Campos. Decisão unânime, em 02/06/2004, que contou também com a participação dos Desembargadores Roque Joaquim Volkweiss (Presidente) e Antonio Janyr Dall'Ágnol Junior. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** – Jurisprudência de Inteiro Teor (Internet). Porto Alegre: TJRS, 2004, pp. 20-22. 31 p. Encontrado no: www.tj.rs.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

participação de outros interessados; a inexistência de lucro, preço, remuneração e/ou interesse patrimonial entre os partícipes, não impede a existência de concorrência e competição entre as propostas, e nem inviabiliza a possibilidade de comparação e seleção da melhor e mais qualificada das propostas.

Consideramos que na maioria das situações é possível a comparação e seleção entre diversas propostas, mesmo inexistindo o preço, a remuneração e/ou lucro. No sentido apontado, lembramos novamente a Lei 38/2003, de 17 de novembro, Das Subvenções, da Espanha, quando a mesma, tendo em vista os procedimentos ordinários de concessão das subvenções, estipula o respeito a tramitação em regime de concorrência competitiva. No referido dispositivo se diz que, para efeitos da mencionada Lei, será entendido como “de concorrência competitiva o procedimento mediante o qual a concessão das subvenções se realiza através da comparação das solicitações apresentadas, a fim de estabelecer a preferência entre as mesmas, de acordo com os critérios de valoração previamente fixados nas bases reguladoras e na convocatória, e adjudicar, com o limite fixado na convocatória dentro do crédito disponível, aquelas que tenham obtido a maior valoração após a aplicação dos citados critérios”.¹⁰⁷

Em razão do que pensamos que sempre que o resultado e a finalidade do Convênio puderem ser alcançados por várias pessoas ou entidades, públicas ou privadas, e/ou existirem vários candidatos a conveniente, diversos interessados em participar do ajuste, é necessário que se efetue licitação e/ou procedimentos

¹⁰⁷ Ley 38/2003, de 17 de noviembre, que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas. In: **Boletín Oficial del Estado – BOE**, núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Op. cit., pp. 40515-40516.

Constatamos, no texto, o que segue:

“Artículo 22. Procedimientos de concesión.

1. El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará em régimen de concurrencia competitiva. A efectos de esta ley, tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatória, y adjudicar, con el limite fijado en la convocatoria dentro del credito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en la aplicación de los citados criterios”.

assemelhados, simplificados ou não, para definir com quem será estabelecida a cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, como forma a se garantir, como prevê o art. 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, a competição, e, ainda, observância do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como também o atendimento dos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação a um instrumento convocatório e do julgamento objetivo das propostas apresentadas.

As exceções ao dever de licitar¹⁰⁸ devem ficar restritas, mesmos nos Convênios^{109 110 111}, às hipóteses, no que couber, de inexigibilidade e de dispensa¹¹², necessariamente justificadas, transparentes e públicas.

¹⁰⁸ Lembramos alguns trabalhos, além das obras/manuais de Direito Administrativo, que se referem de uma forma mais específica sobre a temática das Licitações e dos Contratos Administrativos:

FREITAS, Juarez. Do Procedimento Licitatório: Conceito, Princípios e Elementos Nucleares. In: **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 147-166. 191 p.;

FREITAS, Juarez. Dos Contratos Públicos: Distinção entre Princípios e Normas, Elementos Nucleares, Procedimento Preparatório e Conceituação. In: **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 167-185. 191 p.;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª. edição. São Paulo: Dialética, 2002. 671 p.;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 2ª. edição revista e atualizada de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002. São Paulo: Dialética, 2003. 285 p.;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo: De Acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros, 1994. 311 p.;

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e dos Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/93, com a redação da Lei nº 8.883/94**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. 980 p.;

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas: Comentários à Nova Lei Federal nº 8.666, de 21.06.1993**. 4ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 550 p.;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11ª. edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1996. 420 p.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Contratual**. Licitações. Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 511 p.

CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1996, pp. 422-425.;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.; RAMOS, Dora Maria de Oliveira.; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos.; e D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª. edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001. 386 p.;

MUKAI, Toshio. **Contratos Públicos**: As Prerrogativas da Administração e os Direitos das Empresas Contratadas (Segundo as Leis nºs. 8.666/93 e 8.883/94). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 132 p.;

MUKAI, Toshio. **Licitações**: As Prerrogativas da Administração e os Direitos das Empresas Concorrentes (Segundo as Leis 8.666/93 e 8.883/94). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. 137 p.;

BAZILLI, Roberto Ribeiro.; e MIRANDA, Sandra Julien. **Licitação à Luz do Direito Positivo**. Atualizado conforme Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998 e a Lei nº 9.648, de 27.5.1998. São Paulo: Malheiros, 1999. 322 p.;

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 162.;

GARCIA, Maria (Coordenação); MARQUES NETO, Floriano Azevedo.; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos.; TANAKA, Sônia Yuriko. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**: Contendo a Lei de Licitações com Anotações e Remissões. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 317 p.;

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e Contratos – Orientações Básicas**. 3ª. edição, revista, atualizada e ampliada. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria de Controle Interno, 2006. 409 p. Encontrado no site www.tcu.gov.br. Acesso em: 10/03/2006.;

INTERESSE PÚBLICO – Ano 3, especial, de dezembro de 2001. **Licitação e os Tribunais de Contas**. Sapucaia do Sul/RS: Notadez, 2001. 209 p. Internet: www.notadez.com.br .;

AZEVEDO, Patrícia Boni de. (Organizadora). **Licitações e Contratos Administrativo – Jurisprudência**: Com Remissão à Lei 8.666/93. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Esplanada/ ADCOAS, 1998. 354 p.

¹⁰⁹ Anotamos alguns estudos de autores brasileiros, além dos constantes nas principais obras/manuais de Direito Administrativo, que tratam da temática Convênios:

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.; RAMOS, Dora Maria de Oliveira.; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos.; e D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª. edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001. 386 p.;

DI PIETRO, Sylvia Maria Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 1999.;

GARCIA, Maria (Coordenação); MARQUES NETO, Floriano Azevedo.; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos.; TANAKA, Sônia Yuriko. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**: Contendo a Lei de Licitações com Anotações e Remissões. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 317 p.;

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões** – Concessões, Terceirizações, Convênios, Consórcios, Acordos e Outras Formas de Gestão Associada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 437. 527 p.;

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros: 2003, p. 54. 174 p.;

-
- DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2004. 244 p.;
- CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e suas Prestações de Contas**. São Paulo: NDJ, 2005. 358 p.;
- RIBEIRO, Jorge Miranda.; PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Doutrina, Jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, Recomendações**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. 550 p.;
- BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos: Comentando Toda Legislação que Trata da Matéria, com Destaque para a IN STN nº 1/97**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2005. 160 p.;
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios e Outros Repasses**. Brasília: Tribunal de Contas da União, Gabinete da Presidência, 2003. 65 p.;
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios: Principais Informações para Estados e Municípios**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000. 60 p.;
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferência de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal: Orientações Fundamentais**. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria de Controle Externo, 2000. 120 p.;
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Manual Básico - Repasses Públicos ao Terceiro Setor**. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2004. 88 p.;
- CONTADORIA E AUDITORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – CAGE. **Convênios – Manual de Orientação**. Elaborado por Álvaro Panizza, Salomon Abi Fakredin e José Francisco Ferreira Vigil. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul – Secretaria da Fazenda – Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, 2002. 35 p.;
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública**. 2ª. edição, revista e ampliada. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. 747 p.

¹¹⁰ Ainda, lembramos artigos, pareceres e teses de autores pátrios sobre o tema Convênios:

- MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo** - Vol. 2. São Paulo: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos, junho-1996, pp. 69-89.;
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação). In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 214. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1998, pp.35-53.;
- HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Volume 25. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, Serviço de Documentação e Divulgação, 1999, pp. 35-44.;
- MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por Fundação de Apoio. Serviço de Saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma de prestação de contas das entidades de cooperação após a Emenda Constitucional n. 19/98. In:

-
- Revista Diálogo Jurídico** nº 11 (Internet). Salvador: Centro de Atualização Jurídica, fevereiro de 2002. 27 p. Disponível na Internet: www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 de março de 2004.;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer, de 26 de setembro de 1983. Interesse Público Primário e Secundário – Convênio entre União e Estado – Dever de Indenização. In: **Revista de Direito Público - RDP**, nº 75. São Paulo: Editora RT, julho-setembro de 1985, pp. 55-61.;
- GRAU, Eros Roberto. Convênio e Contrato. In: R. Limongi França (coordenador). **Enciclopédia Saraiva do Direito** - Volume 20. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 378-380. 520 p.;
- SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). S/local: Âmbito Jurídico, set/1998. 6 p. Encontrado em: <http://ambito-juridico.com.br/aj/da0005.html>. Acesso em: 23 de julho de 2003.;
- SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, a. 1, n. 20, out.1997. 07 p. Disponível em; <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2005.;
- SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Os Convênios Administrativos – Convênio – Contrato Administrativo – Consórcio Administrativo – Constituição Federal – Decreto-lei 2.300/86 e Legislação Pertinente – Doutrina e Jurisprudência do TCU. In: **Revista dos Tribunais** – Vol. 669. São Paulo: Editora RT, ano 80, julho de 1991, pp. 39-46.;
- TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br) , em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Aracaju: J. Andrade, 2003, pp. 307-331.;
- MOTTA, Amílcar. Parecer nº 36/83-AM. Contratos Administrativos e Convênios – Conceituação e Distinção. Outros Atos de Natureza Convencional. In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 37. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 1985, pp. 198-211. 472 p.;
- POLETTI, Ronaldo. Contratos e Convênios. In: **Revista Forense**, vol. 280. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp.379-386.;
- SANTANA, Fernando. Convênios Administrativos. Caracterização. Figuras Correlatas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Vol. 4. Número Especial – Seminário sobre Licitações e Contratos Administrativos. Salvador: Procuradoria Geral do Estado – Serviço de Documentação e Divulgação, jul.1979/jun.1980, pp.83-91. 189 p.;
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Convênios e Consórcios Administrativos: Instrumentos Jurídicos do Federalismo Brasileiro. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, a. 4, n. 46, out. 2000. 15 p. Encontrado em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=457>>. Acesso em 19/05/2006.;
- VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com as Entidades do Terceiro Setor. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, ano 9, n. 833, 14/10/2005. 17 p. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7421>>. Acesso em: 29/06/2006.

Pensamos inclusive que os casos de dispensa, presentes na Lei Federal nº 8.666, são em demasia, ao ponto considerarmos que a regra não é a licitação, mas é a contratação sem licitação. Além disso temos a licitação pela modalidade denominada convite, criticada com adequação por Adilson Abreu Dallari¹¹³, que julgamos deva ser eliminada da legislação pátria. Entendemos que uma e outra das

¹¹¹ Igualmente, destacamos alguns trabalhos de autores estrangeiros que serviram para as nossas reflexões em relação ao assunto Convênio:

SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Madrid: Marcial Pons, 1997. 434 p.;

MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica. Madrid: McGraw-Hill, 1998. 372 p.;

ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. 598 p.;

BOLADO, Roberto O. Bustillo. **Convenios y Contratos Administrativos**: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento. 2ª. ed. Elcano/Navarra: Arazandi – Thomson, 2004. 435 p.;

REXACH, Angel Menéndez. **Los Convenios entre Comunidades Autonomas**: Comentario al Artículo 145.2 de la Constitución. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982. 149 p.;

ORIVE, José Luis Ávila. **Los Convênios de Colaboración Excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**. Madrid: Civitas, 2002. 226 p.

¹¹² Lembramos alguns trabalhos, além dos constantes nas obras e manuais de Direito Administrativo e/ou que comentam a Lei Federal nº 8.666/93, que tratam mais especificamente da temática da inexigibilidade e dispensa de licitação:

FERRAZ, Sérgio.; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. 3ª. edição revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis 8.66/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994. 127 p.;

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade da Licitação Pública**. São Paulo: Dialética, 2003. 351 p.;

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. Dispensa de Licitação. Inexigibilidade de Licitação. Comentários às Modalidades de Licitação, inclusive o Pregão. Procedimentos Exigidos para a Regularidade da Contratação Direta. 5ª. edição, 3ª. tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. 724 p.

¹¹³ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 3ª. edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 59-62. 156 p.

circunstâncias abrem um grande caminho para inúmeros privilégios, burlas, agressões e irregularidades e, ainda, criam, em muitas situações, verdadeiras agressões aos princípios constitucionais e legais antes enumerados.

Entendemos que mesmo no âmbito das pessoas e entidades da Administração Pública, havendo vários interessados, a seleção dos convenientes deve atender procedimentos que garantam o respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais e as decisões devem ser movidas pelo interesse público e social, e, ainda, serem públicas, transparentes e motivadas. Assim consideramos também pelo fato de que a inexistência de lucro, preço e/ou remuneração nas relações entre os partícipes dos Convênios, congêneres e assemelhados, não afasta a possibilidade de vantagens e benefícios de diversas ordens, tais como prestígio social, político, científico, cultural, para os que venham a ser escolhidos como convenientes, favorecendo pessoas e entidades da Administração Pública, como também seus administradores e dirigentes.

Julgamos que a leitura do art. 116, caput, da Lei Federal nº 8.666/93¹¹⁴, associado com o art. 1º até 3º da mesma Lei, torna precária qualquer estipulação peremptória sobre a desnecessidade de licitar nos Convênios da Administração Pública, tanto no que se refere à escolha dos convenientes, como no que diz respeito às contratações efetuadas, no âmbito da execução dos Convênios e assemelhados, junto a terceiros que não sejam partícipes.

Entendemos que quando a Lei fala que se aplicam, no que couber, os dispositivos da mesma norma, a mesma se define, naquilo que for pertinente, pela aplicação do conjunto dos dispositivos da citada legislação, ou seja, tanto o estabelecido para os Contratos Administrativos, como do estipulado para a Licitação.

¹¹⁴ Destacamos que o art. 82, do Decreto-Lei nº 2.300, 21 de dezembro de 1986, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, estipula que “aplicam-se as disposições deste Decreto-lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, celebrados por órgãos e entidades da Administração”.

Igualmente, no art. 81, da Lei Estadual do Estado de São Paulo nº 89, de 27 de dezembro de 1972, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, cujo projeto de Lei foi elaborado pelo jurista Hely Lopes Meirelles e que certamente foi elemento de consulta relevante para a redação do Decreto-Lei nº 2.300, surgida quatorze anos após, temos estabelecido que “os convênios e consórcios celebrados pela Administração centralizada e autárquica do Estado com entidades públicas ou particulares regem-se pelo disposto nesta lei, no que couber”.

Pelo que consideramos que o dispositivo mencionado desqualifica, no mínimo, qualquer pretensão de afastar sem maiores discussões a Licitação nos Convênios, como também afasta opiniões que pretendem que pouco da mesma Lei se aplicaria aos ajustes de natureza convenial.

Outrossim, julgamos que o adequado, quanto aos Convênios, seria legislar sobre normas gerais a serem aplicadas aos ajustes de natureza convenial, tanto no que se refere aos pactos entre pessoas e entidades da Administração Pública, como também no que diz respeito aos ajustes das pessoas e entidades da Administração Pública com particulares, inclusive para reduzir uma infundável discussão sobre o que cabe e o que não cabe da Lei nº 8.666 aos Convênios, que geralmente se demonstra favorável aos que burlam e/ou pretendem burlar os princípios e normas de Direito Público.

Ainda, consideramos que a referência existente, no art. 116, § 3º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, a “práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio”, torna evidente alguns entendimentos do legislador pátrio.

De um lado, o dispositivo deixa nítido a vinculação dos Convênios da Administração Pública aos princípios fundamentais da Administração Pública, constitucionais¹¹⁵ e infraconstitucionais.¹¹⁶

De outro lado, a mesma estipulação reconhece a possibilidade de contratações na execução dos convênios, do que decorre, diante da leitura conjugada do art. 22, inciso XXVII e 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, dos arts. 1º a 3º, da Lei Federal nº 8.666, a necessidade de licitar, no

¹¹⁵ Lembramos as disposições constitucionais encontradas, dentre outros, nos arts. 1º, 3º, 37, 70, 71, 165, 166, 167, 170, 193, 198 e 199, da Constituição Federal de 1988.

¹¹⁶ Recordamos, dentre outras: a Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos Administrativos; a Lei Federal nº 4.320/64, Direito Financeiro, Orçamentário e de Contabilidade Pública; o Decreto-Lei nº 200/67, Da Organização da Administração Federal e da Reforma Administrativa; a Lei Complementar Federal nº 101/00, Da Responsabilidade Fiscal; a Lei Federal nº 8.429/92, Da Improbidade Administrativa; a Lei Federal nº 4.717/65, Da Ação Popular; a Lei Federal nº 1.079/50, Dos Crimes de Responsabilidade, dentre outros, do Presidente da República, Ministros, Governadores e Secretários; o Decreto-Lei nº 201/67, Da Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores.

mínimo, nas contratações ocorridas, junto a terceiros que não sejam partícipes, na execução dos pactos convenientes, patrocinadas por convenientes vinculados a pessoas e entidades da Administração Pública ou por elas controladas direta ou indiretamente.

Aliás, recordamos que o último entendimento se consolida de forma marcante, no âmbito da Administração Pública Federal, com o artigo 27, da Instrução Normativa nº 01/1997, de 15 de janeiro de 1997 (DOU 31.01.97), da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios, tanto na redação anterior, como na vigente. Anteriormente, já o art. 20, inciso X, da Instrução Normativa nº 02, de 19 de abril de 1993 (DOU 23/04/1993), Dos Convênios, previa a licitação ou sua dispensa, quando o conveniente pertencesse a Administração Pública.

De outro lado, julgamos que a discussão reside notadamente quanto a definição da necessidade de licitar para as pessoas e entidades convenientes não vinculadas à Administração Pública ou por elas controladas direta ou indiretamente, na medida que as normas da Constituição (art. 23, inciso XXVII, e art. 37, inciso XXI) e infraconstitucionais (art. 1º, da Lei Federal nº 8.666), não estão destinadas, em princípio, para as mesmas.

Na mesma questão entendemos, de que o mais razoável, para os ajustes que envolvem pessoas e entidades que não pertençam ou sejam controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública, é a exigência de procedimentos assemelhados ou análogos aos da Lei Federal nº 8.666/93, como exigia a antiga redação do art. 27, da Instrução Normativa nº 01/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, Dos Convênios, e exige, por exemplo, o art. 10, inciso II, letra “f”, da Instrução Normativa nº 01/2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Dos Convênios.

Assim consideramos tendo em conta o amplo universo dos Convênios, seus congêneres e, ainda, dos ajustes e procedimentos de natureza conveniente, muitos deles ajustes e procedimentos simplificados, e, ainda, a grande variedade possível de pactos de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, como também devido a expressiva variedade de realidades presentes em um País com as dimensões continentais e profundamente desigual.

Destacamos novamente que o art. 35, inciso I e III, da Lei Federal nº 11.178/05, Das Diretrizes para a Elaboração da Lei Orçamentária de 2006, indica o rumo de uma prática administrativa que deve ser incentivada e aprofundada, na

órbita dos Convênios da Administração Pública, a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, para a escolha dos que participarão como convenientes, na medida que exige, para a destinação de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos, dentre outras questões, a elaboração e publicação, pelo Poder respectivo, das “normas a serem observadas para a concessão de subvenções sociais, auxílios e contribuições correntes”, devendo as mesmas definir, entre outros aspectos, “critérios objetivos de habilitação e seleção das entidades beneficiárias e de alocação de recursos e prazo de benefício, prevendo-se, ainda, cláusula de reversão no caso de desvio de finalidade”.

Reafirmamos aqui o nosso entendimento de que, apesar da correção do rumo indicado, as exigências precisam ser aprofundadas, pois se revelam modestas, tendo em vista o que deve ser buscado para a plena afirmação dos princípios, normas estritas e valores presentes no sistema jurídico nacional, no âmbito constitucional e infraconstitucional.

Salientamos, também, que o art. 14, da Lei Federal nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público¹¹⁷, cujo Termo de

¹¹⁷ Salientamos, em relação às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, além dos exames presentes nas principais obras e manuais referentes ao Direito Administrativo pátrio, os seguintes trabalhos:

CONSELHO DA COMUNIDADE SOLIDÁRIA. **OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público**: A Lei 9.790/99 como Alternativa para o Terceiro Setor. Elaborado por Elisabete Ferrarezi e Valéria Rezende. 2ª. edição, revista e atualizada. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 2002. 116 p. Encontrada em: www.comunidadesolidaria.org.br e www.mj.gov.br/snj/oscip.htm. S/data acesso.;

BAZILLI, Roberto Ribeiro. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Nova Modalidade de Parceria. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 779. São Paulo: Editora RT, ano 89, setembro de 2000, pp. 79-92. 832 p.;

MOREIRA, Egon Bockmann. Terceiro Setor da Administração Pública. Organizações Sociais. Contrato de Gestão. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus vínculos “contratuais” com o Estado. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 227. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar.2002, pp. 309-320.;

FREITAS, Juarez. O Controle do Terceiro Setor. In: **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª. edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 281-292. 367.

Parceria consideramos, como regra, um ajuste de natureza convencional¹¹⁸, exige “regulamento próprio da entidade contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com o emprego de recursos provenientes do Poder Público”, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e de eficiência, previstos no art. 4º, inciso I, da mesma Lei. Ainda, destacamos que o art. 4º, inciso VII, da mesma Lei, estabelece que a OSCIP terá norma de prestação de contas a ser observada pela entidade.

Julgamos que, notadamente enquanto perdurar a ausência e/ou precariedade das normatizações referentes aos Convênios, congêneres e/ou ajustes e procedimentos de natureza convencional, devam ser estimulados as pessoas e entidades da Administração Pública que transfiram verbas, no sentido que construam regulamentações, adequadas aos princípios, normas e valores presentes no sistema jurídico nacional, constitucional e infraconstitucional, definindo: quando houver vários interessados, os critérios para a competição e seleção dos que pretendem receber recursos a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda; estipulação, em congruência com a situação a que se vincula o recurso alcançado e com o objeto, objetivos e metas do ajuste, de direitos, deveres, obrigações, pretensões, responsabilidades, sanções e penalizações, a que ficam sujeitos os partícipes, com a respectiva definição dos aspectos fundamentais a serem incorporados nos respectivos ajustes; procedimentos para a contratação de obras, serviços e compras com terceiros não partícipes do acordo, atendendo os princípios constitucionais e infraconstitucionais, com destaque para a Lei Federal nº 8.666/93, como também adequados a realidade dos convenientes; estabelecimento de como deverá ocorrer a utilização, gestão e administração de dinheiros, bens e valores repassados, a fiscalização e controle da execução das despesas efetuadas e da realização do objeto, objetivos e metas definidas, as prestações de contas e, ainda, os critérios de julgamento das mesmas contas, como também os critérios,

¹¹⁸ Temos exames no sentido indicado em:

MOREIRA NETO, Diogo de Figueirido. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 279. 683 p.;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 134 e 136. 878 p.

sempre atentos aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para a aplicação de medidas que busquem responsabilizar, sancionar e penalizar os que cometerem inadequações, falhas, irregularidades e ilegalidades¹¹⁹.

¹¹⁹ Destacamos que, além dos trabalhos já mencionados sobre a Lei Federal nº 8.666/93, o Tribunal de Contas da União produziu qualificado trabalho relativo ao tema **Licitações e Contratos: Orientações Básicas**, que foi sensivelmente revisto, atualizado e ampliado, na sua 3ª. edição, de 2006.

(TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e Contratos: Orientações Básicas**. 3ª. edição, revista, atualizada e ampliada. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. 409 p. Encontrada no site: www.tcu.gov.br. Acesso em: 10 de março de 2006).

Ainda, o Tribunal de Contas da União, no estudo **Convênios e Outros Repasses**, esclarece sobre o tema Convênios, e, ainda, aponta algumas das falhas e irregularidades mais freqüentes encontradas em processos licitatórios, nos contratos e na contratação de fornecedores de bens e serviços:

“As irregularidades e as falhas mais freqüentes encontradas em processos licitatórios são as seguintes:

- falta de divulgação da licitação;
- aquisição direta de bens e serviços sem licitação;
- dispensa indevida de licitação sob alegação de emergência;
- ausência de, no mínimo, 3 (três) propostas válidas no convite;
- aquisição fracionada do objeto com alteração da modalidade de licitação (fracionar o objeto em valores que permitam realizar licitação sob modalidade inferior, substituindo, por exemplo, a tomada de preços devida por vários convites);
- exigências exorbitantes no edital, restringindo o caráter de competição para beneficiar determinada empresa;
- permissão de participação de empresas “fantasmas” (existem no papel, sem existência física real);
- inobservância dos prazos para interposição de recursos;
- ausência de documentos de habilitação das empresas participantes (contrato social, certidões negativas de tributos estaduais e municipais);
- direcionamento intencional da licitação para determinada empresa, com apresentação proposital de propostas acima de mercado pelas outras concorrentes.
- **Contratação de fornecedores de bens e serviços**
- Após o regular processo licitatório, segue a fase de celebração do contrato com a empresa vencedora.
- Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam. As cláusulas contratuais devem conter todas as especificações referentes a:

-
- definição exata e perfeita do objeto contratado;
 - regime de execução ou forma de fornecimento;
 - prazos das etapas de execução, conclusão, entrega e recebimento definitivo do objeto;
 - preços dos produtos ou dos serviços;
 - forma de pagamento, que deve corresponder sempre às fases de andamento da realização do objeto;
 - critérios de reajustes de preços;
 - direitos e responsabilidades das partes, penalidades cabíveis e valores de multas;
 - início e término de vigência.
 - É obrigatório que o gestor, ao celebrar contrato, submeta-o previamente à sua assessoria jurídica ou, caso não exista órgão jurídico formal na estrutura do conveniente, pelo menos consulte um advogado.
 - **Irregularidades e falhas mais freqüentes na contratação de fornecedores detectadas pelo TCU:**
 - prorrogação de contrato após ter expirado o prazo de vigência;
 - alteração contratual após o prazo de vigência;
 - prorrogação de contratos sem previsão legal;
 - realização de pagamentos sem cobertura contratual;
 - uso de contrato existente para execução de objeto diverso do pactuado;
 - realização de pagamentos antecipados;
 - contratação de “empresas-fantasma”;
 - aquisição de bens ou execução de obras com preços muito superiores aos praticados no mercado;
 - não-exigência de regularidade fiscal, quando da realização de cada pagamento à contratada;
 - acréscimos aos contratos de obras e/ou reformas acima dos percentuais permitidos no art. 65, § 1º, Lei 8.666, de 1993”.

(TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios e Outros Repasses**. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003, pp. 38-42. 65 p.)

Igualmente, o Tribunal de Contas da União, no trabalho **Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras Públicas**, trata de algumas das irregularidades que se verificam no procedimento licitatório, contratos, execução, medições, pagamentos e recebimento de obras.

(TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Obras Públicas: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras Públicas**. Brasília: TCU, Secretaria-Geral de Controle Externo e Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002, pp. 70-74. 92 p.)

11. DA NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS MESMOS

11.1. DA NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Verificamos que a grande maioria dos administrativistas, notadamente pelas razões de ordem doutrinária já expostas, afastam equivocadamente a natureza contratual dos Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou dos ajustes e procedimentos de natureza convenial.

No rumo indicado, salientamos, de um lado, a tese errônea de que o elemento fundamental que caracteriza os Contratos e os Contratos da Administração Pública é a existência nos mesmos dos elementos antagonismo de interesses, objetivos e resultados das partes/partícipes. Quando o elemento antagonismo pode ser, quando muito e como tendência, elemento relevante para os chamados contratos de intercâmbio e permuta, mas não para os inúmeros contratos de atividade em proveito alheio e para os contratos associativos e cooperativos. Ainda, destacamos que a definição do antagonismo como traço essencial do instituto contratual se demonstra profundamente questionável à luz dos contemporâneos entendimentos que enxergam no mesmo, de uma forma crescente, também ou predominantemente, os elementos cooperação, colaboração, coordenação e/ou parceria.

Destacamos, de outro lado, a concepção falsa que considera indispensável para que se configure o Contrato e/ou o Contrato da Administração Pública a ocorrência de obrigações recíprocas, o que significa implicitamente enxergar somente os contratos bilaterais, onerosos, comutativos e/ou paritários. Tais exames, em contradição com a experiência contratual brasileira e mundial, sobretudo nos tempos modernos e atuais, desconhece, minimiza e/ou trata como exotismo, nos Contratos e/ou nos Contratos da Administração Pública, a presença da associação, da cooperação, da unilateralidade e/ou da gratuidade, como também a ausência de reciprocidade, de comutatividade e/ou de paridade.

Constatamos, igualmente, a existência de exames que questionam a natureza contratual dos Convênios da Administração Pública a partir do entendimento de que nos mesmos temos, ao contrário do que nos Contratos e nos Contratos da Administração Pública, a ausência, a instabilidade e/ou a precariedade da vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, da configuração de direitos, deveres, obrigações e/ou pretensões, e, ainda, uma inexistente ou limitada possibilidade de responsabilizações, ações, sanções e/ou penalizações. Pensamos que as mencionadas concepções não se dão conta que no período histórico moderno e contemporâneo não é mais possível qualquer juízo, dentre outros exames, que expulse ou limite a normatividade, a juridicidade e a responsabilidade nos pactos de natureza convenial, concebendo os mesmos acordos como meras declarações, protocolos, pautas e/ou acordos de intenções, programáticos e/ou políticos.

A pretensa precariedade e instabilidade dos Convênios da Administração Pública, de forma diversa do que ocorreria nos Contratos da Administração e nos Contratos, busca se constituir também a partir de juízos sobre a possibilidade da retirada unilateral e da denúncia entre os partícipes dos ajustes de natureza convenial. Julgamos, porém, que a mencionada aspiração de negar a natureza contratual dos Convênios e de diferenciar os mesmos dos Contratos da Administração Pública e dos Contratos se revelam muito frágeis pelo fato de que, seguidos os critérios estabelecidos para os primeiros, a constatação da possibilidade de modificação e rescisão unilateral nos Contratos da Administração Pública, bem como a verificação da existência de inúmeros Contratos onde se faz presente a rescisão unilateral e a denúncia, poderiam justificar igualmente entendimentos que enxergassem precariedade e instabilidade também nos Contratos citados.

De outro lado, verificamos que também se busca distinguir os Convênios dos Contratos da Administração Pública, a partir de análises que entendem existir relações de igualdade, de fato e/ou de direito, entre os partícipes dos primeiros, ao contrário do que se daria com os segundos. Julgamos que tais exames revelam, de um lado, uma profunda falta de sintonia com a realidade dos ajustes de cunho convenial, na medida em que a realidade da Federação brasileira e/ou as situações de adesão, levam à falta de paridade e, ainda, a desigualdade, de fato e/ou de direito, entre os partícipes do mesmo pacto. De outro lado, salientamos que os equívocos dos exames anotados se manifestam também pela constatação de que

as situações de adesão, de ausência de paridade e/ou de desigualdade se dão, respeitadas as especificidades e dimensões próprias, tanto nos Contratos da Administração Pública, como nos Contratos de Direito Privado e nos Convênios da Administração Pública.

De outro lado, o exame dos Convênios, congêneres e/ou ajustes e procedimentos de natureza convenial, afirmam como características fundamentais que se pode encontrar tendencialmente: os elementos cooperação, colaboração, parceria, auxílio e/ou ajuda e, ainda, a ausência de lucro, preço e/ou remuneração entre os partícipes; os compromissos e obrigações, de parcela e/ou da totalidade dos partícipes, no sentido de destinar recursos, repassar verbas e/ou efetuar contrapartidas, para a realização do objeto e do ajustado, atendido o ordenamento jurídico; o compromisso e obrigação, de parte ou todos os partícipes, de utilizar, gerir, gerenciar e/ou administrar os mesmos recursos, verbas e/ou contrapartidas de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, tendo como parâmetros para tal a realização do objeto, o acordado entre os partícipes, e, ainda, o estipulado nos regramentos das pessoas e entidades partícipes, como também os princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais; a sujeição dos partícipes ao controle, fiscalização e prestação de contas aos demais partícipes, ao controle interno (Controladorias, Auditorias e serviços de contabilidade), ao Tribunal de Contas, ao Poder Judiciário e, de forma crescente, à cidadania e à sociedade.

Destacamos, porém, que mesmo os elementos antes enumerados que caracterizam essencialmente os Convênios da Administração Pública, a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, podem ser encontrados em outros tipos contratuais. No rumo indicado, salientamos a existência, na órbita dos Contratos, por exemplo: de pactos com atividade em proveito alheio e de acordos associativos, cooperativos e de parceria; de ajustes, mesmo quando onerosos, onde não ocorre o lucro, o preço e/ou a remuneração; de contratos em que parcela ou totalidade dos partícipes se comprometem e obrigam com a alocação de recursos e verbas para a realização do objeto e do ajustado; de acordos em que existe o compromisso e obrigação de todos ou de parte dos partícipes de utilizar, gerir, gerenciar e/ou administrar de forma adequada, boa, correta, econômica e regular visando a realização do objeto e do pactuado, tendo como referência os regramentos aos quais as mesmas pessoas e entidades se vinculam e, ainda, os princípios, normas e valores constitucionais e

infraconstitucionais; de ajustes em que os partícipes estão submetidos á fiscalização, controle e prestação de contas.

Igualmente, temos nos Convênios da Administração Pública, que se regem principalmente por princípios e normas de direito público, em um número razoável de situações, a unilateralidade e/ou a gratuidade, como também, a ausência de reciprocidade e/ou de comutatividade. Ainda, constatamos que os Convênios, na grande maioria das situações, podem ser caracterizados como pactos de adesão, que afastam a paridade e/ou a igualdade.

Anotamos que a unilateralidade pode ser constatada quando somente sobre um dos partícipes recai dever jurídico. Lembramos que a gratuidade pode ser verificada quando um dos partícipes têm ônus, transferindo dinheiros, bens e/ou valores. Registramos que a ausência de comutatividade se faz presente quando não existe equivalência de prestações entre os partícipes. Ainda ocorre a ausência de paridade quando não existe igualdade de fato e/ou de direito entre as partes/partícipes. Também podemos encontrar o ajuste de adesão quando uma das partes simplesmente adere às condições pré-estabelecidas pela outra parte/partícipe.

Outrossim, constatamos que as posições aqui criticadas, sobretudo por suas inconsistências teóricas, se refletiram notadamente, de forma marcante, no parágrafo único do art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, e, ainda, no artigo 48, do Decreto Federal nº 93.872/1986.

Julgamos que tais pontos de vista são resultado de uma perspectiva dogmática e restritiva no âmbito da própria perspectiva tradicional do Direito das Obrigações e dos Contratos, que revela uma pretensiosa tentativa de afirmar as suas concepções e conceitos, nem que para tanto tenha que moldar, engessar, falsificar e/ou contraditar a realidade do fenômeno social e contratual. O mencionado norte teórico foi repelido inclusive pela maioria da doutrina privada pátria e pela codificação privada brasileira, inclusive a partir de exames encontrados no âmbito da doutrina mundial e das codificações dos séculos XIX, XX e atual.

Por outro lado, constatamos que tal perspectiva encontrou respaldo em solo pátrio em parcela relevante da doutrina administrativa, com destaque para o âmbito dos contratos públicos, assimilando muitas vezes, como demonstramos ao

longo do presente trabalho, concepções derrotadas na esfera da doutrina e do ordenamento privado nacional e internacional.

Julgamos que se os mencionados pontos de vista já eram precários à luz de velhas lições, se tornam insustentáveis num momento em que a cooperação, a colaboração, a parceria, o auxílio e/ou a ajuda assumem papel primordial nas relações obrigacionais e contratuais.

No sentido apontado, relembramos, de um lado, que em boas e antigas lições Ruy Cirne Lima, quando estudava os chamados atos complexos, entendia os mesmos como “arcaísmo jurídico revivido” e, também, julgava ser “manifestamente preferível a dilatação do conceito básico de contrato”¹.

De outro lado, registramos que Odete Medauar, em lições atuais, diz que “a dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual”.² Ainda, Amílcar Motta entende que os Convênios “constituem (...) espécies integrantes do gênero contrato, ou seja, são regidos pelos mesmos elementos constitutivos comuns”.³ Também Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires anotam que “convênio é espécie de contrato que tem como fundo o interesse recíproco das partes, convergência de objetivos”.⁴ Enquanto que Marçal Justen

¹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1982, p. 89. 229 p.

² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª. edição. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 272. 512 p.

³ MOTTA, Amílcar. Parecer nº 36/83-AM. Contratos Administrativos e Convênios – Conceituação e Distinção. Outros Atos de Natureza Convencional. In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro** - vol. 37. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 1985, pp. 198-211, p. 204. 472 p.

⁴ RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União: Temas Polêmicos, Jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, Recomendações**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 35. 550 p.

considera que “rigorosamente, a categoria do contrato administrativo abrange inclusive a figura do convênio”.⁵

Ainda, temos recentemente a afirmação no âmbito do instituto do Consórcio Público, dentre outras questões, a natureza contratual do mesmo, trazida pela Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005.

A orientação legal estabelecida tem sentido simbólico, na medida em que ampla parcela da doutrina pátria considerava o instituto jurídico do Consórcio Público como de natureza não contratual e regido por princípios e preceitos idênticos ou assemelhados aos vigentes no Convênio da Administração Pública.

Hely Lopes Meirelles, considera que, efetuadas as distinções entre os dois institutos, “todos os princípios e preceitos regedores dos convênios são aplicáveis aos nossos consórcios administrativos”.⁶

Entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que “a semelhança entre consórcio e convênio é muito grande”.⁷

Toshio Mukai destaca que “os consórcios assemelham-se aos convênios”, como também que “os consórcios e os convênios entre entidades públicas não diferem do ponto de vista da natureza; ambos são acordos negociais administrativos não contratuais”.⁸

O encaminhamento legal dado ao Consórcio Público, fixando a natureza contratual do mesmo, por ser tema que altera posições tradicionais no âmbito do Direito Administrativo, despertou opinião contrária, de forma mais explícita na questão, de Alice Gonzáles Borges, refletindo, em relação ao tema, as análises expostas e criticadas ao longo do presente trabalho. A mencionada administrativista entende que:

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 286. 878 p.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 389. 798 p.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 296. 751 p.

⁸ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 403. 582 p.

2.2. A Lei incorre em um equívoco, qual o de tratar a constituição de consórcios entre entes da Federação para a consecução de objetivos comuns de interesse público como sendo de contratação desses mesmos consórcios (art. 3º).

Os consórcios, bem como os convênios de cooperação também previstos no dispositivo constitucional, não têm, nem podem ter natureza contratual.

Que é que caracteriza a categoria jurídica contratual? É justamente o constituir-se, dentro da teoria geral do direito, como aquele acordo de vontades gerador de vínculo obrigacional entre as partes que objetivam a consecução de interesses opostos, mediante a prestação e contraprestação de obrigações recíprocas.

Em vez disso, os ajustes de que se trata, consubstanciados nos consórcios públicos e nos convênios de cooperação entre entes federados, são, a toda evidência, de outra espécie. Trata-se de negócios jurídicos coletivos, os acordos, em que as vontades dos partícipes convergem para a consecução de um interesse comum.⁹

A mesma orientação legal dada aos Consórcios Públicos, de outro lado, recebeu opinião favorável, de Marçal Justen Filho e de Floriano de Azevedo Marques Neto.

Marçal Justen Filho, em Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação dos Consórcios Públicos, quando trata da natureza jurídica do ato constitutivo do mesmo, leciona que:

45. A determinação jurídica do ato constitutivo do consórcio público envolve muito mais uma disputa terminológica do que uma questão de fundo. Bem por isso, tanto se poderia aludir a um “convênio” como a um contrato.

45.1. Quando a expressão convênio é utilizada para indicar um ato jurídico que desencadeia o surgimento de uma relação jurídica, seu sentido compreende ajustes consensuais caracterizados pela ausência de contraposição de interesse entre os partícipes. A comunhão de interesses no tocante aos fins a serem atingidos e ausência de atuação norteada à busca de lucro dão identidade ao convênio.

⁹ BORGES, Alice Gonzáles. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**, nº 32. Porto Alegre: Notadez Informação, ano 7, julho/agosto de 2005, pp. 227-248, pp. 232-234.

Ainda, o artigo pode ser encontrado, na: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho/agosto/setembro de 2005, pp. 06-08 25 p. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br . Acesso em: 12/12/2005.

No entanto e rigorosamente, o convênio é uma manifestação contratual. (...)

45.2. (...) o convênio se configura como uma espécie de contrato plurilateral, para utilizar o pensamento desenvolvido por Ascarelli.

45.3. O contrato plurilateral ou organizacional é uma avença caracterizada por duas ordens de fatores. Por um lado, a natureza desse acordo de vontades comporta a participação de um número superior a duas. Por outro lado, o contrato plurilateral não é instrumento de câmbio de riqueza entre os contratantes. (...)

46. Em face dessas considerações, afigura-se o ato constitutivo do consórcio público consiste num contrato plurilateral, (...).¹⁰

Ensina Floriano de Azevedo Marques Neto que:

No direito administrativo, doutro bordo, este afastamento do caráter contratual para os ajustes de vontade em que não estejam presentes a bilateralidade e o antagonismo de vontades tampouco se sustenta nos dias de hoje sobretudo quando se multiplicam ajustes que, sem estas duas características, são tratados como contratos.¹¹

O jurista espanhol Roberto O. Bustillo Bolado, discutindo entendimentos que enxergam os contratos como ordenador de situações jurídicas presididas pela contraposição de interesses, pela reciprocidade e correlação entre as prestações e pela patrimonialidade, diz que:

Em minha opinião, estas três características se encontram presentes em muitos contratos, porém não em todos.

Quanto ao primeiro dos três, a contraposição de interesses, já foi exposto na presente monografia que é um tema discutível. Recordemos, por exemplo, como J. Ataz Lopez¹² assinalava que a noção de interesses

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer Elaborado sobre Proposta Legislativa de Criação de Consórcios Públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho, agosto e setembro de 2005, pp. 25-26. 27 p. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/12/2005.

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios Públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho, agosto e setembro de 2005, p. 22. 53 p. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/12/2005.

¹² LÓPEZ, J. Ataz. Artículo 1254. In: ALBALADEJO, M.; e ALABART, S. Diaz (Dirs.). **Comentários al Código Civil y Compilaciones Forales** – Tomo XVIII, Vol.1º-A. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, pp.12 e ss.

contrapostos não deriva da idéia de contrato, mas sim da de contrato de intercâmbio, o fenômeno contratual mais freqüente, porém não único (nem no Direito Administrativo, nem no Direito Civil); (...).

O mesmo sucede com o suposto segundo traço definidor, a reciprocidade no sentido que estabelece o art. 1274 do CC para os contratos onerosos. Como destacou a doutrina civilista, e como capta L. Díez-Picazo¹³ “a explicação do art. 1.274 serve para os contratos sinalagmáticos e comutativos, porém não para os demais.

Por último, quanto à natureza patrimonial do conteúdo do contrato, já explicamos em seu momento que apesar de não ser freqüente nas relações entre sujeitos privados, o fato é que sem a necessidade de sairmos do Direito Civil podemos encontrar contratos que carecem de conteúdo patrimonial.¹⁴

Igualmente, anotamos que o jurista espanhol José María Rodríguez de Santiago, examinando os Convênios entre pessoas jurídico-públicas no Direito Alemão e a Lei de Procedimento Administrativo da Alemanha de

¹³ DÍEZ-PICAZO, L. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial** – Volume I. 4ª. ed. Madrid: Civitas, 1993, p. 226.

¹⁴ BOLADO, Roberto O. Bustillo. **Convenios y Contratos Administrativos**: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento. 2ª. ed. Elcano/Navarra: Arazandi – Thomson, 2004, p. 106. 435 p.

Temos, no texto que traduzido, o que segue:

“En mi opinión, estos tres caracteres se encuentran presentes en muchos contratos, pero no em todos.

Em cuanto al primero de los tres, la ‘contraposición de intereses’, ya ha expuesto en esta monografía que es um tema discutible. Recordemos, por ejemplo, com J. Ataz López señalaba que la noción de ‘intereses contrapuestos’ no deriva de la idea de contrato, sino de la de contrato de intercambio, el fenómeno contractual más frecuente, pero no el único (ni en Derecho Administrativo, ni en Derecho Civil); (...)

Otro tanto sucede com el supuesto segundo rasgo definidor, la ‘reciprocidad’ en el sentido que establece el artículo 1274 del CC para los contratos onerosos. Como ha destacado la doctrina civilista, y como concreta L. Díez-Picazo, ‘la explicación del artículo 1274 sirve para los contratos sinalagmáticos y comutativos, pero no para los demás’.

Por último, en cuanto a la naturaleza patrimonial del contenido del contrato, ya se ha explicado em su momento que pese a no ser frecuentes en las relaciones entre sujetos privados, el hecho es que sin necesidad de salirmos del Derecho Civil podemos encontrarnos con contratos que carecen de contenido patrimonial”.

1976, traz à luz ponto de vista do jurista alemão Rolf Grawert a respeito do conceito de contrato, a partir do que o autor alemão estabelece o seu entendimento sobre a natureza contratual dos Convênios Administrativos entre o *Bund* e os *Länder*. Temos, no estudo referido, como segue:

A este respeito já se disse anteriormente a promulgação da Lei que “como contrato não conhece o convênio administrativo nenhuma especialidade essencial frente ao tradicional conceito de contrato. O contrato como acordo de vontades de duas ou mais pessoas para a produção de efeitos jurídicos entre elas, em que cada contratante pode partir de um interesse independente, ainda que nem sempre contraposto, tem no Direito Público, como em todos os demais ramos do direito a mesma estrutura fundamental. A essência do contrato repousa nos efeitos jurídicos desejados com base em um acordo de vontades, aos quais o ordenamento jurídico atribua reconhecimento”.¹⁵ ¹⁶

A autora espanhola María Jesús Garcia Morales, referenciada em autores alemães, suíços, austríacos e belgas e em decisões do próprio Tribunal Constitucional da Alemanha, constata em seu estudo comparativo dos Convênios de Colaboração na Alemanha¹⁷, Suíça¹⁸, Áustria¹⁹ e Bélgica²⁰, que “tanto a doutrina

¹⁵ GRAWERT, Rolf. **Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland**. Eine kritische Untersuchung der gegenwärtigen Staatpraxis mit einer Zusammenstellung der zwischen Bund und Ländern abgeschlossenen Abkommen. Berlin: 1967, p. 59.

¹⁶ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 54-55. 434 p.

No texto traduzido consta que:

“A este respecto se dijo ya con anterioridad a la promulgación de la Ley que “como contrato no conoce el convenio administrativo ninguna especialidad esencial frente al tradicional concepto de contrato. Lo contrato como acuerdo de voluntades de dos o más personas para la producción de efectos jurídicos entre ellas, en el que cada contratante puede partir de un interés independiente, aunque no siempre contrapuesto, tiene en el Derecho público, como en todas las demás ramas del Derecho la misma estructura fundamental. La esencia del contrato descansa en los efectos queridos con base en el acuerdo de voluntades, a los que el ordenamiento tributa reconocimiento”. (...)”.

¹⁷ Na doutrina alemã, a jurista destaca:

GRAWERT, Rolf. **Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1967, pp. 59 e ss.;

GIESE, Heinz-Ewald. **Staatsverträge und Verwaltungsabkommen der deutschen Bundesländer untereinander sowie zwischen Bund und Ländern**. Bonn: Tesis, 1961, p. 69.;

absolutamente dominante, como a da jurisprudência, entendem que os convênios que a Federação e/ou Estados-Membros podem subscrever entre si são autênticos contratos e, enquanto tais, juridicamente vinculantes para as partes”.²¹

A mencionada jurista espanhola, adiante, destaca, sobre a concepção que dissociou o contrato (*Vertrag*) do convênio (*Vereibarung*), no que se refere especificamente à dicotomia interesses contrários/convergentes, que a mesma entendia que “o contrato era a expressão de interesses diferentes e contrários, enquanto que a *Vereibarung* era a fusão de interesses que se dirigiam a uma

PIETZCKER, Jost. Landesbericht Bundesrepublik Deutschland. C. Starck (ed.). In: **Zusammenarbeit der Gliedstaaten**. Baden-Baden: Nomos, 1988, pp. 20-76, p. 51.

A autora salienta que o Tribunal Constitucional da Alemanha se tem pronunciado desde suas primeiras sentenças no sentido de sua natureza contratual, claramente em BVerfGE 1, 299 (308 e ss) – Acordo de Düsseldorf ou em BVerfGE 4, 250 (275-277) – Conflito entre Lippe e Nordrhein-Westfalen.

¹⁸ Na doutrina suíça, a autora anota:

BORTER, Willy. **Demokratiegebot und interkantonaes Vertragsrecht**. Konkordate-Verwaltungsabkommen – Absprachen. Fribourg: Universitätsverlag Freiburg, 1976, pp. 5 e ss.;
HANGARTNER, Yvo. **Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen**. Bern Frankfurt: Herbert Lang, Peter Lang, 1974, p. 129

¹⁹ Salienta a jurista, na doutrina austríaca:

ÖHLINGER, Theo. **Verträge im Bundesstaat**. Wien: Wilhelm Braumüller, 1982, p. 13.;
RILL, Heinz Peter. **Gliedstaatsverträge**. Wien New York: Springer Verlag, 1973, pp. 35 e ss.

²⁰ Destaca a autora, na doutrina belga:

COENRAETS, Philippe. Les accords de coopération dans la Belgique fédérale. In: **Administration Publique**, 3/1995, pp.158-200, pp. 162-163.

²¹ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Madrid: McGraw Hill, 1998, pp. 102-103. 372 p.

O texto traduzido é o que segue:

“Tanto la doctrina dominante como la jurisprudência entienden que los convenios que la Federación y/o los Estados miembros pueden suscribir entre sí son en principio autênticos contratos y, en cuanto tales, juridicamente vinculantes para las partes.

mesma vontade para satisfazer aspirações coletivas ou iguais”.²² Lembrando, após, que “a doutrina privatista argumentou que esta dicotomia era materialmente supérflua porque as declarações de vontade em um contrato nem sempre eram expressão de interesses contrapostos”.²³ A mesma autora, mencionando Karl-Heinrich Friauf²⁴, registra que “diferentemente do Direito Privado, no Direito Público faltou uma rejeição enérgica para a dualidade *Vereibarung e Vertrag*”.²⁵

Por derradeiro, entendemos que os Convênios da Administração Pública, que ocorrem a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, da forma como se apresentam na nossa prática administrativa e no ordenamento jurídico brasileiro, como regra, têm natureza contratual.

As bases teóricas que justificaram a defesa amplamente majoritária, no âmbito principalmente da doutrina administrativista brasileira, de que os Convênios da Administração Pública não possuíam natureza contratual, como demonstramos ao longo do presente trabalho, são insuficientes, frágeis e equivocadas.

A mencionada constatação não impede que se discuta e questione sobre se todos os chamados Convênios têm natureza contratual, como decorrência, inclusive, da enorme variedade de situações em que o mesmo é utilizado. O tema têm sido debatido, por exemplo, pelos autores espanhóis, à luz da experiência europeia e espanhola, com resposta na maioria das ocasiões, segundo os mesmos, de que nem todos os denominados Convênios possuem natureza contratual.

²² MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 132.

²³ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 133.

²⁴ FRIAUF, Karl-Heinrich. Zur Problematik des verfassungsrechtlichen Vertrages. In: **AöR – Archiv des öffentlichen Rechts**.s/local, 1963, pp. 257-313, p. 264.

²⁵ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 133.

No texto citado, temos: “A diferencia del Derecho privado, en el Derecho público falto um rechazo tajante a la dualidad *Vereibarung y Vertrag*”.

Enfrentam o tema, somente para lembrar, Angel Menéndez Rexach²⁶, Enoch Alberti Rovira²⁷, María Jesús Garcia Morales²⁸ e José María Rodrigues de Santiago²⁹.

11.2. DO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS DENOMINADOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Verificamos que grande parcela dos autores fundamentam a existência de regime próprio nos Convênios da Administração Pública, a partir das teses doutrinárias que os levam a considerar ausentes nos mesmos ajustes a natureza contratual.

Salientamos notadamente as teses da exigem que nos Contratos e/ou nos Contratos Administrativos exista obrigatoriamente o elemento antagonismo de interesses das partes/partícipes, e, ainda, que entendem necessário a ocorrência nos mesmos especialmente obrigações recíprocas, bilateralidade, onerosidade, comutatividade. Como também destacamos concepções que compreendem os Convênios como pactos onde está ausente ou se manifesta precariamente às noções de vínculo jurídico, obrigacional e/ou contratual, de direitos, deveres, obrigações e pretensões, de responsabilidade, ações, sanções e penalizações, e/ou onde ocorrem situações que se notabilizam pelas iguais possibilidades dos partícipes tomarem a iniciativa da retirada unilateral e da denúncia do ajuste.

²⁶ REXACH, Angel Menéndez. **Los Convenios entre Comunidades Autonomas**: Comentario al Artículo 145.2 de la Constitución. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, pp. 61-92. 149 p.

²⁷ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 490-514. 598 p.

²⁸ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 133.

²⁹ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Op. cit., pp. 339-366.

Temos os mesmos entendimentos equivocados, incorporados de forma considerável no parágrafo único do art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, e, ainda, no art. 48, do Decreto Federal nº 93.872/1986, estabelecendo obstáculos relevantes para o reconhecimento da natureza contratual dos Convênios da Administração Pública, ao mesmo tempo em que se reconhece, mesmo que a partir de concepções inconsistentes, a existência de um regime próprio para os mencionados ajustes.

Os obstáculos para reconhecer a natureza contratual dos Convênios da Administração Pública e também os motivos para afirmar a existência de um regime próprio para os mesmos, de parte das opiniões criticadas ao longo do presente trabalho, nutre-se especialmente das situações e realidades dos mesmos ajustes tidas como incompatíveis ou contraditórias com os Contratos e/ou Contratos da Administração Pública.

Entendemos, como já enumeramos, como características fundamentais dos mencionados ajustes convencionais: os elementos cooperação, colaboração, parceria, auxílio e/ou ajuda e, ainda, a ausência de lucro, preço e/ou remuneração entre os partícipes; o compromisso e obrigação de parcela ou da totalidade dos partícipes no sentido de destinar recursos, repassar verbas e/ou efetuar contrapartidas para realizar objeto e o ajustado; o compromisso e obrigação de parte ou de todos os partícipes de utilizar, gerir, gerenciar e/ou administrar os mesmos recursos, verbas e/ou contrapartidas, de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, a partir dos parâmetros traçados pelo acordado, pelas regulações estabelecidas como aplicáveis ao pacto e pelos princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais; a submissão fiscalização, controle e/ou prestação de contas dos das pessoas e entidades partícipes e que se envolverem no ajuste, através, por exemplo, do controle interno (Controladorias, Auditoriais e serviços de contabilidade), do controle externo (Tribunais de Contas), do Poder Judiciário e, ainda, da cidadania e da sociedade.

Constatamos nos Convênios da Administração Pública, a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, como também em inúmeras figuras contratuais, a possibilidade da presença, na relação entre os partícipes, da unilateralidade e da gratuidade, como também a ausência de reciprocidade, de comutatividade, de paridade e/ou de igualdade.

Igualmente, salientamos nos Convênios, em inúmeras situações, da mesma forma que nos denominados Contratos e/ou Contratos da Administração

Pública, a possibilidade da presença dos elementos bilateralidade ou “trilateralidade”, onerosidade (o caráter oneroso não pressupõe como obrigatório o lucro, o preço e/ou a remuneração), reciprocidade, comutatividade, paridade e/ou igualdade.

Consideramos que o conjunto dos exames e constatações do nosso trabalho, de um lado, afirmam a natureza contratual dos Convênios da Administração Pública, e, de outro lado, apontam para a existência de um regime jurídico próprio dos mesmos, pelo fato de que suas características demonstram traços distintos do denominado regime jurídico dos Contratos Administrativos, apesar do fato de que as mencionadas especificidades dos Convênios trazerem muitos elementos que podem ser encontrados em outros ajustes de natureza contratual.

De outro lado, outros juristas buscam a fundamentação do regime próprio dos Convênios da Administração Pública no inegável tratamento diferenciado, reservado notadamente pelas estipulações legais pátrias, aos institutos dos Convênios e dos Contratos da Administração Pública.

A indiscutível percepção distinta dos Convênios, nem sempre com o melhor enfoque, é acolhida, somente para lembrar alguns dispositivos, no art. 23, § único, no art. 241, no art. 71, inciso VI, e no art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988, no art. 116 e no art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, no art. 10, do Decreto-Lei nº 200/1967, nos arts. 48 até 57 do Decreto Federal nº 93.872/1986 e na Instrução Normativa nº 01/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional.³⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que:

O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias. Isto resulta da própria Lei nº 8.666, de 1993, quando no art. 116, caput, determina que suas normas se aplicam aos convênios no que couber. Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos arts. 1º e 2º.³¹

³⁰ Destacamos também a Instrução Normativa nº 01/2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: Concessões, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 189. 395 p.

Assinala Maria Garcia, discutindo a temática convênio, que:

De toda sorte, pode-se concluir, nesta parte, que a Lei nº 8.666/93 estabeleceu o regime jurídico dos convênios, acordos, ajustes e dos outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, de modo preciso, no seu artigo 116, dispositivo que regula a matéria, à parte das demais disposições da Lei de Licitações, podendo-se criticar a sua colocação no texto legal (“Disposições Finais e Transitórias”) uma vez que, relativamente aos contratos, a Lei lhes destina capítulo expresso.

Mal colocada embora, a matéria dos convênios encontra-se regulada em dispositivos próprios e específicos, situando-se à parte e destacada dos contratos, conforme exposto, para regular importantes e diversificadas áreas da atividade estatal, cujo alcance mostra-se incomensurável.³²

De outro lado, Sidney Bittencourt, no nosso entender equivocadamente, declara irrealista e encara com cautela o dispositivo do caput do art. 116 da Lei nº 8.666/93, que estipula ser aplicável aos Convênios Administrativos, no que for cabível, às demais disposições da Lei Federal nº 8.666/93, Da Licitação e dos Contratos da Administração Pública, “em face das características peculiares desse tipo de acordo”.³³ Relembramos que igualmente Toshio Mukai, referindo-se ao citado dispositivo, aponta no mesmo rumo quando considera “que poucos são os dispositivos referentes aos contratos administrativos aplicáveis, visto que os convênios têm natureza diversa”.³⁴

Pensamos, de um lado, é necessário, imediatamente, dar conseqüência mais cabal ao mencionado preceito legal, de um lado, estabelecendo, em relação aos Convênios da Administração Pública, discussões sobre o que se aplica ou não da Lei Federal nº 8.666 aos mesmos.

³² GARCIA, Maria (coordenação); MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Maria Walquiria Batista dos.; e TANAKA, Sônia Yuriko. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pp. 235-236. 317 p.

³³ BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**: Comentando Toda Legislação da Matéria, com Destaque para a IN STN 1/97. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2005, p. 41. 160 p.

³⁴ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. Op. cit., p. 401.

De outro lado, devemos trabalhar, buscando o que é mais desejável, para que ocorra, num espaço de tempo não muito longo, a definição de normas gerais para os ajustes de natureza convenial da Administração Pública, incorporando nas mesmas a vasta experiência das pessoas e entidades que se vinculam a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como também dos particulares, como também respeitando e dando consequência aos princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais. Entendemos, porém, que não basta à fixação de regulação jurídica no âmbito das relações entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas entidades.

Julgamos que a perplexidade e paralisia, em relação às duas iniciativas enumeradas, no que diz respeito ao tema Convênios, são muito favoráveis e adequadas para os que utilizam as lacunas doutrinárias e legais do mesmo instituto jurídico para perpetrar toda espécie de violações aos princípios e normas de direito público e para agredir os princípios e normas presentes no nosso ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

De outra forma, entendemos que a situação é de alguma forma amenizada, quando as pessoas e entidades da Administração Pública possuem alguma regulação jurídica relativa aos Convênios, congêneres, e/ou aos ajustes e procedimentos de natureza convenial, desde que as mesmas estejam em consonância com espírito do ordenamento constitucional e infraconstitucional, como ocorre, embora de forma insuficiente, por exemplo, no âmbito da União com a Instrução Normativa nº 01, de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional.³⁵

Julgamos que a situação também é mitigada quando os concedentes de recursos definem regulamentações adequadas aos princípios, normas e valores presentes no sistema jurídico nacional, traçando: exigências para a habilitação e para a apresentação de propostas dos candidatos ao recebimento de recursos; critérios para a competição e seleção dos que se demonstrarem interessados no recebimento de recursos; estipulação dos balizamentos das relações entre os partícipes, notadamente no que se refere aos direitos, deveres, obrigações, pretensões, responsabilidades, sanções e penalização; definição de procedimentos

³⁵ Igualmente, poderíamos anotar também, no mesmo sentido, a recente Instrução Normativa nº 01, de 15 de março de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

para a contratação com terceiros; estipulação de procedimentos, ressaltando notadamente o exigido e o vedado, para utilização, gestão e/ou administração dos recursos disponibilizados, a fiscalização e controle das despesas efetuadas e da realização do objeto e do ajustado; estipulações sobre a fiscalização, controle e prestações de contas, estabelecendo-se em relação às últimas, dentre outras questões, os critérios de julgamento para as contas e para o estabelecimento de responsabilidades, ações, sanções e penalizações.

Pensamos que nada impede, e que, aliás, tudo aconselha, que as próprias pessoas e entidades que recebam e manejem recursos (convenientes e executoras institucionais), definam regulamentações que darão, parâmetros referenciados no ordenamento jurídico nacional, para as mesmas instituições, para seus dirigentes, membros, servidores, empregados e propostos, no rumo indicado, por exemplo, pelo estabelecido sobretudo nos art. 14 e 4º, da Lei Federal nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e do Termo de Parceria, e, ainda, pelas sugestões aqui trazidas.

Ainda, Leon Fredja Szklarowsky registra que “o contrato e o convênio têm pontos em comum, mas também divergentes entre si”, e anota que “convênio e contrato são acordos, mas aquele não é contrato, conforme já decidiu o Excelso Pretório, em memorável decisão”.³⁶

Relembramos que a decisão do Supremo Tribunal Federal referida por Leon Fredja Szklarowsky defende a natureza não contratual do convênio, como também entende os mesmos ajustes como de natureza precária. No Tribunal de origem, na intervenção do Relator o acordo foi considerado precário e que “como acordo de vontades para a cooperação entre órgãos do serviço público, não geram direitos”.³⁷

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência** nº 141. Brasília: STF, p. 619.

³⁷ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). S/Local: Âmbito Jurídico, Set/1998, p. 01. 06 p. Encontrado em: <http://ambito-juridico.com.br/aj/da0005.html>. Acesso em 23 de julho de 2003. O mesmo artigo poderá também ser encontrado: In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina, a. 1, n. 20, out.1997. 07 p. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/>... Acesso em 09 de fevereiro de 2005.

Por outro lado, constatamos que vários autores manifestam pontos de vista em defesa do regime próprio dos Convênios tendo outras referências e perspectivas.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha entende que:

A rigor, tanto o convênio como o contrato são negócios jurídicos realizados pela Administração no exercício de competência para a realização do interesse público almejado pela lei. Não haveria diferença entre eles quanto à natureza, mas sim apenas quanto ao conteúdo. A distinção calcada na existência de interesses contrapostos ou de interesses comuns seria insuficiente para diferenciá-los. A doutrina, no entanto, elegeu como traço característico do contrato administrativo a presença das chamadas cláusulas exorbitantes, e a partir desse critério não se pode negar que entre o contrato administrativo e o convênio existem diferenças, na medida em que neste último – o convênio – não encontramos cláusulas exorbitantes. Ao lado desse critério distintivo deve ser agregado o critério real da diversidade de regime jurídico aplicável ao contrato administrativo se comparado com o regime jurídico aplicável ao convênio.³⁸

Amílcar Motta, após dizer que considera os convênios como pertencente ao gênero contrato e regido por elementos constitutivos comuns, entende que o mesmo se vincula “a uma disciplina e postulados próprios, previstos em lei”.³⁹

Anota Odete Medauar, depois de concluir pela natureza contratual dos convênios, que “a característica desses últimos está na sua especificidade ou pelo tipo de resultado que se pretende atingir com o acordo firmado”.⁴⁰ Ao passo que Marçal Justen Filho, após considerar que o Contrato Administrativo abarca o instituto do Convênio, julga, porém, que o último “se sujeita a regime jurídico próprio”.⁴¹

³⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54. 174 p.

³⁹ MOTTA, Amílcar. Parecer nº 36/83-AM. Contratos Administrativos e Convênios – Conceituação e Distinção. Outros Atos de Natureza Convencional. In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro** - vol. 37. Op. cit., p. 204.

⁴⁰ MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**. São Paulo: Cejur - Centro de Estudos Jurídicos, Vol. 2, Junho de 1996, pp. 69-89, p. 79.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 286.

Julgamos, somando-nos aos últimos e em face de tudo o que foi dito ao longo do presente trabalho, que os Convênios da Administração Pública, ao menos aqueles que ocorrem a título de cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, apesar de possuírem natureza contratual, têm regime jurídico próprio.

Celso Antônio Bandeira de Mello, falando do regime jurídico administrativo, ensina que se diz “que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito”.⁴²

Régis Fernandes de Oliveira, tratando da questão regime jurídico administrativo, ensina que se entende “por regime jurídico administrativo o conjunto de princípios que possam, em sua unidade sistemática, fornecer caracteres distintivos dos demais ramos do direito e dar-lhe autonomia própria, fisionomia específica”.⁴³

A pertinente lição trazida por Juarez Freitas de que “o sistema jurídico é um só”⁴⁴ e trazida por Edmir Netto de Araújo, de “que o direito é uno, é um só”, em razão do que o último autor registra que “o estudo sistematizado de certa disciplina deve ter sempre presente o entrelaçamento com as demais matérias do mesmo ou de outro ramo do Direito”⁴⁵, não invalida o ensinamento, trazido por Régis Fernandes de Oliveira, de que “o que vale notar é que se deve buscar um princípio ou uma gama deles que possa dar peculiaridade a um ramo do direito e distingui-lo dos demais”.⁴⁶

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17^a. edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 45. 960 p.

⁴³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 3^a. edição. São Paulo: Editora RT, 1992, p. 34. 171 p.

⁴⁴ FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. 4^a. edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 227. 328 p.

⁴⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33. 1.289 p.

⁴⁶ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 3^a. edição. Op. cit., p. 34.

Entende Maria Helena Diniz, a partir dos exames de Celso Antonio Bandeira de Mello, por regime jurídico, no que diz respeito ao âmbito dos institutos jurídicos, como “o conjunto de princípios, normas e categorias que regem o funcionamento de determinado instituto jurídico”.⁴⁷

Amílcar Motta considera que a natureza jurídica do ato negocial “não dependem da aposição desse ou daquele rótulo, mas, antes de tudo, da preexistência de requisitos legais capazes de lhe conferir estrutura e contornos próprios e que lhe permitam constituir categoria separada dos outros.”⁴⁸

Entendemos que os Convênios da Administração têm regime jurídico peculiar e distinto dos chamados Contratos da mesma Administração, regulados notadamente pela Lei Federal nº 8.666/93.

Consideramos que, da mesma forma, os Contratos de Concessão de Serviços Públicos, que se referenciam notadamente nas Leis Federais nº 8.987/95 e nº 9.074/95, que se encontram na esfera dos denominados Contratos da Administração Pública, têm regime jurídico próprio.

Pensamos que o regime jurídico próprio dos Convênios da Administração Pública, é acolhido, como já anotamos, pelo sistema jurídico nacional. O mesmo regime jurídico próprio decorre do fato de os mesmos ajustes serem regulados por um conjunto de estipulações, constitucionais e infraconstitucionais, que, em questões essenciais, possuem relevantes diferenciações doutrinárias e práticas, a despeito das inumeráveis proximidades, em relação, somente para exemplificar, aos Contratos da Administração Pública, regulado de forma mais específica e detalhada pela Lei Federal nº 8.666/93. Julgamos que a própria formulação do art. 116, da Lei Federal nº 8.666, quando enuncia que se aplica aos Convênios e congêneres, no que couber, a Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública, como também quando define inúmeras situações que tratam o ajuste convencional de forma própria e específica, apontam para a existência de um regime diferenciado para os

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005, p.112. 941 p.

⁴⁸ MOTTA, Amílcar. Parecer nº 36/83-AM. Contratos Administrativos e Convênios – Conceituação e Distinção. Outros Atos de Natureza Convencional. In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro** - vol. 37. Op. cit., p. 204.

Convênios, como também para uma relevante proximidade entre os institutos antes citados.

Entendemos que poderíamos também discutir a existência ou inexistência também de regimes jurídicos distintos quando estivermos tratando de outros ajustes considerados pela doutrina pátria como de natureza convenial ou que se entende seguem princípios e normas reguladoras similares às dos Convênios da Administração Pública. Tais questões poderiam ser discutidas no que diz respeito, notadamente, aos Contratos de Gestão com as Organizações Sociais (Lei Federal nº 9.637/98), aos Termos de Parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei Federal nº 9.790/99), como também aos Consórcios Públicos (Lei Federal nº 11.107/05).

Igualmente, destacamos que se existe elementos essenciais para caracterizar os Contratos e/ou os Contratos da Administração Pública, bem como os Convênios da mesma Administração, passível de nos levar a falar de regime jurídico dos Contratos Cíveis, dos Contratos da Administração Pública e/ou dos Convênios da mesma Administração, não podemos desconhecer que no âmbito dos mesmos existe uma enorme variedade de conteúdos, que exigem, não raras vezes, regulações diferenciadas, ao ponto de poder se falar de tantos regimes jurídicos quanto sejam os tipos de conteúdos/regulações próprias.

No sentido indicado, o jurista espanhol José Luis Ávila Orive, discorrendo sobre os Convênios de Colaboração excluídos da Lei de Contratos das Administrações Públicas da Espanha, considera, de um lado, que os “contratos e convênios são figuras distintas e separadas no ordenamento jurídico, que, sem prejuízo de seus fatores comuns, respondem a realidades diferentes e, por conseqüência, são submetidos também a regimes jurídicos distintos”⁴⁹, e, igualmente, entende que existem tipos diferentes de convênios, que justificam que

⁴⁹ ORIVE, José Luis Ávila. **Los Convenios de Colaboración Excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**. Madrid: Civitas, p. 215. 226 p.

No texto traduzido temos que: “(...) contratos y convenios son figuras distintas y separadas, en el ordenamiento jurídico que, sin perjuicio de sus factores comunes, responden realidades diferentes y, consiguientemente, se ven sometidos también a regímenes jurídicos distintos”.

se fale sobre “a categoria de convênio” e, ainda, de “seu correspondente regime jurídico”.⁵⁰

Verificamos que estudos efetuados por juristas espanhóis, trabalhando, no que se refere aos Convênios, com a experiência e doutrina europeia e espanhola, constataam a existência de amplo leque de funções que se viabilizam através dos Convênios, como também verificam a ocorrência de grande número de conteúdos viabilizados pelos mesmos acordos.

Destaca Enoch Alberti Rovira, jurista espanhol, a partir da experiência e doutrina alemã⁵¹, o que entende ser as duas grandes classes de Convênios Federais, quais sejam os convênios estatais e os acordos administrativos⁵², ao mesmo tempo distingue os mesmos de outras figuras afins, de natureza não contratual, quais sejam os acordos políticos e os acordos dos organismos comuns de coordenação.⁵³

Angel Menéndez Rexach, jurista espanhol, quando trata dos Convênios entre as Comunidades Autônomas, classifica os mesmos, por exemplo, no que se refere ao seu conteúdo jurídico, em Convênios Normativos e Convênios Negociais.⁵⁴

Entende María Jesús García Morales, que trabalha com os Convênios nos sistemas federais europeus da Alemanha, Suíça, Áustria e Bélgica, existirem, segundo o concreto conteúdo que pode revestir um Convênio, quatro grandes categorias: os Convênios Negociais, os Normativos, os Interpretativos e os

⁵⁰ ORIVE, José Luis Ávila. **Los Convenios de Colaboración Excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**. Op. cit., p. 86.

O texto traduzido diz que: “(...) que justifiquen la categoría de convenios y su correspondiente régimen jurídico.”

⁵¹ Cita, por todos: SCHNEIDER, H.; GRAWERT, R.; e GIESE, H. E.

⁵² ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., pp. 496-497.

⁵³ ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana**. Op. cit., pp. 497-498.

⁵⁴ REXACH, Angel Menéndez. **Los Convenios entre Comunidades Autonomas**: Comentário al Artículo 145.2 de la Constitución. Op. cit., pp. 108-115.

Programáticos.⁵⁵ Considerando a autora que os dois últimos não possuem natureza contratual.⁵⁶

José María Rodríguez de Santiago anota que “não se pode falar com propriedade de um único regime jurídico dos convênios como tais”. Entende o mesmo autor que “a admissibilidade e os limites de uma determinada regulação convencional dependerão do que as partes se proponham através de acordo de vontades”, e, ainda, “dos limites gerais que cabe exigir de qualquer convênio”, bem como “da ordenação jurídica de âmbito material em que o convênio se celebra”.⁵⁷

Registra María Jesús García Morales que “os convênios se têm convertido em um instrumento que serve para quase tudo” e que “é difícil encontrar âmbitos materiais onde não se hajam celebrado convênios e, em qualquer caso, os há nos setores mais relevantes da atuação estatal, como são a educação, universidades e investigação, meios audiovisuais, ordenação territorial ou proteção do meio ambiente.”⁵⁸

⁵⁵ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., pp. 96-100.

⁵⁶ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 109.

⁵⁷ SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Op. cit., p. 21.

Temos, no texto que traduzimos:

“(…) que no puede hablarse con propiedad de único régimen jurídico de los convenios como tales: la admissibilidade y los limites de una determinada regulación convencional dependerán de lo que las partes se propongan a través del acuerdo de voluntades, de los limites generales que cabe predicar de cualquier convenio, pero, también, de la ordenación jurídica del ámbito material em el que el convenio se celebra. (...)”

⁵⁸ MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estúdio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Op. cit., p. 286.

No trabalho da autora temos:

“Los convenios se han convertido en un instrumento que sirve para casi todo. Es difícil encontrar ámbitos materiales donde no se hayan celebrado convenios y, em cualquier caso, los hay en los sectores más relevantes de la actuación estatal, como son educación, universidades e investigación, médios audiovisuales, ordenación territorial o protección del medio ambiente”.

12. DA CONCLUSÃO

12.1. EXAMES PRELIMINARES

O estudo desenvolvido buscou examinar e ser conclusivo sobre questões cruciais que envolvem o tema Convênios da Administração Pública e congêneres, a partir dos exames encontrados notadamente na doutrina, na prática administrativa e no sistema jurídico nacional.

A análise do material colhido apontou para uma caracterização dos Convênios da Administração Pública e congêneres que se dá sobretudo em contraste com os elementos tidos como existentes ou pretensamente presentes nos Contratos da Administração Pública e/ou nos Contratos, dentre outros motivos, por se negar, na maioria dos casos, aos primeiros a natureza contratual.

Em razão do que os nossos exames sobre os Convênios da Administração Pública e congêneres deu amplo destaque para a disussão e o questionamento dos elementos tidos como fundamentais para distinguir o mesmo instituto jurídico dos Contratos da Administração Pública e/ou dos Contratos em geral.

Entendemos que os resultados do nosso trabalho foram, dentre outros, a desconstituição, da forma a seguir especificada, dos principais elementos que serviam de fundamentação para a diferenciação dos Convênios da Administração Pública em relação aos Contratos da Administração Pública e aos Contratos em geral, como também dos entendimentos que não reconheciam a natureza contratual dos primeiros.

Ainda, julgamos que conseguimos, como resultados de nossos exames, a afirmação de relevantes traços que reunidos caracterizam os Convênios da Administração Pública e que indicam um regime jurídico próprio para os mesmos. Consideramos que são sobretudo a associação dos seguintes elementos que particularizam os pactos de natureza convenial: a cooperação, a colaboração, a coordenação, a parceria, o auxílio e/ou a ajuda; a ausência de lucro, de preço e/ou de remuneração; recursos, verbas e/ou contrapartidas colocados à disposição e/ou

repassadas para realizar sobretudo o objeto e o acordado; a utilização, gerência e/ou administração dos recursos, verbas e/ou contrapartidas de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, para viabilizar notadamente o objeto e o pactuado, respeitadas as estipulações do ordenamento jurídico; a fiscalização, o controle e a prestação de contas exercida pelos partícipes e envolvidos no ajuste, e, ainda, pelo controle interno (Controladorias, Auditorias, serviços de contabilidade e de prestação de contas), pelo controle externo (Tribunal de Contas e Poder Legislativo), pelo Poder Judiciário, como também pela cidadania, pela sociedade e pelo povo.

1.2.2. A ORIGEM DOUTRINÁRIA DA DISTINÇÃO ENTRE OS CONVÊNIOS E OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A DIFERENCIAÇÃO DOS CONCEITOS DE ACORDO, CONVENÇÃO, PACTO, ATO COMPLEXO E ATO COLETIVO EM RELAÇÃO À NOÇÃO DE CONTRATO

Verificamos que na origem da distinção dos Convênios da Administração Pública em relação aos Contratos da mesma Administração e aos Contratos, estão, de um lado, os conceitos de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo, associados aos primeiros ajustes, e, de outro lado, a noção de Contrato, que se vincula, em princípio, aos últimos, e que descarta, na maioria das vezes, a natureza contratual dos primeiros.

Constatamos que os fundamentos teóricos dos conceitos que são associados aos Convênios da Administração Pública, em especial os de Acordo, Ato Complexo e Ato Coletivo, surgem, nos tempos modernos, em doutrinadores alemães do final do século XIX, com o nítido objetivo de diferenciar os mesmos da noção de Contrato. O desenvolvimento posterior dos mesmos conceitos se dá, notadamente no mesmo final de século e nas primeiras décadas do século XX, com a contribuição de teóricos de diversos países, com destaque para a Alemanha, a Itália e a França.

Igualmente, verificamos que alguns elementos que fundamentam a distinção dos Convênios da Administração Pública em relação aos Contratos da Administração Pública e aos Contratos em geral, podem ser encontrados no Direito Romano, onde temos a contraposição das idéias de Pacto em relação as de Contrato.

Os pontos de vista externados por um número considerável dos que trabalharam os citados fundamentos teóricos, que estão na base das distinções que se efetuam, até os dias atuais, entre os Convênios da Administração Pública e os Contratos, e que negam a natureza contratual dos primeiros, apontam notadamente alguns pontos de vista que consideramos insuficientes, frágeis e equivocados.

Os entendimentos mencionados pressupõem que as relações contratuais, ao contrário do que ocorreria nos Convênios da Administração Pública, têm notadamente as seguintes características: a existência nas mesmas de interesses antagônicos e/ou distintos entre as partes; a estipulação nas mesmas de obrigações recíprocas, que supõe, como regra, a bilateralidade, a onerosidade e/ou a comutatividade; a vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, a estipulação de direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilizações, sanções e/ou penalizações.

Julgamos que os dois primeiros itens, dos pontos de vista antes citados, contrariam a doutrina e as codificações privadas dos séculos XIX, XX e atual, no Brasil e no mundo, na medida que as mesmas reconhecem a existência de contratos associativos, de colaboração e parceria, e, também, a ocorrência de contratos onde não esteja presente a reciprocidade de obrigações e/ou a comutatividade, bem como onde se verifique a unilateralidade e/ou a gratuidade.

Pensamos, no que diz respeito ao terceiro item, que a vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, a estipulação de direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilizações, sanções e/ou penalizações não ocorrem somente nos Contratos da Administração Pública e nos Contratos, mas também nos Convênios da Administração Pública.

Ainda, destacamos que a retirada unilateral e a denúncia são situações que podem ser encontradas, ao contrário do que propaga a maioria da doutrina administrativa nacional, tanto nos Convênios da Administração Pública, quanto em vários Contratos.

De outro lado, as concepções que antes indicamos não conseguem ver que nos concretos Convênios da Administração Pública, de forma assemelhada com a que ocorre na realidade dos Contratos, guardadas as especificidades de cada um, ora existem, ora estão ausentes, a reciprocidade, a comutatividade, a bilateralidade, a unilateralidade, a onerosidade, a gratuidade, a paridade, a igualdade e/ou a desigualdade e as situações de mera adesão. Igualmente, julgamos que constituem

uma deformação da realidade dos Convênios da Administração Pública, o entendimento de que os mesmos se caracterizam pela ausência, instabilidade ou precariedade da vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, dos direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilizações, sanções e/ou penalizações.

Tais pontos de vista expressam uma visão dogmática e restritiva, que está em contradição inclusive com a realidade contratual dos tempos modernos e da atualidade. A mesma concepção foi repelida pela ampla maioria da doutrina privada nacional e estrangeira e pelas codificações privadas do séculos XIX, XX e atual, mas, encontrou respaldo significativo no âmbito do Direito Público pátrio e mesmo internacional.

Refletem as mencionadas opiniões no sistema jurídico nacional, por exemplo, o art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos Administrativos, e o art. 48, do Decreto Federal nº 93.872/1986, Da Unificação dos Recursos de Caixa do Tesouro Nacional e da Atualização da Legislação Pertinente. As formulações citadas, porém, não resistem ao exame do fenômeno obrigacional e/ou contratual e as estipulações presentes no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional pátrio, como ficou evidente nas análises efetuadas ao longo da presente Dissertação.

12.3. DA INSUFICIÊNCIA DA DICOTOMIA ANTAGONISMO–CONVERGÊNCIA DE INTERESSES, OBJETIVOS E RESULTADOS, COMO PRINCIPAL ELEMENTO DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS CONVÊNIOS E OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A primeira e principal fundamentação para a diferenciação dos Convênios da Administração Pública em relação aos Contratos da Administração Pública e aos Contratos destaca a existência, nos primeiros, do elemento convergência de interesses, objetivos e resultados dos partícipes, e, nos últimos, a ocorrência do antagonismo de interesses, objetivos e resultados pretendidos pelas partes.

Constatamos a ampla utilização, pela doutrina administrativa pátria, da dicotomia antagonismo/convergência de interesses, objetivos e resultados como elemento principal da diferenciação explicitada.

Destaca-se, na doutrina administrativa, que nos Contratos da Administração Pública as partes possuem especialmente interesses, objetivos e resultados diversos, diversificados, diferentes, distintos, opostos, contrapostos, divergentes, contraditórios e mesmo em confronto.

Igualmente, constatamos que alguns administrativistas, quando se referem aos Contratos Administração Pública, trazem para a caracterização dos mesmos as idéias de composição, de acordo, de encontro ou de ajuste dos mencionados interesses diferentes, contraditórios, opostos ou antagônicos.

Por outro lado, verificamos, quando se trata dos Convênios da Administração Pública, que a doutrina administrativa fixa em relação aos mesmos notadamente as idéias da existência nos mencionados ajustes de interesses, objetivos, escopos e vontades comuns, coincidentes, recíprocos, convergentes, paralelos, concordantes, não opostos, não contrapostos. Igualmente, comprovamos a menção ao desempenho conjunto e harmônico dos partícipes, bem como aos elementos cooperação e colaboração entre os mesmos.

Salientamos, questionando os enfoques enunciados, que diversos doutrinadores, referenciados em exames, muitos deles antigos, trazidos por juristas pátrios e de outros países e, ainda, pelas codificações dos séculos XIX, XX e atual, constataam, ao lado dos contratos de intercâmbio, comutativos e/ou bilaterais a existência de contratos associativos, cooperativos, de parceria e de comunhão de escopo. Verificamos que a doutrina destaca como referência para o último tipo de Contrato, dentre outros, o Contrato de Sociedade.

Destacamos que, numa perspectiva mais contemporânea e ampliando as citadas objeções, temos também ensinamentos de qualificados juristas pátrios que lembram a ocorrência, de um lado, de contratos de intercâmbio, de outro, de contratos com atividade em proveito alheio, como também de relações contratuais onde ocorre a comunhão de escopo.

Os mesmos exames e a verificação dos mencionados fenômenos problematizam e desautorizam o enfoque dogmático, restritivo, simplista e/ou unilateral de Contrato que gestou o estabelecimento da distinção dos Contratos e/ou Contratos da Administração Pública em relação aos Convênios da mesma Administração, tendo como base a dicotomia antagonismo/convergência de interesses, objetivos, vontades e resultados.

Julgamos que a perspectiva restritiva da figura contratual, baseada na dicotomia oposição/coincidência de interesses, objetivos e/ou resultados, não encontra sustentação mais significativa na esfera da doutrina privada pátria, a despeito da mesma concepção se manifestar no âmbito da mesma e das razoáveis perplexidades que ocasiona. Pensamos, porém, que a mesma concepção se manifesta de forma marcante no âmbito da doutrina administrativa brasileira.

Entendemos que os Contratos, tal como foram estabelecidos pelo ordenamento jurídico privado brasileiro, notadamente nos Códigos Civis de 1916 e 2002, não concedem sustentação para as concepções prenes de restrições, exigências e limitações para que seja admitida a ocorrência da figura contratual.

Julgamos que mesmo quando temos, nos concretos institutos contratuais, uma predominância, em grau mais ou menos significativo, de situações que apontam no sentido do antagonismo ou da comunhão de interesses, objetivos ou resultados das partes/partícipes, devemos rejeitar enfoques deterministas, pois, estamos diante somente de uma tendência que pode ou não ser confirmada. Entendemos que a experiência têm demonstrado como é artificial enxergar, de forma unilateral, nos contratos de intercâmbio somente a face divergência e nos contratos associativos, como também nos Convênios da Administração Pública, exclusivamente o lado convergência.

Pensamos, porém, que os questionamentos das concepções criticadas no presente trabalho ocorrem, de uma forma mais decisiva, com o surgimento de uma série de análises e concepções novas e contemporâneas, que tendem a influenciar decisivamente, tanto o Direito Privado, como o Direito Público.

Destacamos que se ampliam os entendimentos, reconhecidos pela doutrina e pelo sistema jurídico, onde as relações obrigacionais e contratuais são vistas como um “todo” e como processo, e/ou onde se enxergam os mesmos vínculos para além das partes e também na perspectiva dos terceiros, da sociedade e ordenamento jurídico, e, ainda, onde temos uma afirmação crescente dos elementos cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda.

Igualmente, salientamos que, de forma simultânea e congruente com os entendimentos e fenômenos enumerados, constatamos nas relações obrigacionais e contratuais, no Brasil e no mundo, a afirmação de novos princípios contratuais, tais como, o da boa-fé, da confiança, da probidade, da função social, do equilíbrio econômico, da equivalência material e das prestações e, ainda, da justiça contratual.

12.4. DA FRAGILIDADE DO CONCEITO OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS, COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO ENTRE OS CONTRATOS E OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Constatamos a fragilidade da noção de obrigações recíprocas para diferenciar o conceito de Contrato em relação às noções de Acordo, Convenção, Ato Complexo e/ou Ato Coletivo, como também para fundamentar, como indica, ao menos de forma implícita, o art. 2º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, a distinção entre o Contrato e o Convênio da Administração Pública.

A insuficiência do conceito obrigações recíprocas, ou de obrigações que se equivalem, para caracterizar os Contratos e os Contratos da Administração Pública decorre de que no sistema jurídico nacional, com ampla aprovação doutrinária nacional e estrangeira e nas codificações privadas do século XIX, XX e atual, se constata que nem todos os Contratos acima mencionadas são onerosos, bilaterais e comutativos. O fato pode ser constatado pela existência de contratos unilaterais, gratuitos e não comutativos no âmbito dos Códigos Civis brasileiros, de 1916 e 2002, como também na legislação referente aos Contratos da Administração Pública, de 1986 e 1993.

O exemplo mais mencionado é o Contrato de Doação, contrato unilateral, gratuito e não comutativo, presente no âmbito do Direito Privado e do Direito Público, que ganha características particulares na esfera do último pela incidência dos princípios da legalidade, da impessoalidade, do interesse público e da motivação, que suprime das mesmas as noções de liberalidade, gratificação generosa e o elemento subjetivo pessoal do agente.

Ainda, a noção de obrigações recíprocas tem se revelado precária para estabelecer a diferenciação entre os Contratos e os Contratos da Administração Pública em relação aos Convênios da mesma Administração, também pelo fato de existirem tanto nos primeiros como no último situações de ausência de obrigações recíprocas, como de circunstâncias onde temos a presença das mesmas obrigações.

12.5. DOS EQUIVOCADOS ENTENDIMENTOS QUE CONSIDERAM OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PACTOS DE NATUREZA PRECÁRIA

Verificamos a existência de juízos equivocados, que devem ser descartados, que distinguem os Contratos e os Contratos da Administração Pública em relação aos Convênios da Administração Pública, a partir de entendimentos que consideram os últimos como Pactos de natureza precária.

O estabelecimento da mencionada diferenciação entre os Contratos e os Convênios da Administração Pública se dá tendo por base análises que vêm nos Contratos e nos Contratos da Administração Pública a plena vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, com direitos, deveres, obrigações e pretensões, e, ainda, a possibilidade de ações, responsabilizações, sanções e penalizações, enquanto que nos Convênios da Administração Pública, segundo os mencionados exames, temos a inexistência, a instabilidade ou a precariedade dos elementos aqui anotados. Igualmente, temos entendimentos que vêm os Convênios da Administração Pública como ajustes sem natureza contratual, que se expressam principalmente na sempre repetida formulação de que o Convênio é Acordo, mas não é Contrato.

Destacamos que algumas das idéias, que alicerçam a diferenciação citada entre os Convênios da Administração Pública e os Contratos, são encontradas em exames doutrinários, antigos, modernos e atuais, que associam os primeiros, em contradição com os segundos, sobretudo com as noções de Acordo, Ato Coletivo e Pacto, com as idéias de precariedade, instabilidade ou ausência de vínculos bilaterais, obrigacionais e/ou contratuais, que ocasionam a limitação ou impedimento do estabelecimento de direitos, de deveres, de obrigações, de pretensões, de ações, de responsabilizações, de sanções e da penalizações.

Constatamos na Roma Antiga, por exemplo, a distinção entre Pacto e Contrato, que no primeiro, contradizendo o que ocorre no segundo, impossibilita especialmente que se crie vinculação obrigacional e, como conseqüência, não gesta uma adequada aptidão para fazer cumprir o ajustado através de ações. Embora, no período pós-clássico e justinianeu inúmeros Pactos, progressivamente, adquiram reconhecimento em relação ao estabelecimento de vinculação bilateral e/ou obrigacional, de direitos e deveres, com o que se removem muitos dos obstáculos

para o reconhecimento do acordado, inclusive através de ações. O que significa a redução da distância e contradição entre os Pactos e os Contratos, que se nutria do entendimento de que somente o segundo gerava direitos, deveres, vinculação bilateral e/ou obrigacional, como também pela admissibilidade de se fazer valer o estabelecido por intermédio de ações.

Verificamos que a doutrina e as codificações modernas reconhecem que o ajustado entre as partes, de regra, geram direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilizações, sanções e/ou penalizações.

O reconhecimento citado decorre tanto pela ótica da doutrina mais clássica que defende ser o pactuado uma lei entre as partes e que os pactos devem ser cumpridos, como também pela lógica mais contemporânea do Estado Democrático e Social de Direito, que reconhece de uma forma ampliada a necessidade e função relevante para a sociedade dos contratos, acordos e pactos, quando baseados na boa-fé, na correção, na confiança, na eqüidade, na justiça e/ou na função social, e, também, na vedação da onerosidade excessiva, do enriquecimento sem causa, das cláusulas abusivas e/ou do abuso de direito.

Entendemos que certas teorias envolvendo os Convênios da Administração, notadamente as que defendem a instabilidade e precariedade dos mesmos pactos no que diz respeito à vinculação jurídica, obrigacional e/ou contratual, e, ainda, à limitação ou ausência de responsabilidade e/ou a responsabilidade restrita ao âmbito político, têm uma proximidade relevante com as vetustas, anacrônicas e absolutistas concepções que propugnam a irresponsabilidade jurídica do soberano e/ou do Estado.

Anotamos que no mundo moderno e contemporâneo se dá uma crescente rejeição, ao menos nos ordenamentos jurídicos, em relação privilégios individuais, familiares, corporativos, de classe, sociais, de autoridades e do próprio Estado, bem como no que se refere a qualquer fuga a responsabilidade.

Consideramos que os princípios, normas estritas (regras), valores e diretivas que se fazem presentes na Constituição Federal de 1988, notadamente no art. 37, caput e incisos XXI e §§ 4º, 5º e 6º, no art. 70, caput e parágrafo único, no art. 71, caput, incisos II, VI, VIII e XI, e no art. 199, § 1º, e, ainda, os seus desdobramentos na esfera infraconstitucional, na sua dimensão legal, regulamentar ou administrativa problematizam gravemente as análises antes mencionadas, na medida em que geram uma série considerável de condicionamentos que incidem

nos ajustes públicos, inclusive os Convênios da Administração Pública. Os mesmos condicionamentos tornam implausíveis análises que indicam no sentido de os acordos convenientes não se constituírem como fatos jurídicos que adentram o mundo jurídico e, ainda, estabelecem relações/vinculações jurídicas e obrigacionais, como regra, no plano da existência, da validade e da eficácia, do que se originam, em princípio, direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilizações, sanções e/ou penalizações.

Salientamos que também possuem impacto importante em relação às análises que traçamos sobre os Convênios da Administração Pública e congêneres, a clara derrota, nos tempos atuais, dos entendimentos que concebem para as normas constitucionais uma dimensão onde estão ausentes a normatividade e/ou a juridicidade e para as quais se atribui um caráter restritamente político e/ou programático. Pensamos, em razão dos pontos de vista indicados, não serem razoáveis exames, dentre outros, que restrinjam a normatividade, a juridicidade e a responsabilidade nos ajustes públicos de natureza convencional, bem como que concebam os pactos citados como meras declarações, protocolos, pautas e/ou acordos de intenções, programáticos e/ou políticos.

De outro lado, pensamos que tem sido consagrado ao longo do tempo, desde a antiguidade e, ainda, nos tempos modernos e atuais, o alargamento, sempre crescente, do conceito de contrato.

Consideramos que devem ser descartados, em face dos breves exames aqui referidos, os entendimentos que enxergam os Convênios da Administração Pública, como vinculados principalmente com as idéias de precariedade, instabilidade e ausência de vinculação bilateral, obrigacional e/ou contratual, direitos, deveres, obrigações, pretensões, ações, responsabilizações, sanções e penalizações.

No rumo indicado, julgamos um anacronismo que deve ser afastado, a formulação “acordo de vontade para a formação de vínculo”, presente no parágrafo único, do art. 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública. O afastamento deve ocorrer inclusive pela possibilidade, mesmo que implícita, da mesma formulação sugerir que os Convênios da Administração Pública e congêneres não seriam acordos de vontade e também não formariam vínculo ou, alternativamente, que os mesmos seriam acordos de vontade onde estaria ausente a formação de vínculo.

Igualmente, temos objeção em relação a entendimentos, repetidos à exaustão pela doutrina administrativa nacional, que enxergam como de natureza precária e instável os Convênios da Administração Pública, diferentemente dos Contratos da Administração Pública e dos Contratos em geral, pela possibilidade de nos primeiros, ao contrário do que nos últimos, serem possíveis situações de retiradas unilaterais e denúncias.

Julgamos que as mencionadas concepções se demonstram frágeis pela possibilidade de ocorrerem alterações ou “rescisões” unilaterais nos Contratos da Administração Pública, que podem ser considerados como fatores geradores de situações instáveis e prenes de precariedade. Ainda, os mencionados entendimentos se revelam insuficientes também pela constatação, na doutrina e nas codificações, do Brasil e do mundo, de que existem inúmeros Contratos onde ocorrem resilições unilaterais e denúncias.

12.6. DA FRAGILIDADE DOS ENTENDIMENTOS SOBRE A IGUALDADE ENTRE OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COMO ELEMENTO PARA ESTABELEECER A DIFERENCIAÇÃO COM OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E COMO CRITÉRIO QUE PARA A FIXAÇÃO DA PRECARIEDADE DOS MESMOS PACTOS

Entendemos como frágeis os entendimentos que consideram presentes, como regra, a igualdade e/ou igualdade jurídica entre os partícipes nos Convênios da Administração Pública. Tais pontos de vista servem como elementos para estabelecer a diferenciação dos mesmos com os Contratos da Administração Pública, e, ainda, como critério que colabora para a fixação da precariedade dos mesmos.

Consideramos indispensáveis, tendo como referência breves exames sobre o Federalismo na Alemanha e rápidas análises sobre a Federação Brasileira, tentar implementar os novos e positivos dispositivos trazidos pela Constituição de 1988, que apontam no rumo de uma Federação-República que ultrapasse as desigualdades que ocorrem entre os componentes do pacto federativo. Julgamos que não é possível, baseados na igualdade e falta de hierarquia jurídica entre os que compõem a Federação, não ter na devida estima as enormes desigualdades de fato,

especialmente no Brasil, baseadas especialmente no aspecto econômico e financeiro, na medida em que as mesmas possuem incidência concreta sobre os acordos de natureza convencional, gestando circunstâncias onde se configuram a desigualdade de fato e, em muitas situações, de direito no âmbito dos mesmos pactos.

Julgamos que nos Convênios da Administração Pública a desigualdade ocorre, de fato e também de direito, quando estamos diante, por exemplo, de situações de adesão, onde um dos partícipes tem a possibilidade de definir unilateralmente, a totalidade ou a parcela mais importante das cláusulas ajustadas.

Ainda, verificamos no presente estudo que nos Convênios e nos Contratos da Administração Pública os partícipes ficam sujeitos a uma multiplicidade de princípios, normas estritas (regras), diretivas e valores, que, no mínimo, limitam significativamente o debate do conteúdo do acordo na fase preliminar, tendendo a gerar, em princípio, ajustes com cláusulas estipuladas e/ou impostas unilateralmente. Temos, então, a caracterização de circunstâncias de adesão e não paritárias, que se dão de forma mais nítida quando temos um pacto entre a Administração Pública e os particulares, mas também quando os partícipes do ajuste forem unicamente pessoas ou entidades da Administração Pública.

Salientamos, ainda, que as situações de adesão, de falta de paridade e de desigualdade se dão, mesmo que com características e dimensões próprias, tanto nos Contratos da Administração Pública, como nos Contratos de Direito Privado e nos Convênios da Administração Pública.

Igualmente, pensamos que de uma possível verificação da igualdade entre os partícipes nos chamados Convênios da Administração Pública, ou da ausência da mesma paridade, não se deve deduzir maiores exames sobre a ocorrência ou não de natureza instável e precária nos citados acordos.

Entendemos que a aceitação da lógica que associa ou dissocia a igualdade entre os partícipes/partes com situações de precariedade e instabilidade, pode levar a raciocínios, que consideramos insustentáveis, como, por exemplo, os de entender os Contratos Privados como mais precários e instáveis que os Contratos da Administração Pública.

Destacamos que também deve ser desautorizada a vinculação das idéias de igualdade entre os partícipes/partes e as noções de precariedade e instabilidade. Constatamos, contrariando a mencionada perspectiva de precariedade e

instabilidade, que nas relações entre os partícipes temos um reduzido percentual de negativas no sentido do recebimento de verbas e da assinatura de pactos de natureza convenial, devido cláusulas, condições e normatizações vinculadas aos mesmos, e, ainda, verificamos, no âmbito do ajuste convenial, uma pequena dimensão de retiradas unilaterais, denúncias e/ou de disputas judiciais.

12.7. OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PACTOS QUE SE CARACTERIZAM, NAS RELAÇÕES ENTRE OS PARTÍCIPES, PELA COOPERAÇÃO, PELA COLABORAÇÃO, PELA COOPERAÇÃO, PELA PARCERIA, PELO AUXÍLIO E/OU PELA AJUDA, E , AINDA, PELA AUSÊNCIA DE LUCRO, DE PREÇO E/OU DE REMUNERAÇÃO

Destacamos que, depois de análises e conclusões que procedem a uma ampla desestruturação das concepções majoritárias, na doutrina administrativista pátria, sobre a temática Convênios da Administração Pública e congêneres, sobretudo em relação à visão tradicional da distinção entre os mesmos e os Contratos da Administração Pública e os Contratos, efetuamos esforço significativo para fixar algumas das características próprias dos Convênios da Administração Pública e congêneres.

Pensamos que a perturbação e perda de referência ocorrida em relação aos elementos apresentados, no plano teórico, como parâmetros para diferenciar os Convênios da Administração Pública em relação aos Contratos da Administração Pública e aos Contratos, ao lado da realidade de similitude e proximidade entre os mesmos institutos jurídicos, indicam no sentido da natureza contratual dos primeiros.

Julgamos que, tendo como parâmetro principalmente a doutrina e a prática administrativa nacional, que os Convênios da Administração Pública se destacam, nas relações entre os partícipes, pela cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, bem como pela ausência nas mesmas relações, no mínimo, dos elementos lucro, preço e/ou remuneração.

Ao mesmo tempo lembramos que as definições sobre o caráter dos Convênios da Administração Pública, não impedem a constatação da existência de outros Contratos associativos, cooperativos, de parceria e de comunhão de escopos

e/ou de outros Contratos onde não se faça presente o lucro, o preço e/ou a remuneração.

Entendemos os Convênios da Administração Pública, de um lado, como pacto de cooperação, colaboração, coordenação e parceria, tendo em vista o entendimento que os conceitos citados são os que mais adequadamente expressam os Convênios na sua forma mais tradicional, que habitualmente vinculam em relação de comunhão pessoas e entidades da Administração Pública, como também as mesmas com pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem fins lucrativos.

Destacamos, de outro lado, que os termos cooperação, colaboração, coordenação e parceria são largamente utilizados, na doutrina e prática administrativa, para caracterizar relações e ajustes que se notabilizam pelos elementos associação e comunhão de escopos, como constatamos no presente estudo.

Salientamos que da leitura dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, sobretudo os que se relacionam à organização do Estado e à ordem social, emergem com nitidez, no mínimo, os conceitos de cooperação, associação e coordenação. No sentido apontado, destacamos, dentre outros, o art. 23, caput e parágrafo único, o art. 199 e o art. 241 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-1998), da Constituição Federal de 1988.

Lembramos que o uso principalmente das noções de cooperação e colaboração deriva também do fato de que a doutrina atual, no Direito Privado e no Direito Público, no Brasil e no mundo, têm se consolidado significativamente os referidos conceitos nas relações obrigacionais e contratuais, como elementos centrais, não somente subsidiários, das citadas relações.

Pensamos os Convênios da Administração Pública, para além dos pactos que se caracterizam pela cooperação, colaboração, coordenação e parceria, também como ajustes que se destacam pelos elementos auxílio e ajuda, que julgamos podem se dar, dentre outros, nas atividades de fomento, nos auxílios, nas ajudas, nos benefícios, nas contribuições e nas subvenções.

Igualmente, buscamos observar atentamente a adequação e a capacidade de resistência dos muitos conceitos trazidos, pela doutrina e pela prática administrativa brasileira, como definidores do deslocamento dos Convênios da Administração Pública e congêneres, levando em conta também os vários sentidos que podem tomar as mesmas noções, e, ainda, verificando o ordenamento jurídico e

a prática administrativa pátria. Os conceitos de que falamos são, dentre outros, o lucro, o preço, a remuneração, a contraprestação, o pagamento, o patrimônio, a vantagem, o benefício, a renda, o rendimento, o proveito e/ou o ganho.

A exposição minuciosa e circunstanciada das noções citadas, nos levaram a considerar os Convênios da Administração Pública, nas relações entre os partícipes, para além dos elementos cooperação, colaboração, coordenação, parceria, auxílio e/ou ajuda, como ajuste onde temos, como traços que se destacam e como conceitos que se sobressaem, a ausência do lucro, do preço e/ou da remuneração, compreendidos os mesmos em sua dimensão técnica.

De outra forma, os análises realizadas demonstram a fragilidade do uso genérico e apriorístico principalmente das noções de contraprestação, de pagamento, de renda, de rendimento, de patrimônio, de vantagem, de benefício, de proveito ou de ganho para distinguir os Contratos dos Convênios da Administração Pública e para afastar a utilização dos últimos. As mesmas noções devem ser examinadas a luz das circunstâncias concretas, notadamente pelo fato de que as mesmas podem, tanto se apresentarem vinculadas, como dissociadas, dos conceitos de cooperação, colaboração, parceria, auxílio e/ou ajuda, como também das noções de lucro, preço e/ou remuneração.

No sentido apontado, julgamos, por exemplo, que receber, como partícipe, um recurso e/ou uma verba repassada através de Convênio da Administração Pública pode significar, sim, ter vantagem, benefício, proveito ou ganho, mesmo em situações de ausência do lucro, preço e/ou remuneração. A vantagem, benefício, proveito ou ganho pode se dar pelo acréscimo de reconhecimento político, público, profissional, científico, cultural e artístico, como resultado da obra realizada, da pesquisa efetuada, da peça de teatro apresentada e do show musical efetivado, etc.

Os exames efetuados, portanto, aconselham a utilização contextualizada e parcimoniosa dos termos que tanto podem se referir as circunstâncias que se associam ao instituto jurídico dos Convênios da Administração Pública, como a situações que os afastam e deslocam.

De outro lado, verificamos que, na esfera dos Convênios da Administração Pública, mas fora das relações entre os partícipes, ocorrem, em muitas oportunidades, relações contratuais com terceiros, onde temos a incidência dos elementos lucro, preço e/ou remuneração, como, somente para exemplificar,

quando terceiros vendem produtos, prestam serviços e realizam obras para a execução do objeto e do acordado, conforme previsão do art. 116, § 3º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93.

Pensamos que, nos ajustes de natureza convencional, na órbita das relações com terceiros, é indispensável que as contratações para a execução do ajuste sejam precedidas por procedimentos licitatórios públicos ou análogos, de dispensa ou de inexigibilidade, como também por procedimentos relativos às contratações da Administração Pública, respeitando notadamente os princípios e dispositivos que orientam a Administração Pública e a Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e Contratos da Administração Pública, como estipulam, somente para lembrar, o art. 27, da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, de 1997, Dos Convênios, e o art. 12, inciso XV, da Instrução Normativa da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul nº 01, de 2005, Dos Convênios.

12.8. A CARACTERIZAÇÃO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA TAMBÉM COMO PACTOS NO SENTIDO DE DESTINAR RECURSOS, VERBAS E/OU CONTRAPARTIDAS PARA A REALIZAÇÃO DO OBJETO E DO AJUSTADO, E, AINDA, DE UTILIZAR, GERIR, GERENCIAR E/OU ADMINISTRAR OS MESMOS DE FORMA ADEQUADA, BOA, CORRETA, ECONÔMICA E REGULAR, BEM COMO SUJEITOS À FISCALIZAÇÃO, CONTROLE E PRESTAÇÃO DE CONTAS SOBRE A REALIZAÇÃO DO OBJETO, O ATENDIMENTO DO AJUSTADO E O RESPEITO AO ORDENAMENTO JURÍDICO

Pensamos que os Convênios a Administração Pública e congêneres também se caracterizam, nas relações entre os partícipes, como pactos onde temos também compromissos e obrigações de destinar recursos, verbas e/ou contrapartidas para a realização do objeto e do definido no ajustado, e, ainda, de utilizar, gerir, gerenciar e/ou administrar os mesmos de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, como também que sujeita os partícipes e envolvidos no ajuste à fiscalização, controle e prestação de contas sobre a realização do objeto e do ajustado, e, ainda, ao respeito do ordenamento jurídico.

Ainda, pensamos que a estipulação dos elementos referidos como particularizadores dos Convênios da Administração Pública e congêneres, não são

obstáculo no sentido de que se possa verificar a existência dos elementos mencionados em outros Contratos.

Julgamos que nos pactos de natureza convenial temos compromissos e obrigações, no sentido de que, notadamente parte ou totalidade dos partícipes, ponham à disposição recursos, verbas e/ou contrapartidas, próprios ou de terceiros, especialmente públicos, oriundos principalmente dos concedentes, e/ou, quando couber, dos convenientes, para viabilizar sobretudo o objeto e o ajustado, respeitadas, se houver, estipulações dos partícipes e regulamentares que se aplicarem e, ainda, o estabelecido no ordenamento jurídico pátrio.

Igualmente, entendemos que no acordo convenial citado os recursos, verbas e/ou contrapartidas são utilizados, gerenciados e/ou administrados, de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, notadamente por parcela ou totalidade dos partícipes, em especial pelo conveniente, e/ou, ainda, pelo executor institucional, visando à realização do objeto e do ajustado, e, ainda, atendidas as estipulações, quando for o caso, de pessoas ou entidades partícipes, e/ou regulamentares, como também respeitados os princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais.

Ainda, entendemos que as atividades de fiscalização, de controle e de prestação de contas são elementos essenciais nos Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou nos pactos e procedimentos de natureza convenial. Saliêntamos notadamente a fiscalização, o controle e a prestação de contas exercido pelos partícipes e os envolvidos no ajuste. Consideramos que as verbas, recursos e/ou contrapartidas dirigidas para o acordo convenial, mas, ainda, os direitos, deveres, obrigações, pretensões, responsabilidades assumidos tendo em vista o pactuado, os regramentos de toda espécie e o ordenamento jurídico nacional, impõe a possibilidade de fiscalização, controle e prestação de contas praticada pelo denominado controle interno (Controladorias, Auditorias ou de serviços de contabilidade e de prestação de contas), pelo cognominado controle externo (Tribunais de Contas e Poder Legislativo) e pelo Poder Judiciário, como também o exercício, sempre crescente e ampliado, do exame, da observação e da vigilância dos indivíduos, da cidadania, da sociedade e/ou da população.

Julgamos, em face de ampla fundamentação encontrada no plano da teoria, do ordenamento jurídico e da prática administrativa brasileira, que os repasses e transferências de recursos públicos, a título de cooperação, de

colaboração, de coordenação, de parceria, de auxílio e/ou de ajuda, devem ser realizados, em princípio, pelos Convênios da Administração Pública e congêneres, ao mesmo tempo que rejeitamos pontos de vista que entendem que os citados repasses e transferências devam ocorrer através de Contratos de Doação. Igualmente, pensamos que os entendimentos e práticas administrativas que vêem os mencionados repasses como meras doações e/ou como recursos a “fundo perdido” trouxeram e trazem, como regra, prejuízos significativos.

Consideramos que os recursos, verbas e/ou contrapartidas direcionados para, dentre outros, o fomento social, os auxílios, as ajudas, as contribuições correntes, as subvenções sociais e/ou as bolsas, devem ser, como regra, realizados através de Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou por ajustes e procedimentos de natureza convenial. O relevante para tanto é que, nas relações entre os partícipes, fique caracterizada uma vinculação que tenha como elementos que a particularize, além do aqui examinado, a cooperação e associação e, também, a ausência de lucro, preço e/ou remuneração, compreendidos os mesmos em seu sentido técnico.

Julgamos que a citada alternativa convenial predomina sobretudo no fomento social, nos auxílios, nas ajudas, nas contribuições correntes, nas subvenções sociais e nas bolsas pesquisa e estudo, pelo fato de que nos mesmos, de regra, não ocorrem, nas relações entre os partícipes, circunstâncias que gestem a remuneração, o preço e/ou o lucro, embora possam se fazer presentes nos mesmos as noções, dentre outras, de benefício, de vantagem e/ou de acréscimo patrimonial e rendimento.

Ainda, entendemos que tende a não deslocar o uso dos Convênios da Administração Pública, congêneres e/ou os pactos e procedimentos de cunho convenial, as relações de cunho indenizatório, como é o caso, somente para lembrar, das verbas pagas a título de auxílio de custo, de diárias, de transporte e/ou de alimentação, pelo fato de que nas mencionadas relações não termos a remuneração, o preço e/ou o lucro. Igualmente, destacamos que a hipótese indenizatória está umbilicalmente vinculada, dentre outras, às noções de custo e preço de custo, com as ressalvas efetuadas aos conceitos de custo técnico-econômico e custo figurativo que incorporam as noções de lucro, juro e/ou remuneração.

Pensamos, em sentido contrário, que os repasses de verbas, os auxílios e as ajudas, que tenham natureza remuneratória, deslocam a utilização dos Convênios, congêneres e/ou os ajustes e procedimentos de natureza convenial. Consideramos, por exemplo, que têm caráter remuneratório, por exemplo, alguns dos denominados auxílios e ajudas, como também alguns tipos de bolsas.

De outro lado, entendemos que os repasses de verbas públicas, a título de fomento econômico, de subvenções econômicas e de subsídios econômicos, têm grande possibilidade de não serem congruentes com os Convênios da Administração Pública, congêneres e com os ajustes e procedimentos de natureza convenial. Assim pensamos devido o fato de que nos mencionados repasses de verbas, nas relações entre os partícipes e beneficiários dos referidos fomento econômico, subvenções econômicas e subsídios econômicos, embora fique configurada, em princípio, a cooperação, a colaboração, a coordenação, a parceria, o auxílio e/ou a ajuda, verificamos, também, em muitas circunstâncias, a remuneração, o preço, o juro e/ou o lucro.

Destacamos que os denominados Convênios da Administração Pública, a título de cooperação, de colaboração, de coordenação, de parceria, de auxílio e/ou de ajuda, tal como se dão no sistema jurídico nacional, bem como na prática administrativa pátria, indicam a ocorrência de pactos conveniais, como acontece nos Contratos, onde encontramos situações de bilateralidade e também de unilateralidade, de onerosidade e ainda de gratuidade, de comutatividade e igualmente de ausência das mesmas, de igualdade e também de ausência de paridade, dentre as quais constatamos as situações de adesão.

Pensamos, com sentido análogo ao utilizado para o Direito Privado, a bilateralidade do ajuste principalmente na perspectiva do número de partes/partícipes sobre as quais recai dever jurídico e a unilateralidade quando somente uma parte/partícipe tem dever jurídico. Ainda, entendemos que a onerosidade existe no acordo quando o conjunto das partes/partícipes possui ônus, o que não significa necessariamente a ocorrência de lucro, preço e/ou remuneração entre os mesmos, enquanto a gratuidade ocorre quando uma das partes/partícipes não tem ônus. Igualmente, consideramos que a comutatividade ocorre quando temos entre os partícipes a semelhança ou equivalência de obrigações, como também entendemos ausente à comutatividade em circunstâncias de inexistência

das mesmas. Também, entendemos possível a ocorrência da igualdade quando verificamos a paridade entre as partes/partícipes e que a igualdade não existe quando a paridade está ausente nas relações entre os partícipes, como ocorre, dentre outras, nas situações e ajustes de adesão.

12.9. ALGUNS TEMAS SOBRE OS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DOS PARTÍCIPES, DA CRIAÇÃO DE ORGANIZAÇÕES PARA A GESTÃO E DAS LICITAÇÕES E PROCEDIMENTOS ASSEMELHADOS

Ainda, tratamos alguns poucos temas de uma forma mais específica, incidindo sobre a questão dos partícipes nos Convênios da Administração Pública e congêneres e, ainda, da possibilidade de se criar organizações para a gestão dos mencionados ajustes, bem como sobre a necessidade da licitação pública ou de procedimentos assemelhados nos citados ajustes.

12.9.1. Dos Partícipes nos Convênios da Administração Pública

Salientamos, quando abordamos a questão dos partícipes, que julgamos natural e plausível que a maior parcela dos Convênios da Administração Pública e congêneres se dê entre pessoas e entidades vinculadas à Administração Pública, principalmente quando estamos tratando com pessoas e entidades da Administração Pública Federal e dos Estados-membros da Federação.

Julgamos, todavia, não serem aceitáveis exames que afastem ou restrinjam de forma drástica a possibilidade dos mesmos pactos envolverem particulares. Destacamos, no sentido apontado, a ocorrência de reconhecimento da possibilidade dos Convênios da Administração Pública se darem com particulares, no regramento constitucional, infraconstitucional e administrativo pátrio. As indicações no rumo apontado podem ser encontradas, somente para lembrar, no art. 199, § 1º, da Constituição Federal, no art. 116, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações Públicas e dos Contratos da Administração Pública, no art. 12, § 2º, e § 3, inciso I, e no art. 16, da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, Do Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública, no art. 31 a 35 da Lei Federal

nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, Das Diretrizes Orçamentárias de 2006, e, ainda, no art. 1º, § 1º, incisos III, IV e V, da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, de 15 de janeiro de 1997 (DOU 31/01/1997), Dos Convênios, e no art. 2º, incisos IV, V e VI, da Instrução Normativa da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul nº 01, de 15 de março de 2005 (DOE-RS 15/03/2005), Dos Convênios.

Da mesma forma, salientamos a ocorrência de consideráveis limitações e condicionamentos no ordenamento jurídico pátrio para a realização de Convênios com entidades de fins lucrativos. Apontam no rumo citado as estipulações presentes, somente para anotar, no art. 199, § 2º, da Constituição Federal, no art. 12, § 3, inciso I, e no art. 19, da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, Do Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública, e no art. 31 a 35 da Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, Das Diretrizes Orçamentárias de 2006.

Pensamos, entretanto, que as referidas restrições e ressalvas não significam o afastamento da possibilidade se darem Convênios com entidades ou empresas de fins lucrativos, em situações que as mesmas atuem em colaboração e parceria com a Administração Pública e não objetivem, na concreta situação, o lucro, o preço e/ou a remuneração.

Também, verificamos que os Convênios da Administração Pública devem ser deslocados, mesmo entre pessoas e entidades da Administração Pública, quando existirem, na relação entre os partícipes, notadamente o preço e/ou a remuneração.

Outrossim, constatamos a ocorrência de restrições no que diz respeito à realização de Convênios e similares com pessoas físicas, tendo em vista o que consta em estipulações constitucionais, infraconstitucionais e administrativas. No sentido indicado temos a menção, por exemplo, a “instituições privadas”, no art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, a “organizações interessadas”, no art. 116, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, como também a “organizações particulares”, no art. 1º, § 1º, incisos III, IV e V, da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, de 15 de janeiro de 1997, Dos Convênios.

Entendemos que, apesar da existência, em muitas circunstâncias, de indiscutíveis inconvenientes da Administração Pública realizar pactos de natureza

convenial com pessoas físicas, os mesmos não podem e nem devem ser deslocados em inúmeras situações.

12.9.2. A Discussão sobre a Possibilidade de se Criar Organizações para a Gestão dos Convênios da Administração Pública

Constatamos importante discussão e os mais diversos pontos de vista, quando se trata da possibilidade de se criar organizações para a gestão dos Convênios da Administração Pública.

Julgamos que as saídas devem ser maleáveis, levando em consideração a autonomia das escolhas realizadas pelos partícipes e pelas comunidades envolvidas, tendo em vista serem os mesmos instrumentos utilizados para os mais variados objetos e finalidades, e, ainda, envolverem partícipes de diversos tipos, como também circunstâncias diversificadas e valores com múltiplas dimensões. Entendemos que em cada instrumento convenial, quando se entender necessário criar uma organização comum dos partícipes para a gestão dos Convênios, deve haver manifestação no ajuste sobre a citada necessidade, como também a forma como a mesma instauração de organização deverá ocorrer.

Pensamos que a obediência às definições dos partícipes e das comunidades estão condicionadas ao atendimento do pactuado e ao ordenamento jurídico. Igualmente, entendemos que, no caso, não se deve tolerar qualquer burla aos princípios e normas de Direito Público e da Administração Pública, a fuga ao controle, fiscalização e prestação de contas para a Administração, para o Parlamento, para o controle interno (Controladorias, Auditorias, serviços de contabilidade e de prestação de contas), para o controle externo (Tribunais de Contas), como também para os indivíduos, para a cidadania e para a comunidade.

12.9.3. Das Licitações Públicas dos Procedimentos Assemelhados nos Convênios da Administração Pública

Objetamos, quando do tratamento da questão das licitações públicas e dos procedimentos assemelhados nos Convênios da Administração Pública, as

opiniões, da maioria da doutrina nacional, que apóiam, como regra, de forma categórica a desnecessidade de licitação nos mencionados pactos.

Verificamos, de um lado, que significativo número de entendimentos que sustentam a desnecessidade de licitação nos ajustes convenientes possuem estreita ligação com as concepções doutrinárias que estabelecem a diferenciação dos Contratos com os Convênios da Administração Pública, e, também, dos Contratos com os Acordos, Convenções, Pactos, Atos Complexos e Atos Coletivos. Pensamos que a desestruturação procedida pelas nossas análises fragiliza consideravelmente as referidas opiniões.

Outrossim, pensamos indispensável questionar alguns argumentos que se manifestaram constantemente nos exames antes referidos. Julgamos, somente para exemplificar, que: a mútua colaboração entre os partícipes em muitas circunstâncias não torna impraticável, inexecutável, inviável e/ou inaplicável a competição; a ocorrência de interesse comum não singulariza obrigatoriamente o objeto, nem torna sempre a finalidade tão específica, direta e determinada que impeça a participação de outros interessados; a inexistência de lucro, preço, remuneração e/ou interesse patrimonial entre os partícipes, não é obstáculo para que se dê a ocorrência da competição entre as propostas, e nem torna irrealizável a possibilidade de comparação e seleção da melhor e mais qualificada das propostas.

Entendemos que na grande maioria das circunstâncias é factível a comparação e seleção entre várias propostas, mesmo quando ausente o preço, a remuneração e/ou lucro. Em razão do que consideramos que sempre que o resultado e a finalidade do pacto de natureza conveniente puderem ser realizados por diversas pessoas ou entidades, públicas ou privadas, e/ou existirem diversos candidatos a conveniente, vários interessados em participar do acordo conveniente, é indispensável que se realize licitação e/ou procedimentos assemelhados, simplificados ou não, para definir com quem será estabelecida a cooperação, a colaboração, a coordenação, a parceria, o auxílio e/ou a ajuda. Pensamos que se devem efetuar encaminhamentos no sentido apontado como maneira de assegurar a competição, e, ainda, do cumprimento do princípio constitucional da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, bem como o respeito aos princípios básicos da legalidade, da legitimidade, do interesse público e social, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade

administrativa, da vinculação a um instrumento convocatório e do julgamento objetivo das propostas apresentadas.

Consideramos que as exceções ao dever de licitar devem ficar limitadas, mesmos nos Convênios da Administração Pública, às hipóteses, no que couber, de inexigibilidade e de dispensa, necessariamente motivadas, transparentes e públicas.

Entendemos, todavia, que não podem restar dúvidas, quando tratamos dos Convênios da Administração Pública, em relação à necessidade de licitar ou de realizar procedimentos análogos, bem como de dispensa ou de inexigibilidade, no mínimo, nas contratações, visando à realização do objeto e do ajustado, que ocorrerem com terceiros que não sejam partícipes do mesmo ajuste. Destacamos, no sentido apontado, o que dispõem o artigo 116, § 3º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública, e, ainda, o art. 27, da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01/1997, Dos Convênios, como também o art. 10, inciso II, letra “f”, da Instrução Normativa da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul nº 01/2005, Dos Convênios.

12.10. A NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entendemos que a natureza contratual dos Convênios da Administração Pública é consequência, de um lado, dos argumentos e constatações aqui apresentados, que procedem a desestruturação dos elementos que sustentavam as noções de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e Ato Coletivo em contraste com o conceito de Contrato. Os elementos que forneciam apoio para as mencionadas noções eram as dicotomias antagonismo ou convergência de interesses, objetivos e resultados, e, ainda, obrigações recíprocas ou ausência das mesmas, bem como vinculações jurídicas e obrigacionais ou inexistência/instabilidade das mesmas, e, também, estipulações de direitos, deveres, obrigações, pretensões, responsabilidades, ações, sanções e penalizações ou falta/precariedade das mesmas. Salientamos, de outro lado, que parcela majoritária da doutrina e as codificações dos séculos XIX, XX e atual realizam a ampliação do conceito de contrato e caracterizam o mesmo, por exemplo, como ajuste para a

produção de efeitos jurídicos sobretudo entre as partes/partícipes, que consiga reconhecimento ou que não tenha oposição do ordenamento jurídico.

Lembramos que a negação da natureza contratual também tem origem em frágeis entendimentos que enxergam a precariedade e instabilidade dos Convênios da Administração Pública, que são associados especialmente com as noções de Acordo, Convenção, Pacto, Ato Complexo e Ato Coletivo, tendo em vista a ocorrência da possibilidade nos mesmos pactos da retirada unilateral e da denúncia, ao contrário do que aconteceria nos Contratos Administrativos e dos Contratos em geral. Julgamos que a falta de solidez dos referidos juízos decorre, dentre outras circunstâncias, da constatação de que, seguidos os parâmetros definidos para os Convênios, poderíamos enxergar instabilidade e precariedade nos Contratos acima enunciados. Assim poderia ser entendido, de um lado, pela possibilidade de modificação e “rescisão” unilateral nos Contratos da Administração Pública e, de outro lado, pela existência de inúmeros Contratos onde se fazem presentes a rescisão unilateral e a denúncia.

Igualmente, a precariedade e instabilidade dos Convênios da Administração Pública ficam desmentidas também pelo reduzido número de negativas no sentido de aceitar a transferência de recursos através dos mesmos pactos e de assinatura dos mencionados ajustes devido cláusulas, condições e regramentos que se vinculam aos mesmos, mas também como decorrência da constatação de um baixo percentual de denúncias, retiradas unilaterais, resoluções, “rescisões” e de disputas judiciais nos mesmos ajustes.

Ainda, temos a busca de distinção dos Convênios da Administração Pública com os Contratos da Administração Pública a partir de exames que vêm relações de igualdade, de fato e/ou de direito, entre os partícipes dos primeiros, ao contrário do que se daria com os segundos. Pensamos que as mencionadas análises não resistem à realidade dos pactos de natureza convenial, afetados de forma ponderável pelas relações desiguais existentes no âmbito da Federação brasileira e/ou pelas situações de adesão que permitem a falta de paridade e, ainda, a desigualdade, de fato e/ou de direito, entre os partícipes do citado ajuste.

A artificialidade dos argumentos decorrem também da constatação de que a desigualdade e ausência de paridade entre os partícipes, como também as situações de adesão, podem ser encontradas, resguardadas as peculiaridades e dimensões próprias dos diferentes tipos de ajustes, tanto nos Contratos da

Administração Pública, como nos Contratos de Direito Privados e nos Convênios da Administração Pública.

Pensamos também que de uma possível constatação da igualdade entre os partícipes nos chamados Convênios da Administração Pública, ou da ausência da mesma, não se deve inferir sobre a ocorrência ou não de natureza instável e precária nos citados pactos.

Consideramos que a aceitação de raciocínios que associam ou dissociam a igualdade entre os partícipes/partes com circunstâncias que apontam no sentido da precariedade e da instabilidade, podem levar a exames, que julgamos indefensáveis, como, somente para exemplificar, de se entender os Contratos Privados como mais precários e instáveis do que os Contratos da Administração Pública.

Destacamos que a desestruturação dos exames que consideram os Convênios da Administração Pública como acordo, pacto ou ajuste de natureza não contratual, não significa desconhecer que os mesmos possuem regime jurídico próprio, diferente, por exemplo, dos cognominados Contratos da Administração Pública ou das Concessões Públicas.

Outrossim, salientamos, reforçando ainda mais a idéia da natureza contratual dos Convênios da Administração Pública, que os próprios elementos presentes no mesmo pacto como traços fundamentais particularizadores, não impedem a constatação de que os mencionados elementos existem também, das mais variadas formas, em diversos Contratos reconhecidos no ordenamento jurídico.

12.11. DO REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DOS CONVÊNIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pensamos que são características essenciais que particularizam e estabelecem uma identidade para os Convênios da Administração Pública e congêneres, dentre outras: a existência, nas relações entre os partícipes, da cooperação, da colaboração, da coordenação, da parceria, do auxílio e/ou da ajuda e, ainda, a ausência de lucro, de preço e/ou de remuneração; o compromisso e obrigação, notadamente de parcela ou da totalidade dos partícipes, no sentido de destinar recursos, repassar verbas e/ou efetuar contrapartidas para realizar o objeto

e o ajustado; o compromisso e obrigação, sobretudo de parte ou de todos os partícipes, de utilizar, gerir, gerenciar e/ou administrar os mesmos recursos, verbas e/ou contrapartidas, de forma adequada, boa, correta, econômica e regular, a partir dos parâmetros traçados pelo acordado, pelas regulações estabelecidas como aplicáveis ao pacto e pelos princípios, normas estritas e valores constitucionais e infraconstitucionais; a submissão às fiscalizações, aos controles e/ou as prestações de contas das pessoas e entidades partícipes e das que se envolverem nos ajustes, através, por exemplo, dos controles efetuados pelos partícipes e pelos envolvidos no ajuste, pelo controle interno (Controladorias, Auditoriais, serviços de contabilidade e de prestação de contas), pelo controle externo (Tribunais de Contas e Poder Legislativo), pelo Poder Judiciário e, ainda, pela cidadania, pela sociedade e pelo povo.

Lembramos, porém, que as mencionadas definições, as identidades principais constatáveis nos Convênios da Administração Pública e congêneres, como também o regime próprio dos mesmos, não impedem a constatação da existência de outros Contratos onde se fazem presentes, com os mais diversos traços, os elementos que caracterizam os primeiros.

OBRAS CONSULTADAS E REFERIDAS:

ABREU FILHO, José. **O Negócio Jurídico e Sua Teoria Geral**. 5ª. edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003. 415 p.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**: Resolução – De Acordo com o Novo Código Civil. 2ª., edição, revista e atualizada, 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Aide, 2004. 328 p.

_____. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**: Resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991. 278 p.

AGUIAR, Ubiratan.; MARTINS, Ana Cláudia Messias de Lima.; MARTINS, Paulo Roberto Wiechers.; SILVA, Pedro Tadeu Oliveira da. **Convênios e Tomadas de Contas Especiais**: Manual Prático. 2ª. edição, revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 435 p.

ALBALADEJO, M.; e ALABART, S. Diaz (Dirs.). **Comentários al Código Civil y Compilaciones Forales** – Tomo XVIII, Vol.1º-A. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993.

ALEMANHA. Código Civil Alemão de 18 de agosto de 1896. In: DINIZ, Souza. **Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)**, de 18 de agosto de 1896, com todas as modificações posteriores. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1960. 396 p.

_____. Código Civil Alemão de 18 de agosto de 1896. In: ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil Alemán Comentado – BGB**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1998. 720 p.

ALEMANHA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. BVerfGE 1, 299 (308 e ss) – Acordo de Düsseldorf. Natureza contratual dos Convênios. In: MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Madrid: McGraw Hill, 1998, p. 103. 372 p.

_____. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO. BVerfGE 4, 250 (275-277) – Conflito entre Lippe e Nordrhein-Westfalen. Natureza contratual dos Convênios. In: MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Áustria y Bélgica. Madrid: McGraw Hill, 1998, p. 103. 372 p.

ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo** – Volume I. 3ª. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1974.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés e revisão de Ruth Zimmerling. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. 607 p. Título original: Theorie Der Grundrechte. Suhrkamp-Verlag, 1986.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. 355 p. Título original: Theorie der Juristischen Argumentation. Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main.

_____. **El Concepto y la Validez del Derecho**. Tradução: Jorge M. Seña. 2a. edição. Barcelona: Gedisa, 1997. 208 p.

_____. **Teoria del Discurso y Derechos Humanos**. Tradução Luis Villar Borda. 2a. reimpressão. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. 137 p. Título original: Juristische Interpretation un Rationaler Diskurs y Diskurstheorie und Menschenrechte.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 2005. 170 p.

ALPA, Guido.; e IUDICA, Giovanni. **Codice Civile**, 16 marzo 1942, con commento essenziale di giurisprudenza, Costituzione, Trattato Comunità europea, leggi complementari. Sem Indicação de Local: Kluwer, Ipsa, 1996. 1.549 p.

ALVES, José Carlos Moreira Alves. **Direito Romano - Volume II**. Instituições de Direito Romano: B) Parte Especial: Direitos das Obrigações; Direito de Família; Direitos das Sucessões. 6ª. edição, revista e acrescentada, 8ª. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 510 p.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos**. 1ª. edição, 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996. 158 p.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 7ª. edição, atualização. São Paulo: Saraiva, 2001. 512 p.

AMODEO, Domenico. **I Costi Comuni nell'Aspetto Funzionale**. 1ª. ed. Nápoles: F. Giannini, 1951.

AMORIN, Maria Denise Vargas de. Parecer nº 14.349, de 13 de setembro de 2005, da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. In: **Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - PIDAP, 2005. 10 p. Pareceres recebidos, no formato do original, de pidap-peceres@pge.rs.gov.br, em fevereiro de 2006. Pareceres disponíveis também no site www.pge.rs.gov.br.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. **Do Contrato**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria Geral da Relação Jurídica** – Vol. I – Sujeitos e Objeto. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1992. 309 p.

APELT, Willibalt. **Der verwaltungsrechtliche Vertrag**. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht. Leipzig, 1920.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora RT, 1987. 162 p.

_____. **Do Negócio Jurídico Administrativo**. São Paulo: Editora RT, 1992. 223 p.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. 1.289 p.

ARAÚJO, Inaldo; e ARRUDA, Daniel. **Contabilidade Pública: Da Teoria à Prática**. São Paulo: Saraiva: 2004. 312 p.

ARRONE, Ricardo. **Por Uma Nova Hermenêutica dos Direitos Reais Limitados: Das Raízes aos Fundamentos Contemporâneos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 454 p.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. São Paulo: Saraiva, 1945. 593 p.

_____. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. Il Contratto Plurilaterale. In: **Studi in Tema di Contratti**. Milano: Giuffrè, 1952, pp. 97 e ss.; Noterelle Critiche in Tema di Contratto Plurilaterale, ivi, pp. 157 e ss.; Contratto Plurilaterale e Totalizzatore, ivi, pp.169 e ss.

ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 4ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora RT, 2004. 191 p.

ATALIBA, Geraldo. Convênios Interestaduais (Negociação pelo Executivo e Ratificação Legislativa – Decreto-Legislativo como Fonte do Direito Interno – Analogia *Juris* com Tratados Internacionais – Igualdade entre Estados Federados). In: **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano XVI, julho/setembro de 1983, nº 67, pp. 47-63, pp. 48-49.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003. 127 p.

AZEVEDO, Damião Alves de. A Natureza Jurídica das Associações de Municípios e dos Consórcios Intermunicipais. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 238. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez.2004, pp. 375-384. 481 p.

AZEVEDO, Patrícia Boni de. (Organizadora). **Licitações e Contratos Administrativo – Jurisprudência: Com Remissão à Lei 8.666/93**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Esplanada/ ADCOAS, 1998. 354 p. Internet: www.adcoas.com.br .

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 2ª. edição. São Paulo: Max Limonad, 2003. 405 p.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais?** Tradução José Manoel Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida Editora, 1977, p. 92. Título original: Verfassungswidrige Verfassungsnormen? Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1951.

BAHIA (ESTADO). PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DA BAHIA. Parecer de 30 de dezembro de 1998, de Alzemer Martins. Convênio Administrativo Celebrado com Entidade Privada. Possibilidade de previsão de penalidades, desde que a conduta faltosa atente gravemente contra o interesse público. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, volume 24. Salvador: Revista Procuradoria Geral do Estado da Bahia, jan/dez.1998, pp.235-243. 447 p.

BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª. edição, revista e complementada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 1.111 p.

_____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14ª.edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992. 557 p.

_____. **Constituições Brasileiras – Vol. II – 1891**. 2ª. Edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 121 p.

BALEIRO, Aliomar.; e LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições Brasileiras – Vol. V – 1946**. 2ª. edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 134 p.

BALLEIRO, Aliomar.; CAVALCANTI, Themístocles Brandão.; e BRITO, Luis Navarro de. **Constituições Brasileiras – Vol. VI – 1967**. 2ª. edição. Brasília: Senado Federal

e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 186 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de Uma Dogmática Constitucional Transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996. 300 p.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997. 191 p.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996. 162 p.

_____. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: Nova Modalidade de Parceria. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 779. São Paulo: Editora RT, ano 89, setembro de 2000, pp. 79-92. 832 p.

BAZILLI, Roberto Ribeiro.; e MIRANDA, Sandra Julien. **Licitação à Luz do Direito Positivo**: Atualizado conforme Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998 e a Lei 9.648, de 27.5.1998. São Paulo: Malheiros, 1999. 322 p.

BECKER, Anelise. **Teoria Geral da Lesão nos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2000. 215 p.

BERTOLO, Rozangela Motiska. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer 26/96, de 29.07.1996, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. In: **Biblioteca do TCE-RS**. Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE-RS, 1996. 148 p. Resposta enviada pelo endereço eletrônico biblioteca@tce.rs.gov.br, em 23 de janeiro de 2006. Site Tribunal de Contas Estado do Rio Grande do Sul: www.tce.rs.gov.br .

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico** – Tomo I. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. 307 p. Teoria General del Negozio Giuridico. Obra em 3 volumes.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo II. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. 376 p. Original: Teoria General del Negozio Giuridico. Obra em 3 volumes.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo II. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Ed, 1969. 500 p. Original: Teoria General del Negozio Giuridico. Turim: Torinese.

_____. **Teoria General del Negocio Jurídico**. Tradução de A. Martin Perez. Madrid: Revista de Derecho Privado, s/d. 464 p. Original: Teoria General del Negozio Guiridico.

_____. **Teoria Geral de las Obligaciones**. Tomo I. Tradução de José Luis de los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. 420 p.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – Obrigações – Tomo II - Volume V**. 4ª. edição. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1939. 372 p.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado - Volume IV**. 10ª edição atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. 375 p.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – Tomo II – Volume IV**. 2ª. tiragem de edição histórica, publicada em 2 tomos e 6 volumes, tendo como base obras publicadas entre 1939 e 1943. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. 1.120 p.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado – Tomo II – Volume V**. 2ª. tiragem de edição histórica, publicada em 2 tomos e 6 volumes, tendo como base obras publicadas entre 1939 e 1943. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. 1.120 p.

_____. **Direito das Obrigações**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. 458 p.

BÉZIN, Du. **Exposé des Doctrines Allemandes et Italiennes sur L'Acte Complexe**. Toulouse: Recueil de L'Académie de Legislation de Toulouse, 1905.

BIELSA, Rafael. **Derecho Administrativo – Volume II**. 6ª. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

BINDING. Die Grundung des Norddeutschen Bundes. In: **Festgabe der Leipziger Juristenfakultat für B. Windscheid**. Leipzig, 1888.

_____. Die Grundung des Norddeutschen Bundes. In: **Festgabe der Leipziger Juristenfakultat für B. Windscheid**. Leipzig, 1889.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Civis**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. 274 p.

BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos: Comentando Toda Legislação da Matéria, Com Destaque Para a IN STN 1/97**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2005. 160 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Arani Bueno Sudatti. 2ª edição. São Paulo: EDIPRO, 2003. 192 p. Título original: Teoria della Norma Giuridica. Torino: Giappichelli, 1993.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Cláudio De Cicco. 2ª. reimpressão. São Paulo: Polis; Brasília: Editora UNB, 1991. 184 p. Título original: Teoria Dell'Ordinamento Giuridico. Torino: Giappichelli, 1982.

_____. Príncipi Generali di Diritto. In: **Novissimo Digesto Italiano**, vol. 13. Torino: 1957.

BOLADO, Roberto O. Bustillo. **Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento**. 2ª. ed. Elcano/Navarra: Arazandi – Thomson, 2004. 435 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997. 766 p.

BORGES, Agnes Pinto. **Parceria Empresarial no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. 184 p.

BORGES, Alice Gonzáles. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. In: **Interesse Público**, nº 32. Porto Alegre: Notadez Informação, ano 7, julho/agosto de 2005, pp. 227-248.

_____. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho/agosto/setembro de 2005. 25 p. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/12/2005.

BORGES NETTO, André Luiz. **Competências Legislativas dos Estados-Membros**. São Paulo: Editora RT, 1999. 193 p.

BORGES, José Souto Maior. Pro-Dogmática: Por Uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, 1/1993. São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 140-146.

BORGES, Nelson. **A Teoria da Imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil: Com Referências ao Código Civil de 1916 e ao Novo Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2002. 824 p.

BORSI, Umberto. L'Atto Complesso. In: **Studi Senesi**, vol. XX. 1903.

_____. Le Funzioni del Commune Italiano. In: **Primo Trattato de Orlando** – vol. II – 2ª. Parte. Milano, 1913.

BORTER, Willy. **Demokratiegebot und interkantonaies Vertragsrecht.** Konkordate-Verwaltungsabkommen – Absprachen. Fribourg: Universitätsverlag Freiburg, 1976.

BOUBÉE. Gabriel Roujou de. **Essai sur l'acte juridique collectif.** Paris: LGDJ, 1961.

BOULANGER, Jean. **Principes Généraux du Droit Positif et Droit Positif.** In: **Le Droit Privé Français au Milieu du XXe. Siècle:** Études Offertes a Georges Ripert. Paris: LGDJ, 1950.

_____. **La Méthode de l'Interpretation Juridique.** In: **Riv. Dir. Comm.** 49, 1951, pp. 257 e ss.

BRACCI. **L'Atto Complesso in Diritto Amministrativo.** Siena, 1927.

BRASIL. CONSELHO DA COMUNIDADE SOLIDÁRIA. **OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público:** A Lei 9.790/99 como Alternativa para o Terceiro Setor. Elaborado por Elisabete Ferrarezi e Valéria Rezende. 2ª. edição, revista e atualizada. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 2002. 116 p. Encontrada em: www.comunidadesolidaria.org.br e www.mj.gov.br/snj/oscip.htm. S/data acesso.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. 38ª. edição, atualizada até a Emenda Constitucional nº 48, de 10-08-2005. São Paulo: Saraiva, 2006. 447 p.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa.** 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006, pp. 11-270. São Paulo: Editora RT, 2006. 1.279 p.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. In: **Código Tributário Nacional.** 10ª. edição, revista, atualizada e ampliada e atualizada até 11.01.2005. São Paulo: Editora RT, 2005, pp. 09-142. 1.088 p.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. In: **Legislação Administrativa.** São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 01-190. 1.232 p.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. In: Andreia Mendes Gonçalves Vitagliano (Organizadora). **Legislação Administrativa e Correlata.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 1.457-1.627. 1.705 p.

_____. **Constituição Brasileira de 1988.** In: TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras – Vol. VII – 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2005. 414 p.

_____. Constituição Brasileira de 1967 – Emendas Constitucionais de 1969 a 1985. In: **Constituições Brasileiras – Vol. VIa – 1969**. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 1999. 157 p.

_____. Constituição Brasileira de 1967. In: CAVALCANTI, Themístocles Brandão.; BRITO, Luis Navarro de.; e BALLEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras – Vol. VI – 1967**. 2ª. edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 186 p.

_____. Constituição Brasileira de 1946. In: BALLEIRO, Aliomar.; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições Brasileiras – Vol. V – 1946**. 2ª. edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 134 p.

_____. Constituição – Constituição de 1937. In: PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras – Vol. IV – 1937**. 2ª. edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 186 p.

_____. Constituição – Constituição de 1934. In: POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras – Vol. III – 1934**. 2ª. edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 194 p.

_____. Constituição de 1891. In: BALLEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras – Vol. II – 1891**. 2ª. Edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 121 p.

_____. Constituição de 1824. In: NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras – Vol. I – 1824**. 2ª. Edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 122 p.

_____. **Constituições Brasileiras: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967**. 5ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1967. 1.194 p.

BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Gestão de Recursos Federais: Manual para Agentes Municipais**. Brasília: Controladoria-Geral da União, Secretaria Federal de Controle Interno, Presidência da República, 2005. 128 p. Encontrado no site www.brasil.gov.br. Acessado em 2005.

BRASIL. Decreto Federal nº 87.497, de 18 de agosto de 1982, Regulamenta a Lei Federal nº 6.494, de 07 de dezembro de 1977, que dispõe sobre Estágio de Estudantes. In: **CLT e Legislação Correlata**, atualizada até 13/01/2006. 2ª. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 386-387. 1.152 p.

BRASIL. Decreto Federal nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, Da unificação dos recursos do caixa do Tesouro Nacional e da atualização e consolidação da legislação pertinente. Publicado no Diário Oficial da União de 24/12/1986. In: **Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet).

Brasília: Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1994. 28 p. Encontrado no site: www.planalto.gov.br . Acesso em: 04/07/2004.

BRASIL. Decreto Federal nº 1.232, de 30 de agosto de 1994, do repasse regular e automático de recursos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos de saúde estaduais, municipais e do Distrito Federal. Publicado no Diário Oficial da União de 31 de agosto de 1994. In: **Senado Federal** – Legislação (Internet). Brasília: Senado Federal, 1994. 02 p. Encontrado em Senado Federal – Legislação, no endereço www.senado.gov.br. Acesso em 18/06/2006.

BRASIL. Decreto Federal nº 3.000, de 26 de Março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Republicado no Diário Oficial da União de 17/6/1999. In: **Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1999. 298 p. Encontrado no site: www.planalto.gov.br. Acesso em 14/02/2006.

_____. Decreto Federal nº 3.000, de 26 de Março de 1999, Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Republicado no Diário Oficial da União de 17/6/1999. In: SILVA, Sérgio Martins. **Regulamento do Imposto de Renda Anotado – Decreto 3.000, de 1999**: Anotado com legislação correlata, decisões, jurisprudência, notas explicativas e atualizado até 13 de março de 2000. São Paulo: Dialética, 2000. 783 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, Do Código de Processo Civil. In: **Código de Processo Civil**. 4ª. Edição, com atualização, notas remissivas e índice alfabético e remissivo de Manoel Augusto Vieira Neto. São Paulo: Saraiva, 1968. 854 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Do Código Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 31/12/1940 e rep. em 03/01/1941. A Parte Geral (arts.1º a 120) tem a redação determinada pela Lei Federal nº 7.209, de 11 de julho de 1984, publicada no Diário Oficial da União de 13/07/1984. In: GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 8ª. edição, atualizada até 06/01/2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 271-404. 1.211 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941, Das Contravenções Penais. Publicado no Diário Oficial da União de 13/10/1941. In: GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 8ª. edição, atualizada até 06/01/2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 595-606. 1.211 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, Do Código de Processo Penal. Publicado no Diário Oficial da União de 13/10/1941 e retificado em 24/10/1941. In: GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal, Código de Processo Penal e**

Constituição Federal. 8ª. edição, atualizada até 06/01/2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 405-539. 1.211 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho e Legislação Correlata. In: **CLT e Legislação Correlata**, atualizada até 13/01/2006. 2ª. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora RT, 2006. 1.152 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, Da Organização da Administração Federal e das Diretrizes para a Reforma Administrativa. Publicada no Diário Oficial da União de 27/02/1967. In: **Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1994. 28 p. Encontrado no site: www.planalto.gov.br. Acessado em: 20/09/2004.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, Da Organização da Administração Federal e das Diretrizes para a Reforma Administrativa. Publicada no Diário Oficial da União de 27/02/1967. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 889-921. 1.279 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, Da Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. Publicada no Diário Oficial da União de 27/02/1967. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 1.031-1.035. 1.279 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, Das Licitações e Contratos da Administração Pública. In: CRETELLA JÚNIOR, José. Das **Licitações Públicas**: Comentários à Nova Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 479-498. 550 p.

BRASIL. FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. **Programa Dinheiro Direto na Escola**. Elaborado por Adalberto Domingos Paz e colaboração de Antonio de Faria Dutra Filho. Brasília: Fundo de Desenvolvimento da Educação, 2003. 90 p.

BRASIL. Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, de 15 de janeiro de 1997, que disciplina a celebração de Convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos, com as alterações das Instruções Normativas STN 01/1999, 01/2000, 05/2001, 06/2001, 01/2002, 02/2002, 03/2003, 04/2003, 01/2004 e 05/2004. In: **Tesouro Nacional – Ministério da Fazenda** (Internet). Brasília: Tesouro Nacional, 2004. 24 p. Encontrado em:

www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/IN1_97.pdf. Acesso em: 14/02/2006.

_____. Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01, de 15 de janeiro de 1997, que disciplina a celebração de Convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 31 de janeiro de 1997. Brasília: Imprensa Nacional, 1997, Secção I – Diário Oficial da União, pp. 1.887-1.896.

BRASIL. Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 02, de 19 de abril de 1993, que disciplina a celebração de Convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 23 de abril de 1993. Brasília: Imprensa Nacional, 1993, pp. 5.287-5.294.

BRASIL. Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional, nº 03, de 19 de abril de 1993, que disciplina a celebração de Convênios, acordos, ajustes ou instrumentos similares que envolvam a transferência de recursos financeiros destinados à execução descentralizada de programas federais de atendimento direto ao público, nas áreas de assistência social, médica e educacional. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 23 de abril de 1993. Brasília: Imprensa Nacional, 1993, pp. 5.294-5.299.

BRASIL. Instrução Normativa da Secretaria da Fazenda Nacional nº 03, de 27 de dezembro de 1990, que disciplina a celebração de Convênios, Acordos, Ajustes ou similares, de natureza financeira. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 31 de dezembro de 1990. Brasília: Imprensa Nacional, 1990, pp. 25.774-25.781.

BRASIL. Instrução Normativa do Departamento do Tesouro Nacional nº 08, de 21 de dezembro de 1990, que estabelece Normas sobre Tomada e Prestação de Contas dos Gestores de Recursos Públicos. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 24 de dezembro de 1990. Brasília: Imprensa Nacional, 1990, pp. 25.235-25.242.

BRASIL. Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 12, de 27 de outubro de 1988, que disciplina a descentralização dos recursos efetuados por meio de Convênio, Acordo ou Ajuste, bem como da sua Prestação de Contas. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, de 31 de outubro de 1988. Brasília: Imprensa Nacional, 1988, pp. 20.926-20.928.

BRASIL. Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 10, de 27 de maio de 1987, que disciplina sobre as cláusulas essenciais, ou necessárias, dos Convênios, Acordos ou ajustes, para a execução de serviços de interesses

recíprocos dos órgãos e entidades da Administração Federal, direta ou autárquica e de outras entidades públicas ou privadas. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, 03 de junho de 1987. Brasília: Imprensa Oficial, 1987, pp. 8.520-8.521.

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000, Da Responsabilidade Fiscal. Publicada no Diário Oficial da União de 05/05/2000. In: **Lei de Responsabilidade Fiscal**: São Paulo: Saraiva, 2000. 60 p.

_____. Lei Complementar Federal nº 101, de 04 de maio de 2000, Da Responsabilidade Fiscal. Publicada no Diário Oficial da União de 05/05/2000. In: MARTINS, Ives Gandra; e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Organizadores). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001. 672 p.

BRASIL. Lei Federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro de 1916. In: **Código Civil e Legislação Civil**. 47ª edição, com organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1996. 1.196 p.

_____. Lei Federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro de 1916. In: NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação Civil em vigor**. 14ª. edição, atualizada até 19 de janeiro de 1995. São Paulo: Saraiva, 1995. 1.046 p.

_____. Lei Federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro de 1916. In: DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1995. 1.194 p.

BRASIL. Lei Federal nº 1.079, de 10 de abril de 1950, Dos Crimes de Responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República, dos Governadores e Secretários dos Estados. Publicada no Diário Oficial da União de 12.04.1950. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 1.013-1.026. 1.279 p.

BRASIL. Lei Federal nº 3.164, de 1º de junho de 1957, Do Sequestro e Perda de Bens Adquiridos por Servidor Público por Influência ou Abuso de Cargo ou Função Pública. In: GARCIA, Emerson.; e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 1ª edição, 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 725. 893 p.

BRASIL. Lei Federal nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958, Do Enriquecimento Ilícito dos Servidores Públicos, Sequestro e Perda de Bens Adquiridos por Influência ou Abuso de Cargo ou Função. In: GARCIA, Emerson.; e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 1ª edição, 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 726-728. 893 p.

BRASIL. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março 1964, Do Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública. Publicada no Diário Oficial de 23.03.1964 e retificada em 09.04.1964 e 03.06.1964. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 576-590. 1.279 p.

_____. Lei Federal nº 4.320, de 17 de março 1964, Do Direito Financeiro, Orçamentário e da Contabilidade Pública. Publicada no Diário Oficial de 23.03.1964 e retificada em 09.04.1964 e 03.06.1964. In: MACHADO JR., J. Teixeira.; e REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada**: Com a Introdução de Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 30ª. edição. Rio de Janeiro: IBAM, 2001. 392 p.

BRASIL. Lei Federal nº 4.717 de 29 de junho de 1965, Da Ação Popular. Publicada no Diário Oficial da União de 05/07/1965. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 275-281. 1.279 p.

BRASIL. Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Do Código Tributário Nacional. Publicado no Diário Oficial da União de 27/10/1966 e retificado em 31/10/1966. In: **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Editora RT, 2005, pp. 153-195. 1.088 p.

BRASIL. Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Do Código de Processo Civil. In: NERY JUNIOR, Nelson.; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7ª. edição revista e ampliada, atualizada até 07/07/2003. São Paulo: Editora RT, 2003. 1.855 p.

_____. Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Do Código de Processo Civil. In: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro (Coordenação). **Código de Processo Civil e Legislação Complementar**. 3ª. edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Editora RT, 1998. 1.153 p.

BRASIL. Lei Federal nº 6.494, de 07 de dezembro de 1977, Do Estágio de Estudantes. Publicado no Diário Oficial da União de 09/12/1977. Publicada no Diário Oficial da União de 09/12/1977. In: **CLT e Legislação Correlata**, atualizada até 13/01/2006. 2ª. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 385-386. 1.152 p.

BRASIL. Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985, Da Ação Civil Pública. Publicada no Diário Oficial da União de 25/07/1985. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 281-285. 1.279 p.

BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Do Código de Defesa do Consumidor. Publicada no Diário Oficial da União de 12/09/1990, Suplemento. In:

NEGRÃO, Theotonio.; e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e Legislação em Vigor**. 22ª. edição atualizada até 13 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 485-516. 1.606 p.

_____. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Do Código de Defesa do Consumidor. Publicada no Diário Oficial da União de 12/09/1990, Suplemento. In: NERY JUNIOR, Nelson.; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª. edição revista e ampliada, 2ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 2004, pp. 904-991. 1.790 p.

BRASIL. Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, Das Condições para a Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde, da Organização e Funcionamento dos Serviços Correspondentes. Publicada no Diário Oficial da União de 20/09/1990. In: **Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1990. 15 p. Site www.presidencia.gov.br. Acesso em: 25/04/2006.

BRASIL. Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, Dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Publicada no Diário Oficial da União de 12/12/1990 e republicada em 18/03/1998. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, pp. 469-528. 1.232 p.

BRASIL. Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, Da Participação da Comunidade na Gestão do Sistema Único de Saúde e sobre Transferências Intergovernamentais de Recursos Financeiros na Área da Saúde. Publicada no Diário Oficial da União de 31/12/90. In: **Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1990. 02 p. Site www.planalto.gov.br. Acesso em: 12/04/2006.

BRASIL. Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, Da Locação dos Imóveis Urbanos e os Procedimentos Pertinentes. Publicado no Diário Oficial da União de 21/10/1991. In: NERY JUNIOR, Nelson.; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª. edição revista e ampliada, 2ª. tiragem, atualizado até 02. 05.2003 São Paulo: Editora RT, 2004, pp. 1.237-1.319. 1.790 p.

_____. Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, Da Locação dos Imóveis Urbanos e os Procedimentos Pertinentes. Publicado no Diário Oficial da União de 21/10/1991. In: DINIZ, Maria Helena. **Lei de Locações e Imóveis Urbanos Comentada**: Lei nº. 8.245, de 18-10-1991. 2ª. edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1992. 501 p.

_____. Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, Da Locação dos Imóveis Urbanos e os Procedimentos Pertinentes. Publicado no Diário Oficial da União de 21/10/1991. In: PACHECO, José da Silva. **Comentários à Nova Lei sobre as Locações dos Imóveis Urbanos e seus Procedimentos**. 2ª. edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora RT, 1993. 342 p.

BRASIL. Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, Da Improbidade Administrativa. Publicado no Diário Oficial da União de 03/06/1992. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, pp. 853-862. 1.232 p.

_____. Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992, Da Improbidade Administrativa. In: GARCIA, Emerson.; e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 1ª edição, 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 751-758. 893 p.

BRASIL. Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992, Da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Publicada no Diário Oficial da União de 17/07/1992. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, pp. 760-786. 1.232 p.

_____. Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992, Da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Publicada no Diário Oficial da União de 17/07/1992. In: **Tribunal de Contas da União – Normas e Jurisprudência – Lei Orgânica** (Internet). Brasília: Tribunal de Contas da União, 1993. Encontrado no site: www.tcu.gov.br. Acesso em 12/12/2005.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Das Licitações e Contratos da Administração Pública. Publicada no Diário Oficial da União de 22/06/1993. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 661-739. 1.279 p.

_____. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Das Licitações e Contratos da Administração Pública. Publicada no Diário Oficial da União de 22/06/1993. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 983-1.068. 1.232 p.

_____. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública. Publicada no Diário Oficial da União de 22/06/1993. In: GUIMARÃES, Edgar (Coordenação). **Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública e Legislação Complementar**. Curitiba: Bidding, 2004. 287 p.

_____. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Das Licitações e dos Contratos da Administração Pública. Publicada no Diário Oficial da União de 22/06/1993. In: VITAGLIANO, Andreia Mendes Gonçalves (Organizadora). **Legislação Administrativa e Correlata**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 479-540. 1.705 p.

_____. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Das Licitações e Contratos da Administração Pública. Publicada no Diário Oficial da União de 22/06/1993. In: **Licitações e Contratos da Administração Pública**. 8ª. edição, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2001. 337 p.

_____. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, Das Licitações e Contratos da Administração Pública. Publicada no Diário Oficial da União de 22/06/1993. In: MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4ª. edição, ampliada, revista e atualizada. Porto Alegre: Síntese, 2002. 850 p.

BRASIL. Lei Federal nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, Da Lei Orgânica da Assistência Social. Publicado no Diário Oficial da União de 08/12/1993 In: **Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 1990. 06 p. Site www.planalto.gov.br. Acesso em: 12/04/2006.

BRASIL. Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Do Regime de Concessão de Serviços e de Obras Públicas e Permissão de Serviços Públicos. Publicada no Diário Oficial da União de 14-2-1995 e republicada em 28-9-1998. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, pp. 1.141-1.154. 1.232 p.

BRASIL. Lei Federal nº 9.074, de 07 de julho de 1995, Das Normas para a Outorga e Prorrogações de Concessões e Permissão de Serviços Públicos. Publicada no Diário Oficial da União de 08-07-1995 e republicada em 28-09-1998. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, pp. 1.155-1.168. 1.232 p.

BRASIL. Lei Federal nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, Do Serviço Voluntário. Publicado no Diário Oficial da União de 19-02-1998. In: **CLT e Legislação Correlata**. 2ª. edição atualizada até 13/01/2006. São Paulo: Editora RT, pp. 893-894. 1.152 p.

BRASIL. Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998, Da Qualificação de Entidades como Organizações Sociais, a Criação do Programa Nacional de Publicização, a Extinção de Órgãos e Entidades que Menciona e a Absorção de suas Atividades por Organizações Sociais e do Contrato de Gestão. Publicada no Diário Oficial da União de 18/05/1998 e retificada em 25/05/1998. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, pp. 1.175-1.182. 1.232 p.

BRASIL. Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Do Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. Publicada no Diário Oficial da União de 01/02/1999 e Retificada em 11/03/1999. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, pp. 1.114-1.126. 1.232 p.

_____. Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Do Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. Publicada no Diário Oficial da União de 01/02/1999 e Retificada em 11/03/1999. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 279-290. 290 p.

_____. Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Do Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. Publicada no Diário Oficial da União de 01/02/1999 e Retificada em 11/03/1999. In: FERRAZ, Sérgio.; e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 202-230. 244 p.

BRASIL. Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999, Da Qualificação de Pessoas Jurídicas de Direito Privado, Sem Fins Lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Disciplina o Termo de Parceria. Publicada no Diário Oficial da União de 24/03/1999. Regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.100, de 30/06/1999. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, pp. 1.183-1.190. 1.232 p.

_____. Lei Federal nº 9.790, de 23 de março de 1999, Da Qualificação de Pessoas Jurídicas de Direito Privado, Sem Fins Lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e Disciplina o Termo de Parceria. Publicada no Diário Oficial da União de 24/03/1999. Regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.100, de 30/06/1999. In: CONSELHO DA COMUNIDADE SOLIDÁRIA. **OSCIPI – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: A Lei 9.790/99 como Alternativa para o Terceiro Setor**. Elaborado por Elisabete Ferrarezi e Valéria Rezende. 2ª. edição, revista e atualizada. Brasília: Conselho da Comunidade Solidária, 2002, pp. 87-104. 116 p. Encontrada em: www.comunidadesolidaria.org.br e www.mj.gov.br/snj/oscip.htm. S/data acesso.

BRASIL. Lei Federal nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, Dos Crimes Resultantes da Inobservância da Lei de Responsabilidade Fiscal. Publicada no Diário Oficial da União de 20/10/2000. In: **Legislação Administrativa**. São Paulo: Saraiva, pp. 820-821. 1.232 p.

BRASIL. Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Do Estatuto da Cidade. Publicado Diário Oficial da União de 11/07/2001. In: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de Legislação de Direito Ambiental**. 5ª. edição, revista, ampliada e atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 515-526. 1.183 p.

_____. Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Do Estatuto da Cidade. Publicado Diário Oficial da União de 11/07/2001. In: DALLARI, Adilson Abreu.; FERRAZ, Sérgio. (Coordenadores). **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 416-440. 440 p.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro de 2002. In: NEGRÃO, Theotonio.; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 22ª. edição, atualizada até 13 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003. 1.606 p.

_____. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro de 2002. In: NERY JUNIOR, Nelson.; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª. edição revista e ampliada, 2ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 2004. 1.790 p.

_____. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro de 2002. In: VENOSA, Sílvio de Salvo (Organizador). **Novo Código Civil: Texto Comparado do Código Civil de 2002 com o Código Civil de 1916**. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 2003. 928 p.

_____. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo.; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coordenadores). **Código Civil Interpretado**

Conforme a Constituição da República – Volume I – Parte Geral e Obrigações – Arts. 1º a 420. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 790 p.

_____. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Código Civil Brasileiro de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo.; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coordenadores). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República** – Volume II – Teoria Geral dos Contratos. Contratos em Espécie. Atos Unilaterais. Títulos de Crédito. Responsabilidade Civil. Preferências e Privilégios Creditórios. (Arts. 421 a 965). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 918 p.

BRASIL. Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, Da Modalidade de Licitação denominada Pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns. Publicado no Diário Oficial da União de 18/07/2002. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 719-722. 1.279 p.

BRASIL. Lei Federal nº 10.934, de 11 de agosto de 2004, Das Diretrizes para a Elaboração da Lei Orçamentária de 2005. Publicada no Diário Oficial da União de 12/8/2004. In: **Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2004. 39 p. Encontrado no site: www.planalto.gov.br . Acesso em: 7/3/2005.

BRASIL. Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, Da Licitação e da Contratação de Parceria Público-Privadas. In: MEDAUAR, Odete. (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, revista, ampliada e atualizada até 04/01/2006. São Paulo: Editora RT, 2006, pp. 1.143-1.152. 1.279 p.

BRASIL. Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005, Dos Consórcios Públicos. Publicada no Diário Oficial da União 07/04/2005. In: Odete Medauar (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006, pp. 723-728. São Paulo: Editora RT, 2006. 1279 p.

_____. Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005, Dos Consórcios Públicos. Publicada no Diário Oficial da União 07/04/2005. In: **Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2005. 07 p. Retirado do site: www.planalto.gov.br. Acessado em: 09/05/2005.

_____. Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005, Dos Consórcios Públicos. Publicada no Diário Oficial da União 07/04/2005. In: MEDAUAR, Odete.; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos**: Comentários à Lei 11.107/2005. São Paulo: Editora RT, 2006. 174 p.

Lei Federal nº 11.178, de 20 de setembro de 2005, Das Diretrizes Orçamentárias para 2006. Publicada no Diário Oficial da União de 21/09/2005. In: **Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão** (Internet). Brasília: Ministério do

Planejamento, Orçamento e Gestão, 2005. 61 p. Encontrado no site www.planejamento.gov.br. Acesso em 03/06/2006.

BRASIL. Lei Federal nº 11.273, de 06 de fevereiro de 2006, Da Concessão de Bolsas de Estudo e Pesquisa a participantes de programas de formação inicial e continuada de professores para a educação básica. Publicada no Diário Oficial da União de 07/02/2006. In: **Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos** (Internet). Brasília: Presidência da República, 2006. 02 p. Retirado do site: www.presidencia.gov.br. Acessado em: 09/02/2006.

BRASIL. Portaria Interministerial nº 163, de 04 de maio de 2001, Anexo II, da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda e Secretaria do Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que trata das Normas Gerais de Consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Publicado no D.O.U de 07/05/2001, retificação no D.O.U de 05/06/2001. In: **Secretaria do Tesouro Nacional** (Internet). Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2001. Encontrada no site www.stn.fazenda.gov.br. Acesso sem data.

BRASIL. Resolução Administrativa nº 15/93, do Tribunal de Contas da União, Do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. In: **Tribunal de Contas da União – Normas e Jurisprudência** – Regimento Interno e Atos Normativos-Resoluções Administrativas (Internet). Brasília: Tribunal de Contas da União, 1993. Encontrado no site: www.tcu.gov.br. Acesso em 12/12/2005.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Normas de Cooperação Técnica e Financeira de Programas e Projetos mediante a Celebração de Convênios e Instrumentos Congêneres**: Orientações Técnicas – 2004. Brasília: Ministério da Saúde – Secretaria Executiva – Fundo Nacional de Saúde – Fundação Nacional da Saúde, 2004. 99 p.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Manual de Obtenção de Recursos Federais**: Versão 2004/2005. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2005. Extraído de: www2.senado.gov.br/ilb/materialaberto/manual_tudo.htm. Acesso em: 04/5/2005.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento nº 326.896 (2000/0084550-7). Relator Ministro Franciulli Netto. Decisão, em 10 de fevereiro de 2003, pelo provimento do Recurso. Agravo de Instrumento. Processual Civil. Recurso Federal Desviado. Legitimidade Ativa do Município. Recurso Provido (Art. 544, § 3º). In: **Superior Tribunal de Justiça** (Internet). Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2003. 02 p. Encontrado no site: www.stj.gov.br. Acesso em 01/05/2006.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento nº 334.711 – Sergipe (2000/0100837-4). Relator Ministro Milton Luiz Pereira. Decisão,

em 12 de fevereiro de 2001, pelo provimento do Recurso. Processual Civil. Convênio. Recurso Federal Desviado. Interesse Comum (União e Município). Legitimação Ativa Concorrente. Extinção do Processo (art. 267, VI, CPC). Recurso Provido. In: **Superior Tribunal de Justiça** (Internet). Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2001. 02 p. Encontrado no site: www.stj.gov.br. Acesso em 01/05/2006.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 21587 – Bahia (1992/0009853-3). Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Decisão unânime, em 09 de novembro de 1994, da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no DJU 28.11.1994, p. 32601, que conheceu e deu provimento ao Recurso. Processual civil. Ação proposta por Estado contra Município, visando responsabilizar o réu por descumprimento de convênio. I. O Município é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda que lhe move o Estado, visando o reembolso de quantia relativa a convênio celebrado com o réu, sob a alegação de que foi por este descumprido. II – Recurso Especial conhecido e provido. In: **Superior Tribunal de Justiça** – Jurisprudência (Internet). Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1994, p. 01. 01 p. Encontrado site: www.stj.gov.br. Acesso em 22/05/2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Segurança nº 24.328-7-Distrito Federal - Tribunal Pleno, unanimidade de votos, em 24/10/2002. Relator Ilmar Galvão. Prefeito Municipal. Convênio com Governo Federal. Prestação de Contas. Condenação Imposta pelo Tribunal de Contas. Alegada Violação aos arts. 5º e 37 da Constituição Federal. Indeferir a Segurança. In: **Supremo Tribunal Federal** (Internet) – Jurisprudência – Inteiro Teor de Acórdão. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2002. 07 p. Encontrado no site www.stf.gov.br. Acesso em 02/04/2006.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 80.867-1 – Piauí - Primeira Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Decisão, por maioria de votos, deferindo, em parte, o pedido de *Habeas Corpus*, em 18 de dezembro de 2001. Crime previsto no art. 2º, I, do Decreto-lei nº 201/67. Prefeito Municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI, da CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a Competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV, da CF). Havendo concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes. Precedentes citados: HHCC nºs. 68.399, 74.788 e 78.728. In: **Supremo Tribunal Federal** (Internet) – Jurisprudência – Inteiro Teor de Acórdão. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2001. 09 p. Encontrado no site www.stf.gov.br. Acesso em 30/04/2006.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 232.093-8 – Ceará - Primeira Turma. Relator Sepúlveda Pertence. Decisão, por unanimidade de votos, em 28/03/2000. Justiça Federal: competência: julgamento de agente público municipal por desvio de verbas repassadas pela União para realizar incumbência privativa da União – a eles delegada mediante convênio ou não – ou de interesse comum da União e da respectiva unidade federada, como ocorre em recursos destinados à assistência social (CF, art. 23, II e X. Conhecer do recurso e dar-lhe provimento. In: **Supremo Tribunal Federal** (Internet) – Jurisprudência – Inteiro Teor de Acórdão. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000. 08 p. Encontrado no site www.stf.gov.br. Acesso em 02/04/2006.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 119.256 – São Paulo - Primeira Turma, decisão de 14.04.1992. Relator Min. Moreira Alves. Turma não conheceu do Recurso Extraordinário. Unânime. Transferência, dentre outros, dos pensionistas ex-Vereadores e dependentes de Vereadores inscritos e beneficiários da Carteira de Previdência dos Deputados à Assembléia Legislativa para a Carteria de Previdência dos Vereadores do Estado de São Paulo, em virtude de Lei Estadual. Precariedade convênio administrativo e seus beneficiários não têm direito a sua manutenção e a direito adquirido a ela. Transferência determinada pela lei não extinguiu os benefícios dos recorridos. Não há direito adquirido à não aplicação imediata do regime legal relativo à contribuição a ser paga com relação aos benefícios. Recurso extraordinário que não se conhece. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência** nº 141. Brasília: STF, agosto de 1992, pp. 619-627.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênio e Outros Repasses**. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003. 65 p. Presente no site www.tcu.gov.br. Acesso em 15 de março de 2004.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Convênios**: Principais Informações para Estados e Municípios. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2000. 60 p. Encontrado no site www2.uerj.br/~diplan/pdf/manualtcu.pdf. Data de acesso não constante do material.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal**: Orientações Fundamentais. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria-Geral de Controle Externo, 2000. 120 p. Extraído do site www.tcu.gov.br, em 05 de novembro de 2003.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Transferências Constitucionais e Legais**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2005. 60 p. Encontrado no site www.tcu.gov.br, em 25 de novembro de 2005.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e Contratos**: Orientações Básicas. 3ª. edição, revista, atualizada e ampliada. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria de Controle Interno, 2006. 409 p. Encontrado no site www.tcu.gov.br. Acesso em: 10/03/2006.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Obras Públicas**: Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras Públicas. 92 p. Brasília: Tribunal de Contas da União, Secretaria-Geral de Controle Externo e Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002. 92 p. Material encontrado em tcu.gov.br. Acesso em 20 de março de 2004.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Cartilha para Conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 6ª. Secretaria de Controle Externo, 2004. 47 p. Presente no site de www.tcu.gov.br. Acesso 27 de maio de 2005.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 3053/2003 – Primeira Câmara, de 02.12.2003, Relator Walton Alencar Rodrigues e Relator da Deliberação Recorrida Iram Saraiva. Representação formulada pela Justiça do Trabalho – Vara do Trabalho de Guanhães-MG. Irregularidades praticas pela ECT. Reclamação Trabalhista. Pedido de reexame de decisão que considerou parcialmente precedente a representação ante impropriedades na contratação de menores aprendizes e no pagamento de taxa de administração às entidades

conveniadas. Negado provimento. In: **Portal de Pesquisa Textual da Jurisprudências do Tribunal de Contas da União**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003. 07 p. Presente em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 15 de janeiro de 2006.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1070/2003, Plenário, de 06.08.2003. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Levantamento de Auditoria. Instituto do Coração. Obras de implantação de Unidade do Instituto do Coração – InCor, no DF, nas dependências do Hospital das Forças Armadas. Ausência de indícios de irregularidades graves ou dano ao erário. Falta de realização de licitação. Prazo de adoção de providências. Arquivamento. Entidades Privadas investidas da condição de gestoras de recursos públicos. Análise da matéria. In: **Portal de Pesquisa Textual da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003. 12 p. Encontrado no site: www.tcu.gov.br. Acessado em: 18 de março de 2005.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 459/2003 – Plenário, de 07.05.2003, Relator Ministro Benjamin Zymler. Solicitação formulada pelo Congresso Nacional. Auditoria nos Fundos que receberam recursos do Tesouro Nacional no exercício de 1995. Indícios de desvio de finalidade no Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, em levantamento preliminar. Processo apartado. Improriedade na formalização de Convênios. Relatório de execução físico-financeira de forma única e final. Ausência de publicação de extrato de Convênio. Pagamento irregular de taxa de administração. Não comprovação de existência de desvio de finalidade nos Convênios analisados. Justificativas acolhidas em parte. Determinação à FINEP. In: **Portal de Pesquisa Textual da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2003. 09 p. Presente em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 15 de agosto de 2004.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 10/2002 – Plenário, de 23.02.2002. Ministro Relator Ubiratan Aguiar. Representação formulada pela Procuradoria da República PA. Possíveis irregularidades praticadas pela ELENORTE. Convênio com a Fundação de Amparo ao Desenvolvimento da Pesquisa para elaboração de estudo e do relatório de impacto ambiental da Usina Hidroelétrica de Belo Monte. Inadequação do instituto jurídico utilizado, face a inexistência de interesse comum e o objeto do ajuste ser uma contraprestação de serviços. Conhecimento. Procedência parcial. Determinação. Juntada às contas. In: **Portal de Pesquisa Textual da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, 2002. 10 p. Encontrada no site: www.tcu.gov.br. Acesso em: 21 de janeiro de 2006.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 17/2002 – Plenário, de 27.02.2002. Ministro Relator Walmir Campelo. Da Necessidade da Comprovação do Cumprimento do Objeto Pactuado e, ainda, da Boa e Regular Aplicação dos Recursos. In: **Portal de Pesquisa Textual da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. 08 p. Site www.tcu.gov.br. Acesso em: 25/04/2004.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão 449/1998 – Plenário, de 22.07.1998. Ministro Relator Adhemar Paladini Ghisi. Natureza Convenial do Relacionamento Fundo a Fundo entre a Esfera Federal e as Esferas Estadual e Municipal do Sistema Único de Saúde. In: **Portal de Pesquisa Textual da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1998. 07 p. Encontrado site www.tcu.gov.br. Acesso em: 10/04/2006.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Decisão 506/1997 – Plenário, de 13.08.1997. Ministro Relator Iram Saraiva. Natureza Convenial do Relacionamento Fundo a Fundo entre a Esfera Federal e as Esferas Estadual e Municipal do Sistema Único de Saúde. In: **Portal de Pesquisa Textual da Jurisprudência do TCU**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1997. 17 p. Encontrado em: www.tcu.gov.br. Acesso em 10/04/2006.

BRITTO, Alzemerri Martins Ribeiro de. Convênio Administrativo Celebrado com Entidade Privada. Possibilidade de Previsão de Penalidades, Desde que a Conduta Faltosa Atente Gravemente Contra o Interesse Público. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, vol. 24. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, Serviço de Documentação e Divulgação, 1998, pp. 235-243. 447 p.

BRONDI, Vittorio. L'Atto Complesso nel Diritto Pubblico. In: **Studi Giuridici Dedicati e Offerti a Francesco Schupfer nella Ricorrenza del XXXV Anno del sua Insegnamento** – Parte 3a. Torino: 1898.

BUENO, Vera Scarpinella. **Licitação na Modalidade de Pregão**: Lei 10.520, de 17 de junho de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. 246 p.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade do Estado**. 2ª. edição ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1995. 679 p.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em Torno do Conceito de Obrigação, seus Elementos e suas Fontes. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coordenador). **Obrigações**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 01-28. 574 p.

CALVO, Alberto Pérez. Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. In: **REALA**, nºs. 235-236 (julio-diciembre 1987), pp. 465 e ss.

CALVO, Recaredo Fernandez de Velasco. **El Acto Administrativo**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1929.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Obrigações do Estado Derivadas de Contratos Inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999. 198 p.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Parecer nº 12.799, de 07 de agosto de 2000, da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. In: **Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-

Geral do Estado do Rio Grande do Sul - PIDAP, 2000. 09 p. Pareceres recebidos, no formato do original, de pidap-pareceres@pge.rs.gov.br, em fevereiro de 2006. Pareceres disponíveis também no site www.pge.rs.gov.br.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução Menezes de Cordeiro. 2ª. edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, pp. 12, 13 e 66. 311 p. Original alemão: Systemdenken Und Systembegriff In Der Jurisprudenz, 2. Auflage, 1983. Duncker Un Humblot. Berlin.

CANDEIA, Remilson Soares. **Convênios Celebrados com a União e suas Prestações de Contas**. São Paulo: NDJ, 2005. 358 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª. edição. Coimbra: Almedina, 1999. 1.414 p.

_____. **Direito Constitucional**. 5ª. edição. Coimbra: Almedina, 1992. 1.214 p.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. 539 p.

_____. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? - A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Ordem Jurídico-Civil no Contexto do Direito Pós-Moderno. In: GRAU, Eros Roberto; e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 108-115. 557 p.

_____. Rever a ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In: **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, nº 15. São Paulo: Editora RT, ano 4, abr./jun. 1996, pp. 7-17.

CANOTILHO, José Joaquim Canotilho. Intervenção na Jornada sobre Canotilho e a Constituição Dirigente, promovida pela Universidade Federal do Paraná. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizador); participantes Agostinho Ramalho Marques Neto... [et al.]. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 144 p.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4ª. edição. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

_____. **Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d. 75 p.

_____. **Los Derechos Humanos e Su Protección**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d.

CASERTA. Accordo e Contratto. In: **Annali dell'Università di Bari**. Bari: 1943, pp. 213 e ss.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado** – Tomos I e II. Rio de Janeiro: Borso1, 1956. 812 p.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume I. Rio de Janeiro; Freitas Bastos, 1948. 568 p.

_____. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume I. 5ª.edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

_____. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume II – Teoria Geral do Direito Administrativo - Direito Financeiro - Atos e Contratos . São Paulo: Freitas Bastos, 1948. 488 p.

_____. **Teoria dos Atos Administrativos**. São Paulo: Editora RT, 1973. 345 p.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão.; BRITO, Luis Navarro de.; e BALLEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras – Vol. VI – 1967**. 2ª. edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 186 p.

CAVERO, David Ortega. **Dicionario Español-Português**. Barcelona: Ramón Sopena, 1966. 1.343 p.

_____. CAVERO, David Ortega. **Dicionário Português-Espanhol**. Barcelona: Ramón Sopena, 1966. 1.342 p.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 5ª. edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1968. 527 p.

CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1996. 485 p.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora RT, 1995. 484 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio. In: BORGES, Agnes Pinto. **Parceria Empresarial no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 200, p. XXI. 184 p.

COELHO, Inocêncio Mártires. Repensando a Interpretação Constitucional. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto de 2001. 31 p. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 28 de outubro de 2001.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. 6^a. edição, 2^a. tiragem. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 822 p.

COENRAETS, Philippe. Les accords de coopération dans la Belgique fédérale. In: **Administration Publique**, 3/1995, pp.158-200.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORDEIRO, Antonio Manuel Menezes. **Direito de Obrigações**, Tomo I. 2^a. reimpressão. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1980.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Organizador); participantes Agostinho Ramalho Marques Neto... [et al.]. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 144 p.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 6^a. edição. Coimbra: Almedina, 1994. 1.008 p.

COVIELLO, Nicola. **Manuale di Diritto Civile Italiano**. Milano: Società Ed. Libreria, 1924.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume II – Teoria do Ato Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966. 426 p.

_____. **Tratado de Direito Administrativo** – Volume III - Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 1967. 271 p.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 12^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 640 p.

_____. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2^a. edição, 2^a. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 576 p.

_____. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 248 p.

_____. **Das Licitações Públicas**: Comentários à Nova Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. 4^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 550 p.

_____. **Curso de Direito Romano**. O Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro. 21^a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 503 p.

CRISAFULLI, Vézio. Per la Determinazione del Concetto dei Principi Generali del Diritto. In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, XXI , 1941.

_____. **La Costituzione e le Sue Disposizione de Principio**. Milão: 1952.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 3ª. edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1992, pp. 59-62. 156 p.

DALLARI, Adilson Abreu.; FERRAZ, Sérgio. (Coordenadores). **Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal nº 10.257/2001**. São Paulo: Malheiros, 2002. 440 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Parecer sobre Projeto de Lei nº 3884/2004, relativo aos Consórcios Públicos. In: **Presidência da República** (Internet). Brasília: Presidência da República, 2005. 35 p. Disponível em www.presidencia.gov.br/sri/consorcios/ParecerDalmoAbreuDallari.pdf, em 18/12/2005.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.119 p.

DANTAS, Francisco C. de Santiago. **Problemas de Direito Positivo**. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: Os Contratos – Volume II**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. 378 p.

DEMOGUE, René. **Traité des Obligations en General** – t. VI, n. 3. Paris: A. Rousseau, 1931.

DIAS, José de Aguiar Dias. **Da Responsabilidade Civil** – Volumes I e II. 10ª. edição, 4ª. tiragem, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 906 p.

DICIONÁRIOS. CAVERO, David Ortega. **Diccionario Español-Português**. Barcelona: Ramón Sopena, 1966. 1.343 p.

_____. CAVERO, David Ortega. **Dicionário Português-Espanhol**. Barcelona: Ramón Sopena, 1966. 1.342 p.

_____. DICIONÁRIOS EDITORA PORTO. **Dicionário de Alemão-Português**. Porto: Editora Porto, 1986. 959 p.

_____. DICIONÁRIOS EDITORA PORTO. **Dicionário de Português-Alemão**. Porto: Editora Porto, 2003. 984 p.

_____. DICIONÁRIOS EDITORA PORTO. **Dicionário Português-Inglês**. 2ª. edição. Porto: Editora Porto, 1999. 1022 p.

- _____. **DICIONÁRIOS EDITORA PORTO. Dicionário de Latim-Português.** 2ª. edição revista e atualizada. Porto: Editora Porto, 2001. 717 p.
- _____. **DICIONÁRIOS EDITORA PORTO. Dicionário Português-Latim.** Porto: Editora Porto, 1990. 720 p.
- _____. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – Volume 1 – A-C.** 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005. 1.212 p.
- _____. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – Volume 2 – D-I.** 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005. 1.072 p.
- _____. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – Volume 3 – J-P.** 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005. 1.029 p.
- _____. DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico – Volume 4 – Q-Z.** 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005. 941 p.
- _____. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O Novo Dicionário Aurélio Eletrônico do Século XXI – O Dicionário da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lexiton, s/data.
- _____. HOUAISS, Antônio.; VILLAR, Mauro de Salles.; e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa.** Versão 1.05 - setembro de 2004. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- _____. HOUAISS, Antônio.; VILLAR, Mauro de Salles.; e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 3.006 p.
- _____. HOUAISS, Antônio.; VILLAR, Mauro de Salles.; e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. 966 p.
- _____. HOUAISS, Antônio. (Editor); CARDIM, Ismael (Co-editor); GUEDES, Peônia, Viana... [et. al.] (redatores). **Dicionário Inglês-Português.** 15ª. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Record, 2005. 936 p.
- _____. NONNENBERG, Maria José; CURTENAZ, Laurence. (Redação); e BURTIN-VINHOLES, S. (Revisão). **Dicionário Francês-Português e Português-Francês.** 25ª. edição. Porto Alegre: Globo, 1970. 1.062 p.
- _____. RODRIGUES, Vera Cristina. **Dicionário Houaiss de Verbos da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. 378 p.
- _____. SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade.** 10ª. edição. São Paulo: Atlas, 2005. 509 p.
- _____. SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI.** Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Rio de Janeiro: Record, 2005. 906 p.
- _____. SANTOS, Hugo Rodrigues dos. **Latim para o Jurista.** 3ª. edição. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996. 296 p.
- _____. SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico:** Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 929 p.
- _____. SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 23ª. edição atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 1.519 p.
- _____. SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico Eletrônico.** 3ª. edição eletrônica, atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense/Jurid Publicações Eletrônicas, s/data.
- _____. SPINELLI, Vincenzo.; e CASASANTA, Mario. **Dizionario Completo - Italiano-Portoghese (Brasiliano) e Portoghese (Brasiliano)-Italiano.** Parte Prima: Italiano-Portoghese (Brasiliano). Milano: Ulrico Hoepli, 1983, ristampa. 919 p.

_____. SPINELLI, Vincenzo.; e CASASANTA, Mario. **Dizionario Completo - Italiano-Portoghese (Brasiliano) e Portoghese (Brasiliano)-Italiano**. Parte Seconda: Portoghese (Brasiliano)-Italiano. Milano: Ulrico Hoepli, 1990, ristampa 1998. 1.047 p.

DIEZ, Manuel Maria. **Derecho Administrativo** – V. II. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1965.

DÍEZ-PICAZO, L. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial** – Volume I. 4ª. ed. Madrid: Civitas, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos** – Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1993. 496 p.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro** – 3º Volume – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 9ª. Edição, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1994. 516 p.

_____. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1995. 1.194 p.

_____. **Dicionário Jurídico** – Volume 1 – A-C. 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005. 1.212 p.

_____. **Dicionário Jurídico** – Volume 2 – D-I. 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005. 1.072 p.

_____. **Dicionário Jurídico** – Volume 3 – J-P. 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005. 1.029 p.

_____. **Dicionário Jurídico** – Volume 4 – Q-Z. 2ª. edição revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2005. 941 p.

_____. **Lei de Locações e Imóveis Urbanos Comentada: Lei nº 8.245, de 18-10-1991**. 2ª. edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1992. 501 p.

DINIZ, Souza. **Código de Napoleão ou Código Civil dos Franceses: Código Civil Francês, de 21 de março de 1804, de conformidade com a sua última edição oficial de 30 de agosto de 1816, com todas as suas modificações posteriores**. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1962. 409 p.

_____. **Código Civil Alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)**, de 18 de agosto de 1896, com todas as modificações posteriores. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1960. 396 p.

_____. **Código Civil Suíço**, de 10 de dezembro de 1907, com todas as modificações introduzidas posteriormente, e Código Federal Suíço de Obrigações (Livro V do Código Civil), de 14 de junho de 1881 e revisado em 30 de março de 1911 e 18 de dezembro de 1936, e todas as modificações posteriores. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1961. 350 p.

_____. **Código Civil Italiano**, de 16 de março de 1942, e Disposições sobre as Leis em Geral e Disposições para a Execução do Código Civil e Disposições Transitórias, de 30 de março de 1942. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1961. 490 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª. edição, atualizada com a Reforma Previdenciária – EC nº 41/03, até 31-12-03. São Paulo: Atlas, 2004. 751 p.

_____. **Direito Administrativo**. 8ª. edição. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 4ª. edição, 2ª. tiragem, revista e ampliada São Paulo: Atlas, 2002. 395 p.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas. São Paulo: Atlas, 1996. 135 p.

_____. O Consórcio Público na Lei nº 11.107, de 06.04.2005. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03. Salvador: Bahia, julho/agosto/setembro-2005. 14 p. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/12/2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.; RAMOS, Dora Maria de Oliveira.; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos.; e D'AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª. edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001. 386 p.

_____. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 4ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos**. São Paulo: Malheiros, 1994. 169 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários aos Artigos 18 a 28 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Das Despesas com Pessoal, Das Despesas com Seguridade Social, Das Transferências Voluntárias e Da Destinação de Recursos Públicos para o Setor Privado. In: MARTINS, Ives Gandra; e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Organizadores). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 128-180. 672 p.

DONATI, Donato. Atto Complesso, Autorizzazione, Approvazione. In: Archivio Giuridico Filippo Serafini, vol. XII, pp. 3-105. Modena: 1903.

DROMÍ, José Roberto. **Derecho Administrativo**. 10ª ed. actualizada. Buenos Aires – Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2004. 1.630 p.

_____. **Licitación Pública**. 2ª. ed., 1ª. Reimpresión. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 1999. 710 p.

DUGUIT, Leon. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Alberto Fontemoing Editeur, 1907.

DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos: Gestão, Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2004. 244 p.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira e revisão da tradução de Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p. Original inglês: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1977.

_____. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo e revisão de tradução Silvana Vieira. 2ª. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 513 p. Título original: *Law's Empire*. Harvard University Press, 1986.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges e revisão da tradução de Silvana Vieira. 2ª. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Título original: *A Matter of Principle*. Harvard University Press, 1995.

ENCINAS, Emilio Eiranova. **Código Civil Alemán Comentado – BGB**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 1998. 720 p.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 8ª. edição. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. 393 p. Título original: *Einführung in das Juristische Denken*. Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 1983.

ENNECERUS, Ludwig. **Tratado de Derecho Civil**, vol II. Tradução espanhola de Blas Peres Gonzáles e José Alguér. Barcelona: Bosch, 1935.

ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Teodor; WOLFF, Martin. **Tratado de Derecho Civil - Derecho de Obligaciones – Tomo II, Volume II**. 2ª. edição espanhola, tradução da 35ª. edição alemã. Barcelona: Bosch, 1950.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 3ª. edição e 2ª. reimpressão. Madrid: Civitas, 1981. 264 p.

_____. Constituição como Norma. In: **Revista de Direito Público**, nº 78. São Paulo: Editora RT, a. XIX, abr./jun. 1986.

ESPAÑA. Constitución Española, de 31 de octubre de 1978, ratificada por referéndum popular el 06 de diciembre de 1978. Publicada no Boletín Oficial do Estado el 29 de diciembre de 1978. In: LLORRENTE, Francisco Rubio.; e PELÁEZ, Mariano Daranas. **Constituciones de los Estados de la Unión Europea**. 1ª. edição. Barcelona: Editorial Ariel, 1997, pp. 152-194. 601 p.

ESPAÑA. Real Decreto 1326/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del becario de investigación. In: **Boletín Oficial del Estado – BOE**, núm. 263, de 3 noviembre de 2003. Madrid: Boletín Oficial del Estado – BOE, 2003, pp.

38828-30830. 03 p. Site: www.mec.es/ciencia/registrobecas/pdf/EstatutoBecario.pdf
Acesso em 1º/03/2006.

ESPAÑA. Ley 38/2003, de 17 de noviembre, que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas. In: **Boletín Oficial del Estado – BOE**, núm. 276, de 18 de noviembre de 2003. Madrid: Boletín Oficial del Estado – BOE, 2003, pp. 40505-40532. 27 p. Retirado do site: www.boe.es . Acessado em: 21/02/2004.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora RT, 1998. 274 p.

ESPINOLA, Eduardo. **Dos Contratos Nominados no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Editora, 1953. 578 p.

ESSER, Josef. **Princípio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado**. Tradução Eduardo Valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. 498 p. Título original: Grundsatz Und Norm In Der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1956.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo Conceito de Ato e Negócio Jurídico: Conseqüências Práticas**. Curitiba: EDUCA-Scientia et Labor, 1988. 121 p.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões Histórico-Evolutivas sobre a Constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 11-60. 357 p.

_____. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 151-198. 271 p.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª.edição. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 556 p.

FAKREDIN, Álvaro Panizza Salomon Abi.; VIGIL, José Francisco. **Convênios: Manual de Orientação**. Porto Alegre: Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, 2002. 35 p.

FARIA, Luiz Augusto Estrella; CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo; e BELLO, Teresinha da Silva. **Desvendando a Espuma**: Reflexões sobre Crise, Regulação e Capitalismo Brasileiro. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 1989. 247 p.

FEDOZZI, Luciano. **Orçamento Participativo**: Reflexões sobre a Experiência de Porto Alegre. Porto Alegre: Tomo Editorial; Rio de Janeiro: FASE/IPPUR, 1997. 256 p.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta Sem Licitação**. Dispensa de Licitação. Inexigibilidade de Licitação. Comentários às Modalidades de Licitação, inclusive o Pregão. Procedimentos Exigidos para a Regularidade da Contratação Direta. 5ª. edição, 3ª. tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. 724 p.

_____. **Sistema de Registro de Preços e Pregão**. 1ª. edição, 2ª. tiragem. Belo Horizonte: Fórum, 2003. 688 p.

_____. **Tomada de Contas Especial**: Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2ª. edição, revista e ampliada. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. 747 p.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. Coimbra: Armênio Amado, 1978.

FERRAZ, Sérgio.; e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. 244 p.

FERRAZ, Sérgio.; e FIGUEIREDO, Lúcia Valle Figueiredo. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação**. 3ª. edição revista, ampliada e atualizada de acordo com as Leis 8.66/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994. 127 p.

FERREIRA, Aparecido Hernani (organizador). **O Novo Código Civil**: Discutido por Juristas Brasileiros. Campinas: Bookseller, 2003. 793 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988** – Volume 1 – Arts. 1º a 103. 2ª. edição, atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 1997. 577 p.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira** – 2º Volume – Arts. 22 a 53. São Paulo: Saraiva, 1990. 718 p.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição** – 3º volume. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

FERRI, G. Contratto Plurilaterale. In: **Novissimo Digesto Italiano**, IV. Torino: UTET, 1959, pp. 678 e ss.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994. 418 p.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 8ª. edição, revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte, Del Rey, 2004. 1.053 p.

FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Tradução de Charles Eisenmann. Paris: Dellagrave, 1928-1933.

FONSECA, Tito Prates da. **Lições de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

_____. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

FORTI, Ugo. **Lezioni di Diritto Amministrativo – Parte Generale – Vol. II – Il Rapporto – La Teoria degli Atti**. 4ª. ed. e 2ª. ristampa. Napoli: Racolte dal Dott. C. C.M. Iaccarino, 1950.

FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tradução de Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge. Madrid: 1958.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Organizadora). **O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis de Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 252 p.

FRAGA, Gabino. **Derecho Administrativo**. 14ª. ed. México: Porrúa, 1971.

_____. **Derecho Administrativo**. 12ª. ed. México: Porrúa, 1968.

_____. **Derecho Administrativo**. 7ª. ed., México: Porrúa, 1958.

FRAGOLA, Umberto. **Gli Atti Amministrativi**. Milano: Torino: Unione Editrice Torinese, 1952.

FRANÇA. Código Civil Francês, de 21 de março de 1804, com todas as suas modificações posteriores. In: DINIZ, Souza. **Código de Napoleão ou Código Civil dos Franceses**, de 21 de março de 1804, de acordo com a sua última edição oficial de 30 de agosto de 1816, com todas as suas modificações posteriores. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1962. 409 p.

_____. **Code Civil**. Quatre-Vingt Cinquième Édition. Paris: Dalloz, 1985-1986. 1.556 p.

FRANÇA, R. Limongi. Contrato. In: FRANÇA, R. Limongi (coordenador). **Enciclopédia Saraiva do Direito** – Volume 19. São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 137-146.

FREITAS, A. Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, de 1860 – 1º Volume. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1952. 668 p.

_____. **Código Civil – Esboço**, de 1860 – 2º Volume. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1952. 779 p.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3ª. edição, atualizada, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2004. 367 p.

_____. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 4ª. edição, revista e ampliada com Tábua de diferenças e semelhanças entre princípios e regras. São Paulo: Malheiros, 2004. 328 p.

_____. Do Procedimento Licitatório: Conceito, Princípios e Elementos Nucleares. In: **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 147-166. 191 p.

_____. Dos Contratos Públicos: Distinção entre Princípios e Normas, Elementos Nucleares, Procedimento Preparatório e Conceituação. In: **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 167-185. 191 p.

_____. **Direito Romano e Direito Civil Brasileiro: Um Paralelo**. Porto Alegre: Acadêmica, 1987. 147 p.

_____. Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância. In: FREITAS, Juarez (Organizador). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, pp.170-197. 352 p.

_____. O Estado, a Responsabilidade Extracontratual e o Princípio da Proporcionalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenador). **Jurisdição e Direitos Fundamentais** - Anuário 2004/2005 – Volume I, Tomo I – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ AJURIS, 2006, pp. 179-196. 343 p.

_____. Responsabilidade Civil Objetiva do Estado: Exegese do Art. 37, § 6º, da Constituição Federal. In: **Veritas**, vol. 37, nº 146. Porto Alegre: PUCRS, junho de 1992, pp. 161-320, pp.233-242.

FREITAS, Juarez (Organizador). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. 352 p.

FREITAS, Vladimir Passos de Freitas (Coordenação). **Código Tributário Nacional Comentado**. São Paulo: Editora RT, 1999. 823 p.

FRIAUF, Karl-Heinrich. Zur Problematik des verfassungsrechtlichen Vertrages. In: **Aör – Archiv Des Öffentlichen Rechts**. S/Local: 1963, pp. 257-313.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria, Prática e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2001. 338 p.

GARCIA, Alejandro Nieto. Cooperación y Asistencia. In: **La Provincia en el Sistema Constitucional**. Madrid: 1991, pp. 50 e ss.

GARCIA, Emerson.; e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 1ª edição, 2ª. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 893 p.

GARCIA, Maria (coordenadora); MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Maria Walquiria Batista dos.; e TANAKA, Sônia Yuriko. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 317 p.

GARCIA, Telma Maria Perez. Parecer CJ/SEADS nº 20/2001. Convênio Administrativo. Necessidade de Interesses Convergentes. Vedada a Previsão de Contraprestação. In: **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, Vol. 26, Número 1. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Jan./Fev.2002, pp. 17-21.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004. 924 p.

GIANNINI, Massimo Severo. **Trattato de Diritto Postale**. 1912.

GIERKE, Otto. **Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung**. Berlin: Weidmannsche Buchandlung, 1887.

GIESE, Heinz-Ewald. **Staatsverträge und Verwaltungsabkommen der deutschen Bundesländer untereinander sowie zwischen Bund und Ländern**. Bonn: Tesis, 1961.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato: Os Novos Princípios Contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004. 217 p.

GOMES, Luiz Flávio. **Código Penal, Código de Processo Penal e Constituição Federal**. 8ª. edição. São Paulo: Editora RT, 2006. 1.211 p.

GOMES, Luiz Flávio; e BIANCHINI, Alice. **Crimes de Responsabilidade Fiscal: Lei 10.028/00**. São Paulo: Editora RT, 2001. 158 p.

GOMES, Marcos Pinto Correia. Os Consórcios Públicos na Lei nº 11.107/05. In: **Jus Navegandi** (site). Teresina, a. 9, n. 752, 26/07/2005. 14 p. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=7062>. Acesso em: 31/07/2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 4ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1974. 589 p.

_____. **Obrigações**. 9ª. edição, revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 365 p.

_____. **Contratos**. 20ª. edição, atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 535 p.

_____. **Contratos**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. **Contratos**. 3ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1971. 527 p.

_____. **Contratos de Adesão**. São Paulo: Editora RT, 1972.

_____. A Agonia do Código Civil. In: **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, nº 7, 1988, pp.1 e seguintes.

GORDILLO, Augustín. **El Acto Administrativo**. 2ª. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

GRAU, Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo**: Estudos sobre a Interpretação da Lei. São Paulo: Malheiros, 1995. 132 p.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002. 226 p.

_____. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. 7ª. edição. São Paulo: Malheiros: 2002. 383 p.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2000. 209 p.

GRAU, Eros Roberto. Convênio e Contrato. In: R. Limongi França (coordenador). **Enciclopédia Saraiva do Direito** - Volume 20. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 378-380. 520 p.

GRAU, Eros Roberto; e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Organizadores). **Direito Constitucional**: Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. 557 p.

GRAWERT, Rolf. **Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland**. Eine kritische Untersuchung der gegenwärtigen Staatpraxis mit einer Zusammenstellung der zwischen Bund und Ländern abgeschlossenen Abkommen. Berlin: Duncker & Humblot, 1967.

GRINOVER, Ada Pellegrini.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e.; FINK, Daniel Roberto.; FILOMENO, José Geraldo Brito.; WATANABE, Kazuo.; NERY JÚNIOR, Nelson.; e DENARI, Zeno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 4ª. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pp. 283-386. 738 p.

GUIMARÃES, Edgar (Coordenação). **Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública e Legislação Complementar**. Curitiba: Bidding, 2004. 287 p.

HANGARTNER, Yvo. **Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen**. Bern Frankfurt: Herbert Lang, Peter Lang, 1974.

HAURIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. Paris: J. B. Sirey, 1927.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. 34 p. Original: Die Normative Kraft der Verfassung. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen.

_____. La Interpretación Constitucional. In: **Escritos de Derecho Constitucional**. Introdução e Tradução de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 112 p.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. 576 p. Título original: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. C.F. Muller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg, 1995.

HOUAISS, Antônio.; VILLAR, Mauro de Salles.; e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Versão 1.05 - setembro de 2004. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

_____. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. 3.006 p.

_____. **Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. 966 p.

HOUAISS, Antônio. (Editor); CARDIM, Ismael (Co-editor); GUEDES, Peônia, Viana... [et. al.] (redatores). **Dicionário Inglês-Português**. 15ª. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Record, 2005. 936 p.

HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios Administrativos: Anotações. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, Volume 25. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, Serviço de Documentação e Divulgação, 1999, pp. 35-44. 445 p.

IHERING, Rudolph von. **Der Zweck im Recht**. Zweite Umgearbeitete Auflage, Erster Band. Leipzig: Druck und Verlag von Britkopp & Härtel, 1884.

_____. **A Finalidade do Direito** – 2 tomos. Tradução de Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. 825 p. Original: Der Zweck im Recht.

INTERESSE PÚBLICO – Ano 3, especial, de dezembro de 2001. **Licitação e os Tribunais de Contas**. Sapucaia do Sul/RS: Notadez, 2001. 209 p. Internet: www.notadez.com.br.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4ª. edizione. Milano: Giuffrè, 1999. 220 p.

_____. Nihilismo e Método Jurídico. Tradução de Danilo Doneda. In: **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, vol. 15, ano 4. Rio de Janeiro: Padma, ano 4, julho a setembro de 2003, pp. 133-143.

ITÁLIA. Código Civil Italiano, de 16 de março de 1942, e legislação correlata. In: DINIZ, Souza. **Código Civil Italiano**, de 16 de março de 1942, Disposições sobre as Leis em Geral e Disposições para a Execução do Código Civil e Disposições Transitórias, de 30 de março de 1942. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1961. 490 p.

_____. ALPA, Guido.; e IUDICA, Giovanni. **Codice Civile**, 16 marzo 1942, con commento essenziale di giurisprudenza, Costituzione, Trattato Comunità europea, leggi complementari. Sem Indicação Local: Kluwer, Ipsoa, 1996. 1.549 p.

_____. **Codice Civile del Regno D'Italia**, 25 giugno 1865. Torino: Stamperia Reale, sem data. 530 p.

_____. **Codice Commercio pel Regno D'Italia**, 31 ottobre 1882. Torino/Roma/Napoli: Unione Tipografico-Editrice, 1886. 469 p.

JACQUOT, Henri. **Le statut juridique des plans français**. Paris: LGDJ, 1973.

JELLINEK, George. **System der subjektiven Rechte**. Freiburg im Breisgau, 1892.

_____. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi**. Milano: SEL, 1912.

JÈZE, Gaston. **Principes Généraux de Droit Administratif**. Paris: Giard e Brière, 1926.

_____. **Principios Generales del Derecho Administrativo** – vol. III. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. 878 p.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9ª. edição. São Paulo: Dialética, 2002. 671 p.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: De Acordo com a Lei nº 8.883, de 08/06/1994**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Aide, 1994. 571 p.

_____. **Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 2ª. edição revista e atualizada de acordo com a Lei Federal nº 10.520/2002. São Paulo: Dialética, 2003. 285 p.

_____. **Concessões de Serviços Públicos: Comentários às Leis nºs. 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética: 1997. 495 p.

_____. Parecer Elaborado sobre Proposta Legislativa de Criação de Consórcios Públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho, agosto e setembro de 2005. 27 p. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/12/2005.

KARLOWA. Zur Lehre von den Juristischen Personem, em Zeitschrift für das Privat- und öffentl. In: **Recht der Gegenwart** vol. XV, 1888.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, com revisão de Maria Armada de Saint-Maurice. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999. 522 p. Título original: Römische Privatrecht. München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.

KUNTZE. Der Gesamttakt ein neue Rechtsbeghiff. In: **Festgabe der Leipzig Juristenfalultat für O. Müller**. Leipzig, 1892.

LANDO, Ole (Coordenador da Comissão do Direito Europeu dos Contratos). **Principios de Derecho Europeo de los Contratos** – Partes I e II. Tradução de Fernando Martinez Sanz. p. 3. 36 p. Acesso: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20spank/Principioslandol+II.doc, em 20/12/2004. Original: LANDO, BEALE. Principles of European Contract Law. La Haya: Kluwer Law International, 2000, pp.1-93.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. 557 p.

_____. **Derecho de Obligaciones** – Tomo II. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959. 730 p.

_____. **Derecho Civil**. Tradução de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1978.

LASO, Enrique Sayagués. **Tratado de Derecho Administrativo** - v. 1. Montevideo: Martin Bianchi Altina, 1952.

LASSALE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Tradução do alemão de Walter Stönnner. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969. 119 p.

LAUBADÈRE, André de. **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs**. Vol. I. Paris: Libr. Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.
_____. **Traité Élémentaire de Droit Administratif** – vol. I. Paris: Librairie General de Droit et Jurisprudence, 1963.

LEAL, Vitor Nunes. Valor das Decisões do Tribunal de Contas. In: **Revista de Direito Administrativo** – Vol. 12. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril-junho de 1948, pp. 418-431.

LENTINI, Arturo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Società Editrice Libreria, 1939.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional**. Fortaleza: ABC Editora, 2001. 400 p.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5^a. edição. São Paulo: Editora RT, 1982. 229 p.

_____. **Sistema de Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Tipografia Santa Maria, 1953.

LIPIETZ, Alain. Fordismo, Fordismo Periférico e Metropolização. In: **Ensaio FEE**, nº 20. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística Siegfried Emanuel Heuser, 1989, pp. 303-335.

LLORRENTE, Francisco Rubio.; e PELÁEZ, Mariano Daranas. **Constituciones de los Estados de la Unión Europea**. 1^a. edição. Barcelona: Editorial Ariel, 1997. 601 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005. 334 p.

_____. **Comentários ao Código Civil** – Parte Especial – Das Várias Espécies de Contratos – Da Compra e Venda. Da Troca ou Permuta. Do Contrato

Estimatório. Da Doação (Artigos 481 a 564) – Volume 6. Coordenação Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. 402 p.

_____. **Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991. 246 p.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; e LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. (Coordenadores). **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. 338 p.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro (Coordenação). **Código de Processo Civil e Legislação Complementar**. 3ª. edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Editora RT, 1998. 1.153 p.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil – Fontes de Obrigações: Contratos – Volume III**. 6ª. edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. 430 p.

_____. **Curso de Direito Civil – Fonte das Obrigações: Contratos – Volume IV**. 5ª. edição revista e atualizada pelo Prof. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. 672 p.

LÓPEZ, J. Ataz. Artículo 1254. In: ALBALADEJO, M.; e ALABART, S. Diaz (Dir.). **Comentários al Código Civil y Compilaciones Forales – Tomo XVIII, Vol.1º-A**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993.

LORENZETTI, Ricardo Luis Lorenzetti. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora RT, 1998, p. 57. 613 p. Título original: Lãs Normas Fundamentales de Derecho Privado. Santa Fé, Argentina; Rubinzal – Culzoni Editores, 1995.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998. 397 p.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 13ª. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1998. 400 p.

MACHADO JR, J. Teixeira; e LEITE, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada: Com a Introdução de Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 30ª edição. Rio de Janeiro: IBAM, 2001. 392 p.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Consórcios Públicos: Comentários ao Art. 1º da Lei nº 11.107/2005. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina, a. 9, n. 694,

30/05/2005. 12 p. Disponível: em www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6801 . Acesso em: 31/07/2005.

_____. Consórcios Públicos: Comentários ao Art. 2º da Lei nº 11.107/2005. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina, a. 9, n. 694, 30/05/2005. 18 p. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6802 . Acesso em: 31/07/2005.

MARIN, José Gáscón y. **Tratado de Derecho Administrativo** – v. 1. 5ª. ed. Madrid: C. Bermejo, 1933.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais**. 4ª. edição, revista, atualizada e ampliada, pelo Novo Código Civil e incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais, 2ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 2004. 1.109 p.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os Consórcios Públicos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, nº 03 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, julho, agosto e setembro de 2005. 53 p. Disponível na Internet: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/12/2005.

MARTINS, Alzemer. Parecer de 30 de dezembro de 1998. Convênio Administrativo Celebrado com Entidade Privada. Possibilidade de previsão de penalidades, desde que a conduta faltosa atente gravemente contra o interesse público. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, volume 24. Salvador: Revista Procuradoria Geral do Estado da Bahia, jan/dez.1998, pp.235-243. 447 p.

MARTINS, Ives Gandra; e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Organizadores). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 2001. 672 p.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Lesão Contratual no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 307 p.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 6ª. edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 1998. 737 p.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil – Do Direito das Obrigações. Do Adimplemento e da Extinção das Obrigações. Volume V – Tomo I (Artigos 304 a 338)**. Coordenador Sálvio Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 782 p.

_____. **A Boa-Fé no Direito Privado: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. 1ª. edição - 2ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 2000. 544 p.

_____. Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e *Taxis*: A Boa-Fé nas Relações de Consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito Privado**: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado. São Paulo: Editora RT, 2002, pp. 611-661. 861 p.

_____. O Direito Privado como um “Sistema em Construção” e as Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. In: FERREIRA, Aparecido Hernani (organizador). **O Novo Código Civil**: Discutido por Juristas Brasileiros. Campinas: Bookseller, 2003, pp. 227-265. 793 p.

_____. Os Fundamentos da Responsabilidade Civil. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, vol. 93, ano 15. São Paulo: Editora Jurid Vellenich, outubro 1991, pp. 29-52.

MARTINS-COSTA, Judith (Organização). **A Reconstrução do Direito Privado**: Reflexos dos Princípios, Diretrizes e Direitos Fundamentais Constitucionais no Direito Privado. São Paulo: Editora RT, 2002. 861 p.

MASAGÃO, Mário. **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 1933. 114 p.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán** - Parte General – Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª. edição alemã revisada e complementada e 1ª. edição brasileira. Barueri/SP: Manole, 2006. 997 p. Título original: Allgemeines Verwaltungsrecht – 14. Auflage. Verlag C. H. Beck oHG, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª. edição, revista e atualizada. São Paulo: Editora RT, 2004. 512 p.

_____. Convênios e Consórcios Administrativos. In: **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo** - Vol. 2. São Paulo: CEJUR - Centro de Estudos Jurídicos, junho-1996, pp. 69-89.

MEDAUAR, Odete (Organizadora). **Coletânea de Legislação Administrativa**. 6ª. edição, atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006. 1.279 p.

_____. **Coletânea de Legislação de Direito Ambiental**. 5ª. edição, revista, ampliada e atualizada até 04.01.2006. São Paulo: Editora RT, 2006. 1.183 p.

MEDAUAR, Odete.; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos**: Comentários à Lei 11. 107/2005. São Paulo: Editora RT, 2006. 174 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª. edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004. 798 p.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª. edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1990.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**: 13ª. edição, 1ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 1987.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 5ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1977. 788 p.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**: De acordo com as Leis 8.666, de 21.6.93 e 8.883, de 8.6.94. 11ª. edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1996. 420 p.

_____. **Direito Municipal Brasileiro**. 6ª. edição atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro. São Paulo: Malheiros, 1993. 602 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª. Edição, revista e atualizada até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004. 960 p.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª. edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª. edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 1993. 48 p.

_____. Parecer, de 26 de setembro de 1983. Interesse Público Primário e Secundário – Convênio entre União e Estado – Dever de Indenização. In: **Revista de Direito Público - RDP**, nº 75. São Paulo: Editora RT, julho-setembro de 1985, pp. 55-61.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico - Plano de Existência**. 12ª. edição, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2003. 300 p.

_____. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Validade**. 6ª. edição, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2004. 336 p.

_____. **Teoria do Fato Jurídico – Plano da Eficácia – 1ª. Parte**. 2ª. edição, de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2004. 292 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo; Saraiva, 1990.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4ª. edição, ampliada, revista e atualizada. Porto Alegre: Síntese, 2002. 850 p.

MENGALE, J. Guimarães. **Direito Administrativo e Ciência da Administração**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MESSINEO, Francesco. Contratto Plurilaterale. In: **Enciclopédia Del Diritto** – V. X. Milano: Giuffrè, 1962.

MINAS GERAIS (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Apelação Cível/Reexame Necessário. Processo nº 1.0024.03.129892-0/002(1). Relatora Des. Maria Elza. Decisão da Quinta Câmara Cível, em 18 de agosto de 2005, por unanimidade, confirmar a sentença, no Reexame Necessário. Administrativo. Convênio. Prestação de Assistência à Saúde. Administração Direta. Fundação de Direito Privado. Responsabilidade Objetiva. Presentes os Requisitos para Configuração. In: **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Jurisprudência - Inteiro Teor (Internet)**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2005. 08 p. Encontrado site: www.tjmg.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Reexame Necessário no Processo nº 1.0017.02.002329-1/001(1). Relatora Des. Maria Elza. Decisão da Quinta Câmara Cível, em 28 de abril de 2005, de Reformar a Sentença, no Reexame Necessário. Repasse de Verbas. Despesa Pública. Ação de Ressarcimento em Face de Anterior Administração Municipal. Legitimidade Ativa *Ad Causam* e Interesse de Agir do Ente Local da Federação. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. In: **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Jurisprudência - Inteiro Teor (Internet)**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2005. 07 p. Encontrado site: www.tjmg.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Reexame Necessário no Processo nº 1.0024.03.964418-2/001(1). Relator Des. Eduardo Andrade. Decisão da Primeira Câmara Cível, em 07 de dezembro de 2004, de Reformar Parcialmente a Sentença, no Reexame Necessário. Convênio Firmado entre Município e Estado de Minas Gerais. Ausência do Cumprimento dos Termos do Convênio. Dever de Ressarcimento Imposto à Municipalidade. In: **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Jurisprudência - Inteiro Teor (Internet)**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2004. 03 p. Encontrado site: www.tjmg.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Convênios e Consórcios Administrativos: Instrumentos Jurídicos do Federalismo Brasileiro. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, a. 4, n. 46, out. 2000. 15 p. Encontrado em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=457>>. Acesso em 19/05/2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. 4ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1974. 567 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo II – Bens. Fatos Jurídicos. 4ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1974. 592 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo III - Negócio Jurídico. Representação. Conteúdo. Forma. Prova. 4ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1974. 525 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Geral – Tomo V – Eficácia Jurídica. Determinações Inexas e Anexas. Direitos. Pretensões. Ações. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas/SP: Bookseller, 2000. 649 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXII - Direito de Obrigações: Obrigações e Suas Espécies. Fontes e Espécies de Obrigações. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 484 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXIV - Direito de Obrigações: Efeitos das Dívidas e das Obrigações. Juros. Extinção das Dívidas e das Obrigações. Adimplemento. Arras. Liquidação. Depósito em Consignação para Adimplemento. Alienação para Liberação. Adimplemento com Sub-rogação. Imputação. Compensação. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 520 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXV - Direito de Obrigações: Extinção das Dívidas e Obrigações. Dação em Soluto. Confusão. Remissão de Dívidas. Novação. Transação. Outros Modos de Extinção. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 476 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XXXI - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Unilaterais. Denúncia. Revogação. Reconhecimento. Promessas Unilaterais. Traspasso Bancário. Promessa de Recompensa. Concurso. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. 474 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XXXVIII - Direito de Obrigações: Negócios Jurídicos Bilaterais e Negócios Jurídicos Plurilaterais. Pressupostos. Vícios de Direito. Vícios do Objeto. Evicção. Redibição. Espécies de Negócios Jurídicos Bilaterais e de Negócios Jurídicos Plurilaterais. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 472 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XL - Direitos de Obrigações: Locação de Coisas. Locação de Uso e Locação de Uso e Fruição. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 505 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLII - Direitos de Obrigações: Mútuo. Mútuo a Risco. Contrato de Conta Corrente. Abertura de Crédito. Assinação e Acreditivo. Depósito. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 480 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Parte Especial – Tomo XLIII - Direitos de Obrigações: Mandato. Gestão de Negócios Alheios Sem Outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 551 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLVI - Direito de Obrigações: Contrato de Seguro (continuação). Seguro de Vida. Seguros de Acidentes Pessoais. Seguro de Responsabilidade. Seguro de Crédito. Seguros de Riscos Especiais e de Universalidade. Seguros Mútuos. Resseguro. Contrato de Comodato. Contrato de Doação. Contrato de Hospedagem. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 537 p.

_____. **Tratado de Direito Privado** – Tomo XLIX - Contrato de Sociedade. Sociedades de Pessoas. 3ª. edição, reimpressão. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. 609 p.

_____. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 491 p.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo 2. 2ª. edição. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

MIRANDA, Sandra Julien. **Do Ato Administrativo Complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998. 143 p.

MODESTO, Paulo. Convênio entre entidades públicas executado por Fundação de Apoio. Serviço de Saúde. Conceito de serviço público e serviço de relevância pública na Constituição de 1988. Forma de prestação de contas das entidades de cooperação após a Emenda Constitucional n. 19/98. In: **Revista Diálogo Jurídico** nº 11 (Internet). Salvador: Centro de Atualização Jurídica, fevereiro de 2002. 27 p. Disponível na Internet: www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20 de março de 2004.

MONTEIRO, Antonio Pinto. **Sumários de Introdução ao Estudo do Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1978.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Obrigações - Tomo 2**. São Paulo: Saraiva, 1959.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário – Primeiro Volume**. 5ª. edição revista, aumentada e atualizada até 1993. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 699 p.

MORAES, Maria Celina Bodin. A Caminho de Um Direito Civil Constitucional. In: **Revista de Direito Civil**, nº 65. São Paulo: Editora RT, 1993, pp. 21-32.

_____. O Princípio da Solidariedade. In: PEREIRA, Antonio Celso Alves.; e MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. (Organizadores). **Estudos em Homenagem a Carlos Alberto Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 527-556. 658 p.

MORAES, Renato José de. **Cláusula Rebus Sic Stantibus**. São Paulo: Saraiva, 2001. 320 p.

MORALES, María Jesús García. **Convenios de Colaboración en los Sistemas Federales Europeos**: Estudio Comparativo de Alemania, Suiza, Austria y Bélgica. Madrid: McGraw-Hill, 1998. 372 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª edição, totalmente revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 683 p.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

_____. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 436 p.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. 2ª. edição, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 335 p.

_____. Coordenação Gerencial na Administração Pública (Administração Pública e Autonomia Gerencial. Contrato de Gestão. Organizações Sociais. A Gestão Associada de Serviços Públicos: Consórcios e Convênios de Cooperação). In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 214. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1998, pp.35-53.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000. 290 p.

_____. Terceiro Setor da Administração Pública. Organizações Sociais. Contrato de Gestão. Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus vínculos “contratuais” com o Estado. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 227. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar.2002, pp. 309-320.

MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 617 p.

MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya, revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2000, p. 36. 118 p. Título original: Les Sept Savoirs Nécessaires à l'Éducation du Futur. Paris: UNESCO, 1999.

_____. **Introdução ao Pensamento Complexo**. Tradução Dulce Matos. 3ª. edição. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 18. p. 137 p. Título original: Introduction à la pensée complexe. Paris: ESF, 1990.

MOTTA, Amílcar. Parecer nº 36/83-AM. Contratos Administrativos e Convênios – Conceituação e Distinção. Outros Atos de Natureza Convencional. In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 37. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 1985, pp. 198-211. 472 p.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999. 582 p.

_____. **O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Público: Comentários à Lei 8.666/93, com as Alterações Promovidas pela Lei 8.883/94**. 3ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1994. 231 p.

_____. **Contratos Públicos: As Prerrogativas da Administração e os Direitos das Empresas Contratadas (Segundo as Leis nºs. 8.666/93 e 8.883/94)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. 132 p.

_____. **Licitações: As Prerrogativas da Administração e os Direitos das Empresas Concorrentes (Segundo as Leis 8.666/93 e 8.883/94)**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. 137 p.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento Sem Causa**. São Paulo: Saraiva, 2004. 451 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 10ª. edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1992. 720 p.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 22ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Editora LTr, 1996. 637 p.

NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação Civil em vigor**. 14ª. edição, atualizada até 19 de janeiro de 1995. São Paulo: Saraiva, 1995. 1.046 p.

NEGRÃO, Theotonio.; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código Civil e Legislação Civil em Vigor**. 22ª. edição, atualizada até 13 de janeiro de 2003. São Paulo: Saraiva, 2003. 1.606 p.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 552 p.

_____. **Fundamentos Para Uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. 305 p.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da Proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini.; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e.; FINK, Daniel Roberto.; FILOMENO, José Geraldo Brito.; WATANABE, Kazuo.; NERY JÚNIOR, Nelson.; e DENARI, Zeno. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 4ª. edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pp. 283-386. 738 p.

NERY JUNIOR, Nelson.; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2ª. edição revista e ampliada, 2ª. tiragem. São Paulo: Editora RT, 2004. 1.790 p.

_____. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7ª. edição revista e ampliada, atualizada até 07/07/2003. São Paulo: Editora RT, 2003. 1.855 p.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**. São Paulo: Dialética, 2003. 351 p.

NOGUEIRA, Octaviano. **Constituições Brasileiras – Vol. I – 1824**. 2ª. Edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 122 p.

NONNENBERG, Maria José; CURTENAZ, Laurence. (Redação); e BURTIN-VINHOLES, S. (Revisão). **Dicionário Francês-Português e Português-Francês**. 25ª. edição. Porto Alegre: Globo, 1970. 1.062 p.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações - Fundamentos do Direito das Obrigações - Introdução à Responsabilidade Civil – Volume 1**. São Paulo: Saraiva, 2003. 718 p.

_____. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-Fé, Justiça Contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. 273 p.

_____. **Âmbito da Responsabilidade Civil**. In: **Revista Trimestral de Direito Civil** – RTDC, vol. 12, ano 3. Rio de Janeiro: Padma, outubro-dezembro de 2002, pp.39-58.

_____. **Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil**. In: **Revista dos Tribunais**, Volume 761, ano 88. São Paulo: Editora RT, março de 1999, pp. 31-44. 832 p.

_____. **Responsabilidade Civil: Uma Tentativa de Ressistematização**. In: **Revista de Direito Civil**, nº 64, ano 17. São Paulo: Editora RT, abril-junho de 1993, pp. 12-47.

ÖHLINGER, Theo. **Verträge im Bundesstaat**. Wien: Wilhelm Braumüller, 1982.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006. 582 p.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 3ª. edição. São Paulo: Editora RT, 1992. 171 p.

_____. **Servidores Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.168 p.

ORIVE, José Luis Ávila. **Los Convênios de Colaboración Excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**. Madrid: Civitas, 2002. 226 p.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Teoría del Equivalente Economico en los Contratos Administrativos**. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1968.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora RT, 2000. 426 p.

OVIEDO, Carlos Garcia. **Derecho Administrativo**. 7ª. edição. Madrid: EISA, 1959.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à Nova Lei sobre as Locações dos Imóveis Urbanos e seus Procedimentos**. 2ª. edição, revista e ampliada. São Paulo: Editora RT, 1993. 342 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Volume II – Teoria Geral das Obrigações**. 19ª. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 284 p.

_____. **Instituições de Direito Civil – Volume III – Fontes de Obrigações – Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil**. 10ª edição, 13ª. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 413 p.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública: Lei nº 8.666/93, com a Redação da Lei nº 8.883/94**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. 980 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 369 p. Título original italiano: *Profili del Diritto Civile*. Nápoles: Edizione Schientifiche Italiane, 1994.

_____. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, nºs. 6 e 7. Rio de Janeiro: UERJ/Renovar, 1998-1999, pp. 63-77. 468 p.

_____. Editoriale. In: **Rassegna di Diritto Civile**, nº 1, 1983, p. 2.

PICCININI, Heloisa Trípoli Goulart. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer 03/95, de 04.01.1995, do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. In: **Biblioteca do TCE-RS**. Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 1995. 05 p. Resposta enviada pelo endereço eletrônico biblioteca@tce.rs.gov.br., em 23 de janeiro de 2006. Site do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul: www.tce.rs.gov.br.

PIETZCKER, Jost. Landesbericht Bundesrepublik Deutschland. C. Starck (ed.). **Zusammenarbeit der Gliedstaaten**. Baden-Baden, Nomos, 1988, pp. 20-76.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª. edição. São Paulo: Max Limonad, 2000. 458 p.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras – Vol. III – 1934**. 2ª. edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 194 p.

POLETTI, Ronaldo. Contratos e Convênios. In: **Revista Forense**, vol. 280. Rio de Janeiro: Forense, 1982, pp.379-386.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras – Vol. IV – 1937**. 2ª. edição. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2001. 186 p.

RAMOS, Elival da Silva. Do Ato Administrativo Complexo no Direito Italiano e Brasileiro. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo** nº 32. São Paulo: Centro de Estudos – Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez.1989, pp. 173-177. 265 p.

RANELLETTI, Oreste. **Teoria Degli Atti Amministrativi Speciali**. 7ª. ed. Milano: A . Giuffrè Editore, 1945.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. Noção, Pressupostos, Elementos Essenciais e Acidentais. O Problema do Conflito entre os Elementos Volitivos e a Declaração. 4ª. edição, 2ª. tiragem, anotada, revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora RT, 1999. 426 p.

REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: a.6, n. 54, fev.2002, p. 4. 09 p. Disponível em: <http://jus.com.br/doutrina/texto/asp?id=2718>. Acesso em 21 de janeiro de 2003.
_____. Parecer sobre Consórcios Públicos. In: **Miguel Reale** (site). São Paulo: s/d. 06 p. Disponível em www.miguelreale.com.br/parecer.htm. Acesso em [14/12/2005](http://www.miguelreale.com.br/parecer.htm).

RÉGLADE, Marc. **De la Nature Juridique de L'Acte D'Association**. Bordeaux, 1920.

REXACH, Angel Menéndez. **Los Convenios entre Comunidades Autonomas:** Comentario al Artículo 145.2 de la Constitución. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982. 149 p.

_____. Coordinación de la ordenación del território con políticas sectoriales que inciden sobre el medio físico. In: **Documentación Administrativa**, nºs. 230-231 (abril-septiembre, 1992), pp. 229 e ss.

RIBEIRO, Jorge Miranda.; e PIRES, Maria Mota. **Convênios da União:** Temas Polêmicos, Jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, Recomendações. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. 550 p.

RILL, Heinz Peter. **Gliedstaatsverträge.** Wien New York: Springer Verlag, 1973.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Parecer nº 36/83-AM, de Amílcar Motta. Contratos Administrativos e Convênios – Conceituação e Distingção. Outros Atos de Natureza Convencional. In: **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, vol. 37. Rio de Janeiro: Centro de Estudos Jurídicos, 1985, pp. 198-211. 472 p.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível no Processo 2002.001.29354. Relator o Desembargador Ivan Cury. Decisão, da Décima Câmara Cível, em 13 de maio de 2003, que acata parcialmente o Recurso. Responsabilidade Civil Médica. Infecção Hospitalar. Responsabilidade Objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Aplicação da Regra do Artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, e Artigos 14, 22 e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Jurisprudência (Internet)**. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2003. 01 p. Encontrado site www.tj.rj.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível no Processo nº 2000.001.21381. Relator Des. Ademir Pimentel. Decisão da Décima Quarta Câmara Cível, em 25 de setembro de 2001, que deu provimento parcial ao Recurso. Processual Civil. Administrativo. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – Jurisprudência (Internet)**. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2001. 01 p. Encontrado site www.tj.rj.gov.br. Acesso em 18/12/2005.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). CONTADORIA E AUDITORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – CAGE. **Convênios – Manual de Orientação.** Elaborado por Álvaro Panizza, Salomon Abi Fakredin e José Francisco Ferreira Vigil. Porto Alegre: Governo do Estado do Rio Grande do Sul – Secretaria da Fazenda – Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, 2002. 35 p.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Instrução Normativa nº 01, de 15 de março de 2005, da Contadoria e Auditoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre Convênios a serem celebrados no âmbito dos Poderes Executivo, inclusive Autarquias e Fundações, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. In: **Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul**, de 15 de março de 2005. Porto Alegre: CORAG, 2005, pp. 05-08. Site Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul: www.corag.rs.gov.br .

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). Lei Estadual nº 11.424, de 06 de janeiro de 2000, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul de 07/01/2000, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. In: **Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – Legislação – Lei Orgânica** (Internet). Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 2000. 09 p. Encontrada em www.tce.rs.gov.br/legislacao/lei_organica/index.php. Acesso em [25/05/2004](http://www.tce.rs.gov.br/legislacao/lei_organica/index.php).

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer nº 14.349, de 13 de setembro de 2005, da Procuradora do Estado Maria Denise Vargas de Amorim. In: **Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - PIDAP, 2005. 10 p. Pareceres recebidos, no formato do original, de pidap-pareceres@pge.rs.gov.br, em fevereiro de 2006. Pareceres disponíveis também no site www.pge.rs.gov.br .

_____. PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer nº 12.799, de 07 de agosto de 2000, do Procurador do Estado Ricardo Antônio Lucas Camargo. In: **Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - PIDAP, 2000. 09 p. Pareceres recebidos, no formato do original, de pidap-pareceres@pge.rs.gov.br, em fevereiro de 2006. Pareceres disponíveis também no site www.pge.rs.gov.br .

_____. PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer nº 11.679, de 20 de junho de 1997, da Procuradora do Estado Liste Maria Skrebski. In: **Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - PIDAP, 1997. 14 p. Pareceres recebidos, no formato do original, de pidap-pareceres@pge.rs.gov.br, em fevereiro de 2006. Pareceres disponíveis também no site www.pge.rs.gov.br .

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer 26/96, de 29.07.1996, da Auditora Substituta de Conselheiro Rozangela Motiska Bertolo. In: **Biblioteca do TCE-RS**. Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE-RS, 1996. 148 p. Resposta enviada pelo endereço eletrônico biblioteca@tce.rs.gov.br., em 23 de janeiro de 2006. Site Tribunal de Contas Estado do Rio Grande do Sul: www.tce.rs.gov.br .

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Parecer 03/95, de 04.01.1995, da Auditora Substituta de Conselheiro Heloisa Tripoli

Goulart Piccinini. In: **Biblioteca do TCE-RS**. Porto Alegre: Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, 1995. 05 p. Resposta enviada pelo endereço eletrônico biblioteca@tce.rs.gov.br., em 23 de janeiro de 2006. Site do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul: www.tce.rs.gov.br.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Segunda Câmara Cível. Apelação Reexame Necessário nº 70004487229. Decisão unânime em 02 de junho de 2004. Relator Desembargador João Armando Bezerra Campos e participaram da decisão os Desembargadores Roque Joaquim Volkweiss e Antonio Janyr Dall’Agnol Junior. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Jurisprudência de Inteiro Teor** (Internet). Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2004. 31 p. Encontrado no site: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 18 de dezembro de 2005.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível Processo nº 70005134754. Relator Des. Roque Joaquim Volkweiss e participação do Des. Antonio Janyr Dall’Agnol Junior (Presidente/Revisor) e do Des. Arno Werlang. Decisão da Segunda Câmara Cível, por unanimidade, em 03 de setembro de 2003, negou provimento. Direito Administrativo. Ação de Indenização e Ressarcimento de Recursos do Fundo de Desenvolvimento da Educação. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Jurisprudência de Inteiro Teor** (Internet). Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2003. 05 p. Encontrado site www.tj.rs.gov.br. Acesso em 02/05/2006.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível nº 70005479662. Decisão de 09 de abril de 2003. Relator vencido Desembargador Vasco Della Giustina e votos vencedores dos Desembargadores João Carlos Branco (Revisor – Redator para o Acórdão) e Des. Wellington Pacheco Barros. In: **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Jurisprudência de Inteiro Teor** (Internet). Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2003. 16 p. Encontrado no site: www.tj.rs.gov.br . Acesso em: 04 de abril de 2006.

RÍSPOLI, Arturo. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. 3ª. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1938.

_____. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. Torino: Libreria Scientifica Giappichelli, 1929.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1.468 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Regime Jurídico dos Contratos da Administração**. 2ª. edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. 318 p.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 174 p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade – Volume 3**. 30ª edição, atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004. 447 p.

_____. Contrato de Sociedade. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coordenação). **Enciclopédia Saraiva do Direito**, nº 19. São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 512-524.

RODRIGUES, Vera Cristina. **Dicionário Houaiss de Verbos da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. 378 p.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de Direito Romano**. 2ª. edição revista. São Paulo: Editora RT, 2003. 287 p.

ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Amministrativo**. 3ª. ed. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1937.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988. 371 p. Original: Il Contratto. Bologna: Il Mulino, 1977.

ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-Providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa e revisão de tradução de Estela dos Santos Abreu. Brasília/Goiânia: Unb, Editora UFG, 1997. 160 p.

_____. **A Nova Questão Social: Repensando o Estado-Providência**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998. 170 p.

ROVIRA, Enoch Alberti. **Federalismo y Coperacion en la Republica Federal Alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. 598 p.

SÁ, A. Lopes de.; e SÁ, A. M. Lopes de. **Dicionário de Contabilidade**. 10ª. edição. São Paulo: Atlas, 2005. 509 p.

SAKAKIHARA, Zuudi. Imposto Sobre Renda e Proventos de Qualquer Natureza (Arts. 43 a 45). In: FREITAS, Vladimir Passos de. (Coordenação). **Código Tributário Nacional Comentado**. São Paulo: Editora RT, 1999, pp. 127-147. 823 p.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de Economia do Século XXI**. Edição revista e atualizada do Novíssimo Dicionário de Economia. Rio de Janeiro: Record, 2005. 906 p.

SANTA CATARINA (ESTADO). TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Glossário** (Internet). Florianópolis: Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, s/data, p. 9. 63 p. Encontrado em www.tce.sc.gov.br . Acessado em 15/03/2006.

SANTANA, Fernando. Convênios Administrativos. Caracterização. Figuras Correlatas. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Vol. 4. Número Especial – Seminário sobre Licitações e Contratos Administrativos. Salvador: Procuradoria Geral do Estado – Serviço de Documentação e Divulgação, jul.1979/jun.1980, pp.83-91. 189 p.

SANTIAGO, José María Rodríguez de. **Los Convenios entre Administraciones Públicas**. Madrid: Marcial Pons, 1997. 434 p.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**. Tradução de Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida Editora, 1967. 293 p. Título Original: Dottrine Generali del Diritto Civile. 8ª. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964.

SANTOS, Adilson Ralf. A Relação Jurídica Obrigacional como Processo. In: **Revista Visão e Ação**, vol.1, n.1, da Faculdade Santa Marta (Internet). São Lourenço/MG: Revista Visão e Ação/Faculdade Santa Marta, 2005. 24 p.

SANTOS, Hugo Rodrigues dos. **Latim para o Jurista**. 3ª. edição. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996. 296 p.

SÃO PAULO (ESTADO). Lei Estadual nº 89, de 27 de dezembro de 1972, Das Licitações e Contratos da Administração Pública. In: CRETELLA JÚNIOR, José. **Das Licitações Públicas**: Comentários à Nova Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 445-460. 550 p.

SÃO PAULO (ESTADO). PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. Parecer CJ/SEADS nº 20/2001, de Telma Maria Perez Garcia. Convênio Administrativo. Necessidade de Interesses Convergentes. Vedada a Previsão de Contraprestação. In: **Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, Vol. 26, Número 1. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Jan./Fev.2002, pp. 17-21.

SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Manual Básico - Repasses Públicos ao Terceiro Setor**. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2004. 88 p. Disponibilizado em: site www.tce.sp.gov.br. Acesso em 2005.

SÃO PAULO (ESTADO). TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 56.698 – Santa Rita do Passa Quatro. 1ª. Câmara Civil do Tribunal de Justiça. Relator Desembargador Galvão Coelho. Decisão: Nega provimento ao recurso, por unanimidade. Convênio – Retirada da cooperação por um dos partícipes – Admissibilidade – Igualdade Jurídica e ausência de vinculação contratual entre os signatários do convênio – Cobrança improcedente – Recurso não provido. In: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, Vol. 95, Ano 19. São Paulo: Lex Editora, julho e agosto de 1985, pp. 61-62.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152 p.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p.

_____. **A Eficácia dos Direitos Humanos**. 3ª. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 416 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 357 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 271 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenador). **Jurisdição e Direitos Fundamentais - Anuário 2004/2005 – Volume I, Tomo I – Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ AJURIS, 2006. 343 p.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del Diritto Romano Attuale**, Vol. III. Tradução: Scialoja. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1900.

_____. **Sistema del Derecho Romano Actual – Vol. II**. Trad. Jacinto Messia y Manoel Poley Centro. 2ª. edição. Madrid: Góngora, s/d.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito dos Contratos: Seus Princípios Fundamentais sob a Ótica do Código Civil de 2002**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 166 p.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 929 p.

SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: O Prazo Decadencial do Art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/99). In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado** nº 02 (Internet). Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, abril/maio/junho 2005. 48 p. Encontrado no site www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 19 de maio de 2006.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira. A Regulamentação dos Consórcios Públicos à Luz do Projeto de Lei nº 3.884/2004. In: **Jus Navigandi** (Internet). Teresina: a. 9, n. 654, 22/04/2005. 21 p. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6614>. Acesso em: 24/04/2005.

_____. Lei nº 11.107/05: Marco Regulatório dos Consórcios Públicos Brasileiros. In: **Jus Navigandi** (Internet). Teresina: a. 9, n. 705, 10/06/2005. 32 p. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6872>. Acesso em: 11/06/2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. 230 p.

_____. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de. (Organizadora). **O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 33-58. 252 p.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de Direito das Obrigações no Novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Organizador). **O Novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.99-126. 217 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. Edição, revista e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Malheiros, 1992. 768 p.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23ª. edição atualizada por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 1.519 p.

SILVA, Sérgio Martins. **Regulamento do Imposto de Renda Anotado – Decreto 3.000, de 1999**: Anotado com legislação correlata, decisões, jurisprudência, notas explicativas e atualizado até 13 de março de 2000. São Paulo: Dialética, 2000. 783 p.

SKREBSKI, Lisete Maria. Parecer nº 11.679, de 20 de junho de 1997, da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. In: **Biblioteca da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul - PIDAP, 1997. 14 p. Pareceres recebidos, no formato do original, de pidap-pareceres@pge.rs.gov.br, em fevereiro de 2006. Pareceres disponíveis também no site www.pge.rs.gov.br.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativos das Concessões: Concessões. Terceirizações. Convênios, Consórcios e Acordos. Outras Formas de Gestão Associada**. 5ª. edição, sistematizada, revista, ampliada e atualizada da obra *Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 527 p.

_____. **Direito Administrativo Contratual**. Licitações. Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 511 p.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao Novo Código Civil – Das Várias Espécies de Contrato. Da Troca ou Permuta. Do Contrato Estimatório. Da Doação. Da Locação de Coisas – Volume VIII (arts. 533 a 578)**. Coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense: 2004. 611 p.

SPINELLI, Vincenzo.; e CASASANTA, Mario. **Dizionario Completo - Italiano-Portoghese (Brasiliano) e Portoghese (Brasiliano)-Italiano**. Parte Prima: Italiano-Portoghese (Brasiliano). Milano: Ulrico Hoepli, 1983, ristampa. 919 p.

_____. **Dizionario Completo - Italiano-Portoghese (Brasiliano) e Portoghese (Brasiliano)-Italiano**. Parte Seconda: Portoghese (Brasiliano)-Italiano. Milano: Ulrico Hoepli, 1990, ristampa 1998. 1.047 p.

STANCANELLI, Giuseppe. Consorzi Stradali. In: **Nuovo Digesto Italiano**. pp. 285-290.

_____. **Los Consórcios em el Derecho Administrativo**. Trad. de Enrique Ximénez de Sandoval. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1972.

STEIN, Joachim Wolfgang. Ato Administrativo Complexo. In: **Justitia**, vol. 89. São Paulo: Ministério Público de São Paulo-Associação Paulista do Ministério Público, ano XXXVII, 2º semestre de 1975, pp. 17-32.

SUIÇA. Código Civil Suíço, de 10 de dezembro de 1907, com todas as modificações introduzidas posteriormente, e Código Federal Suíço de Obrigações (Livro V do Código Civil), de 14 de junho de 1881 e revisado em 30 de março de 1911 e 18 de dezembro de 1936, e todas as modificações posteriores. In: DINIZ, Souza. **Código Civil Suíço**, de 10 de dezembro de 1907, com todas as modificações introduzidas posteriormente, e Código Federal Suíço de Obrigações (Livro V do Código Civil), de 14 de junho de 1881 e revisado em 30 de março de 1911 e 18 de dezembro de

1936, e todas as modificações posteriores. Rio de Janeiro: Distrib. Record Editora, 1961. 350 p.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992. 183 p.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo** – De Acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994. 311 p.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Âmbito Jurídico** (Internet). S/local: Âmbito Jurídico, set/1998. 6 p. Encontrado em: <http://ambito-juridico.com.br/aj/da0005.html>. Acesso em: 23 de julho de 2003.

_____. Convênios, Consórcios Administrativos, Ajustes e Outros Instrumentos Congêneres. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, a. 1, n. 20, out.1997. 07 p. Disponível em; <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=456>>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2005.

_____. Os Convênios Administrativos – Convênio – Contrato Administrativo – Consórcio Administrativo – Constituição Federal – Decreto-lei 2.300/86 e Legislação Pertinente – Doutrina e Jurisprudência do TCU. In: **Revista dos Tribunais** – Vol. 669. São Paulo: Editora RT, ano 80, julho de 1991, pp. 39-46.

TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras – Vol. VII – 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal e Centro Estudos Estratégicos - Ministério da Ciência e Tecnologia, Escola de Administração Fazendária – Ministério da Fazenda, 2005. 414 p.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 527 p.

_____. Editorial: Do Sujeito de Direito à Pessoa Humana. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 2. Rio de Janeiro: PADMA, jan.-mar.2001, pp. III-VI.

TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 589 p.

TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: Estudos do Novo Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional. 2ª. edição revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 507 p.

TEPEDINO, Gustavo. (Coordenador). **Obrigações**: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 574 p.

TEPEDINO, Gustavo.; BARBOZA, Heloisa Helena; e MORAES, Maria Celina Bodin de. (Coordenadores). **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República** – Volume I – Parte Geral e Obrigações (Arts. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 790 p.

_____. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República** – Volume II – Teoria Geral dos Contratos. Contratos em Espécie. Atos Unilaterais. Títulos de Crédito. Responsabilidade Civil. Preferências e Privilégios Creditórios. (Arts. 421 a 965). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 918 p.

TIVARONI, Carlos. **Teoria degli Atti Amministrativi**. Torino: G. Giappichelli-Editore, 1939.

TORRES, Miriam Cavalcanti de Gusmão Sampaio. O Convênio Administrativo de Repasse de Verbas. In: **Livro de Teses – Volume I, do XXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado**, realizado pela Associação Nacional de Procuradores de Estado (www.anape.org.br) e Associação dos Procuradores do Estado de Sergipe (www.apese.org.br), em Aracaju-SE, de 05 a 09 de Outubro de 2003. Aracaju: J. Andrade, 2003, pp. 307-331.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 462 p.

TORRES, Silvia Faber. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 308 p.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. Padova: 1981.

TRENTIN, Silvio. **L'Atto Amministrativo** - Contributi allo Studio della Manifestazione di Volontà della Amministrazione. Roma: Athenaeum Società Editrice Romana, 1915.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 330 p.

TRIEPEL, H. **Völkerrechte und Landesrechte**. Leipzig, 1899. Tradução italiano Torino, 1913.

TRIMARCHI. Accordo (Teoria Generale). In: **Enciclopedia di Diritto**, I. Milano: Giuffrè, 1958, pp. 297 e ss.

USTÁRROZ, Daniel. **A Responsabilidade Contratual no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. 200 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo (Organizador). **Novo Código Civil: Texto Comparado do Código Civil de 2002 com o Código Civil de 1916**. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 2003. 928 p.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4ª. edição. São Paulo: Editora RT, 2000. 334 p.

VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com as Entidades do Terceiro Setor. In: **Jus Navegandi** (Internet). Teresina: Jus Navegandi, ano 9, n. 833, 14/10/2005. 17 p. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7421>>. Acesso em: 29/06/2006.

VITAGLIANO, Andreia Mendes Gonçalves (Organizadora). **Legislação Administrativa e Correlata**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 1.705 p.

VITTA, Cino. **Diritto Amministrativo** – vol. I. 4ª. ed.. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1954.

_____. **Diritto Amministrativo**, vol. I. 3ª. ed. Torino: UTET, 1949.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e Contratos** – De Acordo com o Novo Código Civil: Lei nº 10.406, de 10.1.2002. 16ª. edição, ampliada e atualizada com a colaboração do prof. Semy Glanz, 2ª. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2005. 1.186 p.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de.; e WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões: Análise das Leis nºs.. 8.987/95 e 9.074/95 e Legislação Subseqüente**. 2ª. edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004. 973 p.

WALD, G. A. Die Vereinbarung als Rechtsfigur des öffentlichen Rechte. In: **Archiv des öffentlichen Rechts**, Vol. 59, 1928.

WALINE, Marcel. Evolution récente des rapports de l'Etat avec ses contractants. In: **Revue de Droit Public**, 1951, pp. 5 e ss.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y Teoria General de la Interpretación Jurídica**. Tradução de Arantxa Azurza. Madri: Civitas, 1985.

_____. Application du Droit. In: **Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit**. Paris: LGDJ, 1988.

_____. Principes du Droit. In: **Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit**. Paris: LGDJ, 1988.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **Princípio da Impessoalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 414 p.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo** – vol. I. 8^a. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958.

_____. **Corso de Diritto Amministrativo** - vol I. 6^a. ed. Milano: Dott A. Giuffrè-Editore, 1950.

ZUGNO, Renato. **Espaços Públicos Compartilhados entre a Administração Pública e a Sociedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 168 p.