

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**  
**MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

**LUCIANO ELIAS REIS**

**CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS PARA A  
EFICIÊNCIA DO ESTADO E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL**

**CURITIBA**  
**2011**

**LUCIANO ELIAS REIS**

**CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS PARA A  
EFICIÊNCIA DO ESTADO E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador:  
Prof. Dr. Emerson Gabardo

**CURITIBA**

**2011**

ii

Dados da Catalogação na Publicação  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR  
Biblioteca Central

Reis, Luciano Elias  
R375c Convênios administrativos como instrumentos para eficiência do Estado  
2011 e o desenvolvimento social / Luciano Elias Reis ; orientador, Emerson  
Gabardo. – 2011.  
viii, 189 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,  
Curitiba, 2011  
Bibliografia: 179-189

1. Contratos administrativos. 2. Administração pública. 3. Desenvolvimento  
social. 4. Estado. I. Gabardo, Emerson. II. Pontifícia Universidade Católica do  
Paraná. Programa Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.3

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**LUCIANO ELIAS REIS**

### **CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS PARA A EFICIÊNCIA DO ESTADO E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental, Programa de Pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

#### **COMISSÃO EXAMINADORA**

**Orientador:**

**Prof. Dr. Emerson Gabardo**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

**Componentes:**

**Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

**Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira**

Universidade de São Paulo

Curitiba, 28 de março de 2011.

## AGRADECIMENTOS

Ao Professor Emerson Gabardo, exemplo de jurista e cientista, que foi um excelente orientador e presente nas fases de pesquisa. Além disso, agradeço-lhe pelas diversas oportunidades acadêmicas que tem me proporcionado.

Ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho pelos convites formulados na área acadêmica, as quais servem como estímulo para sempre permanecer estudando.

Ao Professor Gustavo Justino de Oliveira que participou da minha banca e realizou excelentes ponderações para o enriquecimento deste trabalho.

Ao Professor Luiz Alberto Blanchet pelo auxílio e incentivo no início do desafio encarado neste mestrado.

Aos meus sócios Felipe Abu-Jamra Corrêa e Rafael Knorr Lippmann pela compreensão e pela incessante ajuda no aspecto profissional e acadêmico, sendo que foram imprescindíveis, até porque suportaram a minha elevada ausência no escritório.

Aos amigos Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, André Luiz Freire, Daniel Ferreira, Phillip Gil França, Fernando Freire, Rodrigo Cipriano dos Santos Risolia, Rodrigo Polli Carvalho e Eduardo Tesserolli, os quais de uma forma, direta ou indireta, contribuíram para este trabalho e contribuem para o meu crescimento.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PPGD e aos amigos do mestrado Adalberto Petry, Alessandra Barrichello Boskovic, José Osório do Nascimento Neto, Mariane Shiohara, Maria Luíza Deud, Patrícia Daher Lopes, Tássia Erban e Eva que foram excelentes companheiros nesta jornada.

Ao Desembargador João Kopytowski pelo escólio jurídico e de vida que me proporcionou em razão do estágio e ao Desembargador Edgard Lippmann Júnior pela ajuda no empréstimo de livros e pelas sempre sinceras palavras.

Aos meus pais, João Alves de Miranda Reis e Eliane Soares Elias Reis, que sempre foram e sempre serão os meus mestres, devo-lhes tudo e principalmente os valores, os princípios e a educação ensinados.

Aos meus irmãos Leandro Elias Reis e Lisiane Elias Reis pelo amor fraternal e respeito, bem como pelo incomensurável estímulo.

À minha amada Ana Paula Zanette, a qual foi compreensiva, amorosa, amiga e muito companheira para que um sonho pudesse ser concretizado.

## RESUMO

Examinam-se os convênios administrativos no tocante ao aspecto normativo-dogmático ante a Constituição da República de 1988 e a legislação infraconstitucional pátria, apontando sobre a possibilidade de a Administração Pública celebrar convênios administrativos para a persecução de atividade e serviços que lhe competem pelo ordenamento jurídico. Realiza-se uma análise da natureza jurídica dos convênios, dos seus elementos e pressupostos a partir da classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello e quais são as conseqüências da natureza não contratual dos convênios administrativos. Contextualiza-os como instrumentos jurídicos imanescentes à Administração Pública Consensual, ou também denominada Concertada, razão pela qual a sua pragmaticidade, sob o viés da utilidade e necessidade, demonstra-se presente e indispensável na realidade da gestão pública do Brasil. Correlaciona-se o princípio da subsidiariedade e a atividade administrativa de fomento para dispor sobre a transferência pela Administração Pública de atividades e serviços a terceiros, particulares ou não, o que per si reflete diretamente na forma de organização das atividades do Estado. Evidencia-se a relação entre o desenvolvimento social e a atuação administrativa eficiente por intermédio dos convênios administrativos face à sua relevância para a sustentabilidade.

**Palavras-chave:** Convênios administrativos. Eficiência administrativa. Desenvolvimento social. Intervenção econômica estatal.

## ABSTRACT

Research of administrative accords in regards of normative-dogmatic under 1988 Republic Constitution and Brazilian Federal Law, exploring Public Administration possibility to seal administrative accords to fulfill activity and service of its own by the legal system. Through Celso Antônio Bandeira de Mello's classification, an analysis of accords legal nature, its elements and requirements is made, and which are the consequences of administrative accords non contractual nature. Presents them as legal instruments pertaining to Consensual Public Administration, also known as Concerted Public Administration, reason why its pragmaticity, through a utility and necessity focus, reveals to be present and indispensable to Brazilian public administration reality. Confronts subsidiarity principle and administrative activity of promotion to work over Public Administration activity and services transference to third parties, private or not, which reflects directly in State activities organization form. Brings clear the relation between social development and efficient administrative performance through administrative accords, concerning its relevance to sustainability.

**Keywords:** Administrative accords. Administrative efficiency. Social development. State economical intervention.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	vi
<b>ABSTRACT</b> .....	vii
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>CAPÍTULO I - OS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS NO CONTEXTO BRASILEIRO SOB UMA ANÁLISE NORMATIVO- DOGMÁTICA</b> .....	04
1.1. Uma breve incursão sobre a descrição normativa dos convênios administrativos no Brasil.....	04
1.2 Os desafios para o conhecimento da natureza jurídica dos convênios administrativos.....	14
1.3 Uma proposta de definição de convênios administrativos como parâmetro metodológico.....	27
1.4 Os requisitos e pressupostos dos convênios administrativos a partir da classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello.....	36
1.5 As características dos convênios administrativos e suas diferenças com os contratos administrativos.....	51
1.6 O fundamento constitucional para a competência legislativa sobre convênios administrativos.....	60
1.7 A (im)prescindibilidade de licitação como pressuposto para a celebração de convênio.....	78
1.8 A (des)necessidade de aprovação do Poder Legislativo para a celebração de convênio pelo Poder Executivo.....	90
<b>CAPÍTULO II – A NORMATIVIDADE DO PRINCÍPIO JURÍDICO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988</b> .....	100
2.1 Os princípios jurídicos e a sua nova concepção na era pós-positivista.....	100
2.2 A definição de princípios: uma espécie de norma jurídica.....	104
2.3 A relevância dos princípios jurídicos como normas interpretativas e substanciais na aplicação do direito e o enfrentamento entre princípios.....	111
2.4 A técnica da ponderação como critério insofismável na solução da colisão de princípios.....	116
2.5 o Histórico do princípio da eficiência no ordenamento normativo brasileiro e sua normatividade.....	120
2.6. Definição e dimensão do princípio da eficiência.....	128
<b>CAPÍTULO III – AS MUDANÇAS NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E OS CONVÊNIOS COMO INSTRUMENTOS PARA O DESENVOLVIMENTO</b> .....	134
3.1 A consensualização na atuação da Administração Pública.....	134
3.2 O princípio da subsidiariedade e sua interface com os convênios administrativos....	145
3.3 A formalização de convênios e a atividade administrativa de fomento.....	155
3.4 A busca do desenvolvimento social no estado brasileiro por intermédio de uma atuação estatal eficiente via convênios administrativos.....	167
<b>CONCLUSÃO</b> .....	176
<b>REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO</b> .....	179



## INTRODUÇÃO

Os convênios administrativos não são instrumentos jurídicos recentes no ordenamento brasileiro, fato que já espraia indícios da sua relevância. A Constituição de 1934 já estabelecia a existência de “acordos”, cuja prescrição tratava de verdadeiros convênios, tais como hoje juridicamente concebidos, haja vista o desidério pretendido pela norma em questão. A primeira previsão expressa em norma constitucional pátria ocorreu na Constituição de 1946, mais precisamente quando houve a inserção de alguns dispositivos constitucionais por intermédio da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, e as demais constituições seguintes continuaram preconizando-os em diversos dispositivos. No plano infraconstitucional, lembra-se do Decreto-Lei nº 200/1967, cujo texto normativo serve como marco para a estipulação e valorização dos convênios administrativos, inclusive não podendo esquecer de que a prescrição normativa em questão exaltava o seu uso para fins de descentralização de programas federais, parcerias e auxílio na gestão de alguns órgãos e entidades da Administração Pública.

Aliado ao conhecimento da história normativa do tema no Brasil para demonstrar a sua relevância e principalmente a sua utilização no dia-a-dia da Administração Pública, alvitra-se que atualmente o referido instrumento jurídico é considerado um ato administrativo decorrente de uma atuação estatal concertada, paritária e dialógica, motivo que tem ocasionado uma maior proliferação e propensão de seu uso. Esta atuação estatal concertada, paritária e dialógica não é exclusividade brasileira, mas sim resulta de transformações sofridas pela Administração Pública no contexto mundial, tendência que tem inclinado o Direito Administrativo nas últimas décadas, mormente a partir da década de 1990, para uma atuação mais consensual e menos verticalizada. Nesta senda, os convênios administrativos aparecem como um dos instrumentos jurídicos aptos para a realização de acordos (em sentido lato) entre órgãos e entidades da própria Administração Pública ou entre sujeitos que integram a Administração Pública e particulares.

Todavia, como explicitar-se-á no bojo deste trabalho, a importância entre tais relações administrativas instrumentalizadas pelos convênios consubstancia-se pelos lúdimos e preciosos fins que guarnecem a sustentação para tais acordos administrativos. As finalidades propugnadas estarão sempre, ou pelo menos deveriam, diretamente correlacionadas ao interesse público e, logo, ao interesse da coletividade. Para tanto, basta recordar os diversos serviços e atividades administrativas que têm sido transferidos ou realizados numa gestão

compartilhada graças à celebração de convênios administrativos, como, por exemplo, parcerias na área da saúde, educação, assistência social, cultural, dentre outros.

A despeito da importância desta ferramenta, sob o viés prático, compete enfatizar que no dia-a-dia da Administração Pública constata-se a formalização de incontáveis convênios administrativos, deveras salutares na atualidade da Administração Pública, primordialmente por causa da limitação de recursos públicos para a realização de todas as atividades públicas pelas quais têm o dever de prestar ou fornecer. Neste diapasão, as entidades e os órgãos da Administração conjugam esforços com outra entidade ou órgão administrativo ou ainda com um particular para persecutir e executar serviços ou atividades que atendam a fins públicos.

Sobre a causa desta ação conjunta, Augustín Gordillo deduz a importância de parcerias consubstanciando-se na limitação de recursos pecuniários como uma realidade à Administração Pública nas suas atividades, pois *“la administración de numerosos servicios sociales que van desde la educación y la salud, pasan por la previsión social y avanzaron sobre la cultura, ve sus recursos progresivamente limitados.”*<sup>1</sup>

Em que pese à protuberância dos interesses e valores envolvidos nos convênios, infelizmente não se pode esconder que na realidade brasileira tem-se constatado o mau uso do instituto, muitas vezes usurpado para legalizar o repasse de recursos pecuniários a terceiros sem qualquer processo seletivo ou sem qualquer interesse comum da Administração junto ao conveniente, tanto é que são notórias as tentativas de criação de Comissão Parlamentar de Inquérito sobre as ONG's. Além destas situações, as irregularidades que lastreiam os convênios correlacionam-se também ao uso indiscriminado da rotulagem “convênios” para servir de fuga do dever constitucional de licitação pública, haja vista o intento de enquadrar verdadeiros contratos como convênios, sendo que esta realidade é comprovada pelas diversas decisões de Tribunais de Contas, os quais diariamente posicionam-se favoráveis à descaracterização de convênios e à aplicação das penalidades cabíveis aos gestores.

Ademais, insta frisar que, para a concertação via convênio administrativo, imperioso ressaltar que a atuação estatal necessita pautar-se pela eficiência administrativa, sob pena de incorrer em enormes prejuízos econômicos e, principalmente, em danos à sociedade e ao próprio desenvolvimento. Além do critério puramente econômico, não se pode olvidar também que os convênios são instrumentos de aproximação da Administração Pública e administrados, o que gera indubitavelmente uma maior legitimação na atuação estatal, haja

---

<sup>1</sup> GORDILLO, Augustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo I. Parte General. 8. ed. Buenos Aires, FDA, 2003, IV – p. 14.

vista que os particulares podem contribuir com a prestação de atividades ou serviços de interesse da coletividade a partir da prestação compartilhada advinda dos vínculos formais entabulados por intermédio de relações convenientes.

Dessa feita, imperioso pontuar que o caráter colaborativo e cooperativo inerente aos convênios administrativos não poderá justificar qualquer liame, e sim somente àqueles que concebam instrumentos jurídicos fundamentados numa atuação administrativa eficiente e que almeje o desenvolvimento social.

Por tudo isso, ante os breves argumentos arrolados, mostra-se relevante a exploração do presente temário para a ciência do Direito Administrativo e para a gestão pública brasileira, principalmente para que, com o maior e melhor conhecimento acerca dos convênios, possa a atuação estatal agir eficientemente em prol do desenvolvimento social, haja vista a necessidade eminente de desenvolvimento da sociedade brasileira, a qual apesar de possuir um rol de direitos e garantias preconizados no sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro, não consegue alcançar a efetivação destes no seu dia-a-dia, até porque o Brasil, como bem explicita Lênio Streck, “em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria”.<sup>2</sup>

Neste panorama relatado, desde já, adianta-se que a pertinência dos convênios administrativos ante o desenvolvimento social garante-se pelo fato de que tais servem, precipuamente, para instrumentalizar parcerias com finalidades sociais, como, por exemplo, nas áreas da saúde, assistência social, cultura, educação e tecnologia.

Por conseguinte, repisa-se que os convênios são excelentes instrumentos de promoção do desenvolvimento nacional e regional, porém precisam ser mais bem conhecidos, desde o seu regime jurídico até os seus efeitos, para que então se possa utilizá-los com mais segurança, lisura e eficiência, a fim de a coletividade perceber as diferenças a partir de atividades e serviços materialmente a sua disposição. Com isso, evitar-se-á que tais mecanismos sejam reflexos de malversação de transferências de recursos públicas ou ainda meios para benefícios de certas castas ou grupos de interesses egoísticos, o que per si distancia-se do seu real propósito, o interesse público.

---

<sup>2</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34.

## CAPÍTULO I - OS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS NO CONTEXTO BRASILEIRO SOB UMA ANÁLISE NORMATIVO-DOGMÁTICA

### 1.1 Uma breve incursão sobre a descrição normativa dos convênios administrativos no Brasil

No âmbito infraconstitucional, o Decreto-lei nº 200/1967, que dispôs sobre a organização da Administração Pública Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administração, foi o primeiro texto normativo de grande importância para os convênios administrativos. A sua relevância ocorreu em virtude da estipulação de que as atividades, no âmbito federal, deveriam nortear-se pelos princípios fundamentais do planejamento, da coordenação, da descentralização, da delegação de competência e do controle (artigo 6º).<sup>3</sup>

Com espeque na descentralização dos serviços públicos federais, bem como na customização das ações governamentais, ficou preconizado via decreto que as atividades da Administração Pública Federal deveriam ser descentralizadas, sendo que deveria haver: dentro dos quadros da Administração Pública Federal a coordenação para a programação e execução das atividades; na relação entre a Administração Federal e os demais entes federados a concretização de convênio para a execução das atividades e; na relação entre Administração Federal e a órbita privada os contratos ou as concessões (artigo 10, § 1º).<sup>4</sup> Sobre os convênios especificadamente, o artigo 10, § 5º, do Decreto-lei preceituou ainda que a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.<sup>5</sup> No mesmo sentido, os convênios foram lembrados como instrumentos para a realização de parcerias a fim de: prestar o aperfeiçoamento do pessoal da Administração (artigo 121, parágrafo único)<sup>6</sup>; efetivar a assistência médico-social à comunidade (artigo 156,

---

<sup>3</sup> “Artigo 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento; II – Coordenação; III – Descentralização; IV - Delegação de Competência; V - Controle.”

<sup>4</sup> “Artigo 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; b) da Administração Federal para as unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.”

<sup>5</sup> “§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.”

<sup>6</sup> “Artigo 121. As medidas relacionadas com o recrutamento, seleção, aperfeiçoamento e administração do assessoramento superior da Administração Civil, de aperfeiçoamento de pessoal para o desempenho dos cargos em comissão e funções gratificadas a que se referem o artigo 101 e seu inciso II (Título XI, Capítulo II) e de outras funções de supervisão ou especializadas, constituirão encargo de um Centro de Aperfeiçoamento,

§ 2º)<sup>7</sup>; firmar parcerias entre os entes federados para transferir os encargos da fiscalização da Superintendência Nacional do Abastecimento (artigo 160)<sup>8</sup>; conjugar dois Ministérios para a integração do Ministério dos Transportes (artigo 164, § 1º)<sup>9</sup>; auxiliar na exploração dos troncos interurbanos a cargo da Empresa Brasileira de Telecomunicações (artigo 166)<sup>10</sup>; e subsidiar a atuação do Departamento de Serviços Gerais (artigo 197).<sup>11</sup>

Acerca do assunto, Jorge Miranda Ribeiro enaltece que a descentralização do governo federal via Decreto-Lei nº 200 visava a melhoria da gestão dos programas de governo desenvolvidos no âmbito federal, a partir da transferência de recursos “alocados em programas de trabalho aprovados na lei orçamentária, para entidades públicas ou privadas situadas proximamente às populações assistidas ou atendidas pelo programa, como as secretarias estaduais, prefeituras, conselhos municipais, entidades civis, com o propósito de realizar ações públicas de interesse comum.”<sup>12</sup> Nesta linha, inclusive, o artigo 9º do Decreto-Lei dispõe que o escopo da descentralização pretendido pela Administração Pública Federal, inclusive com os convênios administrativos, era evitar a dispersão de esforços e de investimentos na mesma área geográfica.

Depois, em 1986, o Governo Federal editou o Decreto Federal nº 93.872, que dispôs sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, sendo que neste texto normativo houve o enfoque sobre as fases das despesas públicas, inclusive para aquelas

---

órgão autônomo vinculado ao Departamento Administrativo do Pessoal Civil. Parágrafo único. O Centro de Aperfeiçoamento promoverá direta ou indiretamente mediante convênio, acôrdo ou contrato, a execução das medidas de sua atribuição.”

<sup>7</sup> “Art . 156. A formulação e Coordenação da política nacional de saúde, em âmbito nacional e regional, caberá ao Ministério da Saúde. § 1º Com o objetivo de melhor aproveitar recursos e meios disponíveis e de obter maior produtividade, visando a proporcionar efetiva assistência médico-social à comunidade, promoverá o Ministério da Saúde a coordenação, no âmbito regional das atividades de assistência médico-social, de modo a entrosar as desempenhadas por órgãos federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal, dos Territórios e das entidades do setor privado. § 2º Na prestação da assistência médica dar-se-á preferência à celebração de convênios com entidades públicas e privadas, existentes na comunidade.”

<sup>8</sup> “Artigo 160. A Superintendência Nacional do Abastecimento ultimarará, no mais breve prazo, a assinatura de convênios com os Estados, Prefeitura do Distrito Federal e Territórios com o objetivo de transferir-lhes os encargos de fiscalização atribuídos àquela Superintendência.”

<sup>9</sup> “Artigo 164. O Poder Executivo, se julgar conveniente, poderá formular a integração no Ministério dos Transportes, das atividades concernentes à aviação comercial, compreendendo linhas aéreas regulares, subvenções e tarifas, permanecendo sob a competência da Aeronáutica Militar as demais atribuições constantes do item IV e as do item V do Parágrafo único do artigo 63 e as relativas ao contrôle de pessoal e das aeronaves. § 1º A integração poderá operar-se gradualmente, celebrando-se, quando necessário, convênios entre os dois Ministérios.”

<sup>10</sup> “Artigo 166. A exploração dos troncos interurbanos, a cargo da Empresa Brasileira de Telecomunicações, poderá, conforme as conveniências econômicas e técnicas do serviço, ser feita diretamente ou mediante contrato, delegação ou convênio.”

<sup>11</sup> “Artigo 197. O Departamento de Serviços Gerais atuará diretamente ou através de convênios e ajustes que celebrar, ou de agentes autorizados.”

<sup>12</sup> RIBEIRO, Jorge Miranda. **Curso Avançado de Convênios da União**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 08.

decorrentes de convênios administrativos.<sup>13</sup> Vale destacar que os artigos 27 e 30 a 35 do Decreto estipularam diversas normas para a operacionalização dos recursos empenhados, liquidados e pagos para a cobertura de contratos, ajustes, acordos ou convênios administrativos, ou seja, o decreto em questão versou sobre os convênios ao lado dos contratos, acordos e demais ajustes, o que per si demonstrou um crescimento da relevância do convênio para o cotidiano da Administração Pública Federal.

Além disso, nos artigos 48 e seguintes do Decreto, houve a prescrição detalhada sobre os convênios, inclusive de certo modo com a sua caracterização para diferenciá-los dos contratos administrativos. Nesta linha, o parágrafo primeiro do artigo 48 preconizou que “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.” Impende informar que o Decreto nº 93.872/86, consoante a perfunctória exposição do seu trato e da disciplina concernente em seu texto normativo sobre os convênios administrativos, foi editado logo em seguida da criação da Secretaria do Tesouro Nacional, a qual adveio pelo Decreto Federal nº 92.452 e que representou um marco ao Brasil no que tange à política fiscal e ao controle do gasto público.<sup>14</sup>

Abre-se parêntese para frisar que, como o Decreto é federal, logo a sua aplicabilidade restringia-se, e permanece restrita, ao âmbito federal, conforme intelecção dos seguintes dispositivos constitucionais, respectivamente, 81, III, da Emenda Constitucional nº 01/69<sup>15</sup> e 84, IV, da Constituição da República de 1988.<sup>16</sup>

O Código Tributário (Lei nº 5.172/1966) também prescreveu em diversas oportunidades sobre os convênios, utilizando tais como ferramentas para a realização de parcerias entre os entes federados aspirando ao incremento da arrecadação tributária, da fiscalização tributária ou até para prescrever soluções comuns aos contribuintes, como no caso de celebração de convênio para fixar uma alíquota comum numa região geoeconômica. Além

---

<sup>13</sup> O Decreto nº 93.872 está vigente em algumas partes. A seção que cuidava detalhadamente sobre convênio administrativo foi expressamente revogada pelo artigo 20 do Decreto nº 6.170/2007.

<sup>14</sup> A Secretaria do Tesouro Nacional constitui-se órgão central do Sistema de Administração Financeira Federal e do Sistema de Contabilidade Federal. Sobre maiores informações acerca do Tesouro Nacional, vide obra explicativa que se encontra disponível no site [http://www.tesouro.fazenda.gov.br/instituicao\\_tesouro/downloads/conheca\\_tesouro\\_nacional.pdf](http://www.tesouro.fazenda.gov.br/instituicao_tesouro/downloads/conheca_tesouro_nacional.pdf), acesso em 17.jan.2011, às 23h 34m. Sobre o assunto, Jorge Miranda Ribeiro pondera que o referido decreto enquadra-se como um “marco regulador da administração financeira e orçamentária. Atua como verdadeiro manual e possui paradigmas servindo de orientação àqueles operadores da contabilidade governamental.” (RIBEIRO, Jorge Miranda. **Curso Avançado de Convênios da União**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 26).

<sup>15</sup> “Artigo 81. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) III - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução;”

<sup>16</sup> “Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução;”

destes fitos, o Código Tributário alçou os termos dos convênios a normas jurídicas de obediência obrigatória pelos contribuintes, a partir do momento em que os instituiu como fontes de normas complementares da lei. Sobre a existência de convênios celebrados com desiderato tributário e a sua importância no contexto normativo, Ricardo Lobo Torres comenta que “os convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são também normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos (artigo 100, IV, do CTN).” Já acerca da finalidade deles, o autor explicita que tais “têm por objetivo o auxílio mútuo na fiscalização das rendas públicas e servem de instrumento para a adoção de normas comuns tributárias, principalmente no campo das chamadas obrigações acessórias.”<sup>17</sup>

Posteriormente, em 1997, exsurge uma nova baliza atinente à regulamentação dos convênios administrativos, a Instrução Normativa nº 01/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional. Este texto normativo veio disciplinar a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou a realização de eventos, bem como outras providências.<sup>18</sup> Uma das primeiras preocupações da referida instrução foi definir convênio administrativo como “instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública 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”, consoante se deduz do artigo 2º, § 1º, inciso I. Além disso, a Instrução versou sobre os requisitos para a celebração dos convênios, quais os documentos e como deveriam ser apresentados, as vedações, as formalidades para a perfeição e eficácia do ato, o tratamento para a liberação dos recursos envolvidos, as alterações e a execução dos convênios, a rescisão, a prestação de contas e a tomada de contas especial nos casos em que houver alguma irregularidade ou falha nos convênios.

Trespasados mais dez anos e então houve a edição do Decreto Federal nº 6.170, de 25 de julho de 2007, para disciplinar especificamente as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, bem como para prescrever outras providências. O artigo 1º, § 1º, inciso I, definiu o convênio como “acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos

---

<sup>17</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 55.

<sup>18</sup> As normas da Instrução Normativa nº 01/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional encontram-se vigentes, desde que não confrontem com as normas do Decreto nº 6.170/2007.

Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidade privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.” Consoante se observa, há algumas diferenças entre a definição da Instrução Normativa nº 01 STN e o Decreto nº 6.170, as quais segmentam-se em três aspectos. A primeira é a identificação do que representa o convênio, a Instrução Normativa preconiza o convênio como um meio em si, sem adentrar as especificidades acerca de ser ou não um ato, contrato, ajuste, parceria ou acordo; já o Decreto nº 6.170 expressa que é acordo ou ajuste; não define em si o que é acordo ou ajuste, mas já aparenta uma forte tendência de afastá-lo de contrato, haja vista que nem sequer menciona na definição alguma característica essencial de contrato em si. A segunda diferença reside na possibilidade de os convênios serem firmados com entidades privadas sem fins lucrativos. Enquanto a Instrução Normativa estabelecia a firmação de convênio com “particulares” quando da definição de conveniente e interveniente (artigo , § 1º, incisos II e III), porém o § 2º do artigo 1º previa a execução descentralizada somente se efetivaria entre entes federativos; já o Decreto nº 6.170 declaradamente estatui que pode ser conveniente uma entidade privada sem fins lucrativos, desde que as condições estabelecidas para a celebração do convênio sejam obedecidas. A terceira é a precisão do legislador no Decreto nº 6.170 de que os convênios podem ser celebrados por órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, distinguindo-se da Instrução Normativa que previa tão somente órgãos, nada discorrendo sobre entidades. A relevância desta observação pauta-se no fato de que as entidades e os órgãos podem realizar os convênios administrativos, visto que, como são atos administrativos conforme se infere da definição esposada no item 1.3 deste capítulo, não há a necessidade de que o sujeito emissor da declaração jurídica detenha personalidade jurídica, ou seja, os órgãos poderão celebrar convênios, não havendo a necessidade de que sejam formalizados por entidades, desde que não haja a previsão de obrigações e direitos que demandem a necessidade de personalidade jurídica.<sup>19</sup>

Além disso, o Decreto prescreveu sobre as normas de celebração, acompanhamento e prestação de contas, o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de

---

<sup>19</sup> Isso não impede a possibilidade de regulamentações que venham a restringir a assinatura de convênios por órgãos por intermédio de legislação infraconstitucional e infralegal. Como, por exemplo, norma estadual determinando que o convênio celebrado por alguma Secretaria que envolva a transferência voluntária de recursos tenha necessariamente que ser assinada pelo Governador.



Repasse – SINCOV, o Portal dos Convênios e a padronização dos objetos almejando a economicidade na sua aquisição.

Posteriormente ao Decreto nº 6.170, houve a edição da Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008, a qual foi subscrita pelos Ministros do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e do Controle e da Transparência, com esteio no artigo 18 do Decreto nº 6.170 que previu a competência para tais Ministros editarem um ato conjunto para a execução das disposições contidas no decreto.

Na Portaria nº 217 houve o detalhamento das prescrições contidas no Decreto, mais precisamente para operacionalizá-las ante os convênios firmados pela União, dispondo assim sobre: o chamamento público e o processo de escolha do conveniado; as vedações concernentes à celebração de convênios e contratos de repasse; o protocolo de intenções; a plurianualidade; o consórcio público; os procedimentos para o credenciamento, elaboração da proposta de trabalho e projeto básico; o cadastramento; as condições e as formalidades para a celebração do termo de convênio; a execução, a alteração e a liberação dos recursos; a contratação de terceiros pelos convenientes, bem como o pagamento; o dever de acompanhamento e fiscalização; a prestação de contas; a denúncia e a rescisão dos convênios e; o procedimento da tomada de contas especial. Enfim, a Portaria teve por desiderato estipular as normas para o cumprimento do Decreto nº 6.170/2007.

Posto isso, vale destacar que o Decreto nº 6.170/2007 e a Portaria Interministerial nº 127/2008 foram importantes balizas para a transparência administrativa, porém o principal motivador dos textos normativos em questão foi a confecção do Portal de Convênios e do Sistema de Gestão e Convênios e Contratos de Repasse – SINCOV. O Portal de Convênios encontra-se disponível na internet, mais precisamente no endereço eletrônico [www.convenios.gov.br](http://www.convenios.gov.br) e tem por desiderato proporcionar a devida transparência para qualquer cidadão interessado em saber as principais informações pertinentes aos convênios administrativos federais, como, por exemplo, quanto a União repassou para determinada entidade. Sobre o assunto, inclusive, Alexandre Orzil, Almério Cançado de Amorim e Gláucia Maria Simões expressam que o marco inovador desta iniciativa consubstancia a introdução de importante instrumento de controle social para a fiscalização e acompanhamento ao gasto público, inclusive fazem a equiparação do Portal ao SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal) dos convênios.<sup>20</sup> A título complementar, informa-se que a implementação de tal sistema foi o primeiro passo para o cumprimento das

---

<sup>20</sup> ORZIL, Alexandre. **Convênios públicos: a nova legislação**. Brasília: Orzil Consultoria, 2010, Apresentação.

disposições constantes no Acórdão nº 2066/2006 – Plenário – do Tribunal de Contas da União, o qual determinou providências ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para possibilitar a transparência das ações públicas e viabilizar o controle social a bem do princípio da publicidade.<sup>21</sup>

Quanto ao plano constitucional, convém apontar que os convênios não são recentes, haja vista que a Constituição de 1934 utilizava a expressão “acordo” para referendar na verdade um convênio, pois descrevia que o governo federal poderia realizar acordos com os governos dos entes para a feitura dos seus atos, decisões e serviços federais e que, em casos especiais, tais atos realizar-se-iam pelos Estados Federados mediante acordo com os governos dos mesmos.<sup>22</sup> A Constituição de 1937 também previu a possibilidade de “acordos” entre os entes federados e que tais deveriam ser aprovados pelo Conselho Federal.<sup>23</sup> Depois, na mesma direção, a Constituição de 1946 prescreveu a possibilidade de “acordos” entre a União e os Estados para a realização de atividades de interesse público, quando se referia ao cumprimento e execução de leis, serviços, atos ou decisões das autoridades públicas. Além disso, a referida Constituição também estabeleceu expressamente a possibilidade de convênios entre os Municípios e Estados junto à União objetivando assegurar ampla e eficiente coordenação dos respectivos programas de investimentos e serviços públicos, especialmente no campo da política tributária.<sup>24</sup> Ou seja, verifica-se que os dispositivos do Código Tribunal Nacional atinentes aos convênios tiveram por esteio a Constituição de 1946.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> AGUIAR, Ubiratan. **Convênios e tomadas de contas especiais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 30-31. Sobre publicidade e transparência, vide também o artigo de Fabrício Motta (MOTTA, Fabrício. **Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, abril/maio/junho, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em: 15. fev. 2011).

<sup>22</sup> “Artigo 5º. Compete privativamente à União: (...). § 1º. Os actos, decisões e serviços federaes serão executados em todo o país por funcionários da União, ou em casos especiaes, pelos dos Estados, mediante acôrdo com os respectivos governos ”

<sup>23</sup> “Artigo 55. Compete ao Conselho Federal: (...) b) aprovar os acôrds concluídos entre os Estados.”

<sup>24</sup> Na verdade, a expressão convênio foi acrescida ao texto constitucional por intermédio da Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965.

<sup>25</sup> “Artigo 18. Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...) § 3º. Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos, provendo às necessárias despesas. (...) Artigo 22. Sem prejuízo do disposto no artigo 21, os Estados e Municípios que celebrem com a União convênios destinados a assegurar ampla e eficiente coordenação dos respectivos programas de investimentos e serviços públicos, especialmente no campo da política tributária, poderão participar de até 10% ( dez por cento ) da arrecadação efetuada, nos respectivos territórios, proveniente do impôsto (sic) referido no artigo 8º, nº II, incidente sôbre o rendimento das pessoas físicas, e no artigo 11, excluído o incidente sôbre fumo e bebidas alcoólicas.”

Posteriormente, na Constituição de 1967, além de dispositivos análogos aos já mencionados nas constituições anteriores com finalidades tributárias e de pessoal, há a previsibilidade, no dispositivo acerca da autonomia municipal, de convênios serem firmados para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, o que por si representa um significativo avanço no ordenamento jurídico.<sup>26</sup> A Emenda Constitucional nº 01/69 previu expressamente convênios entre os entes para a execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais ou a menção de convênios para fins tributários.<sup>27</sup>

Transposto um exame nas constituições pretéritas, alvitra-se da Constituição da República de 1988, a qual optou por utilizar pouco o vocábulo “convênio”, preferindo as vezes palavras que demonstram características do objeto do convênio, quais sejam, cooperação e colaboração. Nesta senda, previu-se a possibilidade de cooperação para o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, a cooperação em matéria de planejamento municipal e a colaboração em matéria de sistema de ensino.<sup>28</sup> Originariamente, antes das reformas constitucionais, as únicas vezes que já existiam as prescrições expressas de convênios foram: (i) quando da estipulação das competências do controle externo, o qual tem o dever de fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados

---

<sup>26</sup> “Artigo 8º. Compete à União: (...). § 1º. A União poderá celebrar convênios como os Estados para execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões. (...) Artigo 13. Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre os princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: (...). § 3º. Para a execução, por funcionários federais ou municipais, de suas leis, serviços ou decisões, os Estados poderão celebrar convênios com a União ou os Municípios. (...) Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: § 4º - Os Municípios poderão celebrar convênios para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficará dependendo de aprovação das respectivas Câmaras Municipais. (...) Artigo 19. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios arrecadar (...) § 7º. " Mediante convênios, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão delegar, uns aos outros, atribuições de administração tributária, e coordenar ou unificar serviços de fiscalização e arrecadação de tributos. (...) Artigo 27. Sem prejuízo do disposto no artigo 25, os Estados e Municípios, que celebrarem com a União convênios destinados a assegurar a coordenação dos respectivos programas de investimento e administração tributária, poderão participar de até dez por cento da arrecadação efetuada, nos respectivos territórios, proveniente dos impostos referidos no artigo 22, nºs. IV e V, excluído o incidente sobre o fumo e bebidas.”

<sup>27</sup> “Artigo 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados dentre outros princípios estabelecidos nessa Constituição, os seguintes: (.....) § 3º A União, os Estados e Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais. (...) Artigo 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instaurar Impostos sobre: (...). § 6º. As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar.”

<sup>28</sup> “Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...). Parágrafo Único. Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (...) Artigo 29. O Município reger-se-á por lei orgânica (...), atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...) X - cooperação das associações representativas no planejamento municipal. (...) Artigo 221. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.”

pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, ou; (ii) da organização do Sistema de Saúde quando preconizou a possibilidade de instituições privadas participarem dos préstimos mediante contrato de direito público ou convênio junto ao Poder Público.<sup>29</sup> Além destas duas passagens, a terceira inserção do vernáculo convênio na Constituição de 1988 ocorreu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias quando houve em dois dispositivos a menção a convênios mais precisamente na área tributária.<sup>30</sup>

Após 1988, em razão das reformas via emendas constitucionais, os convênios foram acrescidos e inseridos em mais três dispositivos, sempre primando pela comunhão de esforços entre os entes federados. No artigo 37, inciso XXII, há a prescrição de que as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios podem realizar atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, sendo instrumentalizado na forma da lei ou via convênio. No artigo 39 estabelece-se que a União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, sendo que para o alcance desta norma poderão tais entes formalizarem convênios entre si. Já no artigo 241, há a previsão de 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.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> “Artigo 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; (...) Artigo 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - 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.”

<sup>30</sup> “Artigo 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. (...) § 8º - Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não for editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o artigo 155, I, "b", os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da [Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975](#), fixarão normas para regular provisoriamente a matéria. (...) Artigo 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis. (...) § 3º - Os incentivos concedidos por convênio entre Estados, celebrados nos termos do artigo 23, § 6º, da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, também deverão ser reavaliados e reconfirmados nos prazos deste artigo.”

<sup>31</sup> “Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) (...) XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades

Por conseguinte, esta é uma rápida descrição normativa dos convênios administrativos na realidade brasileira contendo as principais legislações que já prescreveram ou que atualmente preceituam normas jurídicas sobre o assunto. A par deste conhecimento, desde já, deduz-se que tais instrumentos jurídicos são importantes para a gestão pública em si em todas as áreas e esferas federativas, já que sempre primam pela colaboração e cooperação entre os conveniados.

---

essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#) (...) Artigo 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.” (...) § 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#) (...) Artigo 241. 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. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#)

## 1.2 Os desafios para o conhecimento da natureza jurídica dos convênios administrativos

Os convênios administrativos são utilizados corriqueiramente pela Administração Pública, todavia não possuem um estudo aprofundado pela doutrina nacional e internacional acerca de suas diversas celeumas. Para demonstrar esta lacuna, basta recorrer aos estudos divulgados acerca de sua natureza jurídica. Enquanto os contratos administrativos são alvo de constantes estudos e publicações, os convênios como um parente feio daqueles não são abordados, o que aparenta existir uma certa aversão ao seu tratamento. Esta constatação verifica-se pela análise da vasta literatura sobre os contratos administrativos que há no âmbito brasileiro, entretanto do outro lado há pouquíssimas obras versando sobre os convênios administrativos e suas peculiaridades.

A primeira grande dificuldade neste trabalho situa-se no estudo de qual é a natureza jurídica dos convênios administrativos? Existe alguma similaridade com os contratos administrativos que possam torná-los espécie do gênero contratual?

Celso Antônio Bandeira de Mello descreve que o contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, possui duas modalidades básicas, quais sejam: “a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona.”<sup>32</sup>

Ante esta segmentação, os convênios e os consórcios públicos estariam enquadrados nos contratos em que as “partes”<sup>33</sup> se compõem pela comunidade de interesse, já que uma finalidade comum impulsiona o interesse entre eles. Ou seja, o autor defende que os convênios e os consórcios diferem dos demais contratos haja vista a inexistência de interesses contrapostos entre as partes. Acentua ainda que os convênios são os contratos firmados entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem que deles resulte a criação de qualquer outra pessoa jurídica, ou de alguns destes com alguma entidade privada necessariamente sem fim lucrativo.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 653.

<sup>33</sup> Apesar de o autor em sua obra descrever as “partes” dos convênios, coloca-se entre aspas face às características dos convênios que serão explicados no item 1.5, momento no qual se abordará a diferença entre partes e partícipes haja vista a consensualidade entre os interessados que firmam um convênio administrativo.

<sup>34</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p 653.

Na mesma linha, Marçal Justen Filho compreende que os convênios enquadram-se como contratos administrativos. Para defender o seu posicionamento, o autor classifica os contratos em sentido lato, os quais se dividem em contratos administrativos em sentido estrito - que se subdividem em contratos de delegação e contratos de colaboração -, contratos de direito privado e acordos de vontade da Administração.<sup>35</sup>

O contrato em sentido amplo é definido como “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.” Já o contrato em sentido restrito possui a mesma definição anterior, porém com o acréscimo que nestas avenças a parte que está no exercício da função administrativa é “investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original.” Os contratos de Direito Privado seriam os contratos realizados pela Administração Pública que “possuem caracteres próprios e não comportam que a Administração exerça as prerrogativas a ela atribuídas pelo regime de direito público”, mais precisamente tratam-se dos contratos preconizados no artigo 62, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Já os acordos de vontade da Administração Pública se individualizam pela falta de finalidade lucrativa das partes, sendo que a convenção é “destinada a ordenar atuação orientada à satisfação de necessidades coletivas, em que nenhuma das partes amplia o seu patrimônio como efeito de atuação lucrativa.”<sup>36</sup>

Em seu Curso de Direito Administrativo, Marçal Justen Filho qualifica o convênio público como uma “avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Administração Pública, comprometem-se a atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo.” Nesta esteira, o autor entende que o elemento característico do convênio, diferindo-o do contrato em sentido estrito, cinge-se na ausência de interesse especulativo entre as partes, já que elas harmonicamente atuam em prol do bem comum.<sup>37</sup>

Contudo esta posição do autor já foi advogada em outras publicações acadêmicas com algumas diferenças. Em 1996, Marçal Justen Filho qualificava o convênio administrativo

---

<sup>35</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 403 e ss. No mesmo sentido de que os convênios possuem natureza contratual, vide: TODERO, Domingos Roberto. **Dos convênios da Administração Pública**. Porto Alegre, 2006. 627 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, p. 559 e ss.

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 408, 557, 558, 405.

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 405.

como contrato plurilateral,<sup>38</sup> também denominado de contrato organizacional, que se configura como ajuste em que os interesses entre as partes são uniformes e comuns, sendo que os sujeitos primam a realização de atividades conjuntas e conjugadas para a busca de resultado único que é almejado por todos. Segundo o autor, nos contratos plurilaterais inexistem prestações realizadas por uma parte em benefício direto da outra, não havendo patrimônio de uma parte em virtude da transferência de bens para outra parte, ou seja, não há permuta, e as prestações são realizadas como meio para o alcance do fim comum.<sup>39</sup>

Já na sua clássica obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos”, o autor realiza uma distinção, com esteio em Túlio Ascarelli, entre os contratos, os quais têm uma função comutativa ou distributiva, e os convênios que possuem uma natureza cooperativa ou organizacional.<sup>40</sup>

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho também enquadra os convênios como contratos. O autor classifica os contratos administrativos em algumas espécies, quais sejam: (i) contrato de colaboração, quando o fato da adesão vincula consequentes obrigações; (ii) contrato de participação, a formalização impõe a recíproca consensualidade; (iii) contratos interorgânicos, há uma política de efeitos programados; (iv) contratos administrativos privados, existe a objetivação de bens materiais necessários. Para o autor, os convênios enquadram-se como contratos inter-orgânicos, também denominados inter-administrativos, os quais caracterizam-se pela realização de “comunhão de interesses públicos entre poderes, órgãos, pessoas, entidades da Administração direta ou indireta, objetivando serviços a nível hierárquico ou de dependência nos regimes organizacionais”,<sup>41</sup> ou seja, não se aventa a possibilidade de firmar um “convênio” com terceiro estranho à Administração Pública. Neste mesmo passo, explicita-se o posicionamento de Manuel Maria Diez que também defende a existência de contratos inter-administrativos, os quais são verdadeiros convênios, pois se caracterizam pela ausência de prerrogativas exorbitantes do Direito Comum, não aplicação da licitação para a escolha do co-contratante, inaplicabilidade de multa ou sanção, sistema de solução de conflitos diferenciado e não vigora a estabilidade do ato administrativo.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> Em seu Curso de Direito Administrativo, o autor credencia os convênios como ato plurilateral quanto ao número de partes. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349).

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista Trimestral de Direito Público** 15, 1996, p. 74-84, p. 76.

<sup>40</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 661.

<sup>41</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 173, 248.

<sup>42</sup> DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. I. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 327-328.



Com entendimento diverso, mais precisamente rechaçando a natureza contratual para os convênios, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que o convênio possui algumas características em comum com o contrato, entretanto possui características próprias que os tornam diferentes.<sup>43</sup> O ponto comum entre ambos é que são acordos de vontades. Sobre o assunto, a autora expressa que justamente pelas diferenças entre contrato e convênio, a Lei nº 8.666 determina que tal legislação aplica-se a ela no que couber, mais precisamente nos seguintes termos: “Isto resulta da própria Lei nº 8.666, de 1993, quando, no artigo 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 artigos 1º e 2º.”<sup>44</sup>

A autora explicita que além do aspecto dos interesses comuns entre os partícipes o que diferencia os convênios dos contratos, existem outros critérios, como: a necessidade de objetivos institucionais identificáveis entre os partícipes; a busca de um resultado comum entre os partícipes; a existência de mútua colaboração; as vontades se somam e atuam paralelamente para alcançar interesses e objetivos comuns; a existência de partícipes, e não partes; ausência de vinculação contratual para determinar a permanência obrigatória dos partícipes.<sup>45</sup>

Em sentido similar, Hely Lopes Meirelles destaca que os convênios administrativos possuem inúmeras distinções com os contratos, razões pelas quais não se pode conceber a sua natureza jurídica como contratual. Todavia, insta destacar, a título ilustrativo, que este não foi o pensamento que sempre o norteou.

Nas primeiras edições da sua obra “Licitação e Contrato Administrativo”, o autor destacava que a “teoria geral do contrato é a mesma para todo o gênero contratual, mas as peculiaridades da espécie contrato administrativo são regidas por normas e princípios próprios do direito público e se sujeitam a preceitos específicos da Administração.”<sup>46</sup> Nesta toada, em momento anterior, comentava que o motivo pelo qual “os princípios gerais dos contratos tanto se aplicam aos contratos privados (civis e comerciais), quanto aos contratos públicos dos quais são espécies os contratos administrativos, os convênios e os consórcios executivos e os

---

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 246.

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 246.

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 247 e 248.

<sup>46</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 180.

acordos internacionais.”<sup>47</sup>

Depois, em seu Curso de Direito Administrativo, Hely Lopes Meirelles diferencia expressamente convênios de contratos administrativos. A definição de convênios administrativos, segundo o autor, é feita nos seguintes termos, “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.”<sup>48</sup> Quanto às diversas discrepâncias existentes entre os contratos e os convênios, Hely Lopes Meirelles destaca que no contrato existem sempre duas partes em condições geralmente desiguais, as quais contêm interesses opostos e inexistente liberdade para retirar-se da avença a qualquer momento e sem sanção. Doutra parte, os convênios possuem partícipes que se encontram numa condição de igualdade, identidade de objetivos perseguidos, os quais se unem pela relação convencional para somarem na busca de seus desejos (o autor denomina de cooperação associativa) e ficam livres durante o período do convênio para o denunciarem a qualquer momento, não havendo restrições e ou vinculações para a sua permanência durante o período de vigência.<sup>49</sup>

Corroborando com a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e de Hely Lopes Meirelles, os quais apontam que os convênios divergem dos contratos em que pesem possuírem algumas características comuns, Romeu Felipe Bacellar Filho propala expressamente que “o contrato distingue-se do convênio por ostentar partes cujo objeto e fim pretendido são diversos. No convênio, instrumento de cooperação, verifica-se a presença de partícipes cujo objeto e fim pretendido é comum.”<sup>50</sup> Além deste viés, enfatiza que o substrato do convênio administrativo é a cooperação existente entre os partícipes em prol de um objeto e que a distinção “do contrato pelo interesse comum que persegue (no contrato o interesse das partes é contraposto), o convênio, por seus partícipes, em atendimento ao interesse público pode objetivar obra, serviço, fomento de atividade ou uso de bem, compartilhado ou não.”<sup>51</sup> O jurista paranaense enfoca a possibilidade de firmar convênio com objetivo de fomento de atividade ou uso de bem, o que per se representa um grande avanço quanto ao seu uso como instrumento da atividade administrativa de fomento, o que não era tão enfatizado pela doutrina.

Confrontando de maneira integral a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello

---

<sup>47</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 180.

<sup>48</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 337.

<sup>49</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 393-394.

<sup>50</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124.

<sup>51</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

e Marçal Justen Filho que enquadravam a natureza contratual dos convênios, Diogo Figueiredo Moreira Neto compreende que os convênios administrativos são atos administrativos complexos. Para tanto, o autor divide os atos jurídicos em sentido lato em dois gêneros: os atos unilaterais e os atos bilaterais. Os atos unilaterais são os atos jurídicos no sentido estrito e os atos bilaterais segmentam-se em atos contratuais e atos complexos. Trazendo este raciocínio para o Direito Administrativo, o autor carioca expõe que existem os atos administrativos unilaterais e os multilaterais, pactos, os quais se decompõem em contratos administrativos e atos administrativos complexos.<sup>52</sup>

Neste raciocínio, os convênios emolduram-se como atos administrativos complexos,<sup>53</sup> visto que segundo o jurista existe clara diferença entre as vontades que emanam para a consecução do ato, bem como os interesses dispostos pelos partícipes. Em uma definição de ato administrativo complexo, Diogo Figueiredo Moreira Neto expressa que é:

(...) o concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, tanto nas modalidades de cooperação como de colaboração, visando a um resultado de interesse público comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas.<sup>54</sup>

Pela intelecção do conceito frente ao convênio administrativo, infere-se que nele está propagado o fundamento do instituto, qual seja, a consensualidade para o advento do conteúdo obrigacional, visto que tanto a cooperação como a colaboração exigem prestações paralelas vergadas para um resultado comum.

Fazendo uma analogia com os contratos inclusive para distingui-los, o autor também recorre às vontades dos partícipes, aos interesses preconizados nos convênios e à finalidade do instituto. Quanto à vontade das partes, segundo o autor, no contrato estas se compõem para resultar uma terceira vontade, no ato complexo as vontades se acrescem uma à outra, atuando de forma autônoma e paralela. Atinente aos interesses, no contrato estes se apresentam distintos e opostos, no ato complexo são obrigatoriamente comuns e convergentes.<sup>55</sup> No que tange à finalidade, o contrato é pactuado para atender direta e

---

<sup>52</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 207. Na idéia de pactos como gênero, indispensável recorrer ao Direito Romano, o qual considera pacto (pactum) como espécie diversa do contrato (contractum).

<sup>53</sup> Para o autor existem vários instrumentos jurídicos que são atos administrativos complexos, como, por exemplo, consórcio, acordo de programa, o ajustamento de conduta, a conferência de serviços, o acordo substitutivo, os protocolos de intenção, os concertos de administração, dentre outros.

<sup>54</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 208.

<sup>55</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 208, 209.

concretamente um interesse público específico cometido ao Estado por intermédio de uma prestação da parte privada, por sua vez os convênios são instrumentos em regime de cooperação ou de colaboração que servem para que a Administração possa coordenar a atuação das convenientes.<sup>56</sup> Na mesma esteira de Diogo Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto assenta com a construção teórica de os convênios serem atos administrativos complexos ou multilaterais.<sup>57</sup>

Além deste viés, Marcos Juruena Villela Souto realça a característica de colaboração existente no convênio, tanto que aponta esta característica do referido instituto para diferenciá-lo do contrato administrativo. Para o autor, o convênio é o acordo administrativo entre entes públicos ou privados almejando objetivos comuns. Todavia, acordo administrativo deve ser considerado gênero, no qual existem diversas espécies, dentre elas contrato e convênio. No tocante às diferenças, menciona que no convênio há “efetiva cooperação entre os partícipes, não sendo caracterizado pela comutatividade, típica dos contratos, quando o interesse dos contratantes se revela contraposto, ou seja, cada parte tem objetivos e finalidades distintas (embora, nem por isso se autorize o afastamento da noção de parceria).”<sup>58</sup>

A mais deste argumento de defesa, o autor utiliza um fundamento comum com o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando pondera que a própria prescrição legal que define o contrato administrativo, nos termos do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666, aponta a distinção principal entre os institutos, isto porque no texto legal fica clara a necessidade de reciprocidade para a caracterização de um contrato, o que per si repercute a diferença frente ao convênio.<sup>59</sup>

Num resultado igual ao Diogo Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, Edmir Netto de Araújo chega a mesma conclusão, entretanto utiliza um raciocínio diverso para sustentar a sua posição. Para o autor, o Estado comumente, na busca da satisfação de seus escopos, declara a sua vontade em ter um determinado objeto; doutro lado, tal volitividade é correspondida pela vontade de um particular em fornecer ou prestar algo

---

<sup>56</sup> 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). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 214, out/dez. 1998, p. 35-53, p. 44.

<sup>57</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 438.

<sup>58</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 165.

<sup>59</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo em Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 166.

diante de uma determinada contraprestação, desde que respeitado o devido procedimento exigido pela lei e na forma prescrita, para então criar um vínculo obrigacional; além desta situação, o Estado, por intermédio de seus órgãos e entidades, também pode declarar a sua vontade em um determinado resultado e o próprio Estado ou um particular pode emitir a sua vontade concordante para que o resultado desejado seja alcançado de forma conjunta. Para o autor nestas duas situações descritas estão presentes as características de um *negócio jurídico*.<sup>60</sup>

Assim, a partir da definição de negócio jurídico, aproveitando-se dos escólios civilistas, no âmbito da Administração Pública, existem os negócios jurídicos administrativos, os quais podem ser definidos como acordos bilaterais ou plurilaterais firmados pela Administração e particular ou entre órgãos dotados de personalidade jurídica própria da Administração contendo mais de uma declaração unitária de vontade e que sirvam de substrato para a produção dos efeitos jurídicos específicos ‘ex voluntate’ frente ao momento anteriores destas declarações.<sup>61</sup> Abre-se parêntese para advertir expressamente sobre a menção de *órgãos dotados de personalidade jurídica própria da Administração*, pois em que pese a expressão utilizada pelo autor, não se pode aquiescer com tal assertiva, pois órgãos não possuem personalidade jurídica.<sup>62</sup>

O autor qualifica o negócio jurídico como espécie de ato jurídico, o qual divide o ato jurídico em sentido amplo, englobando os contratos e outros acordos (*ex voluntate*), e ato jurídico em sentido estrito. Para tanto, utiliza-se de uma corrente doutrinária intermediária às correntes unitarista e dualista do Direito Civil. Consequentemente, nesta diretriz, Edmir Netto de Araújo enquadra os convênios administrativos e os consórcios públicos como acordos administrativos, mais precisamente atos administrativos complexos, o que per se demonstra o rechaço de qualquer possibilidade jurídica de enquadrá-los como contratos administrativos. Para ele, os convênios são convenções, visto que neles “as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns”, razões que os diferenciam dos contratos administrativos e, inclusive defende a existência de acordos administrativos sob o

---

<sup>60</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 685.

<sup>61</sup> “Negócios jurídicos administrativos são, portanto, acordos (bilaterais ou plurilaterais) pactuados entre Administração e particular ou entre órgãos dotados de personalidade jurídica própria da Administração, contendo mais uma declaração unitária de vontade (uma delas obrigatoriamente do Estado ou entidades públicas estatais, pois particulares não celebram, entre si, negócios jurídicos administrativos) que sirvam de base à produção dos efeitos jurídicos específicos ‘ex voluntate’, em relação que não existia antes dessas declarações.” (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 687).

<sup>62</sup> Sobre o assunto, vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140-141; ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 203.

espectro da cooperação e da colaboração.<sup>63</sup> Sobre o assunto, vale transcrever as lições transcritas pelo jurista quando explica a distinção entre os acordos administrativos a partir da finalidade:

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 ‘a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos’, do que decorre: a ausência de vinculação contratual, a inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória (os convenientes podem denunciá-los 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).<sup>64</sup>

Quando da descrição dos convênios, Araújo explicita que os convênios podem ser celebrados entre órgãos de pessoas políticas diferentes e de natureza diversa; entre órgãos da mesma pessoa política, mas de natureza e personalidade jurídica diversa<sup>65</sup> ou ainda entre órgãos públicos em geral e entidades privadas.<sup>66</sup> Por tais razões alinhavadas, Edmir Netto de Araújo expõe que, diferentemente de outros países, os convênios e os consórcios<sup>67</sup> têm a natureza de acordos não contratuais administrativos ou mistos, “cuja execução decorre diretamente de sua existência e validade (declaração de vontade da autoridade competente, na forma legal), que lhes conferem eficácia imediata.”<sup>68</sup>

Coadunando com Diogo Figueiredo Moreira Neto, Edmir Netto de Araújo e Marcos Juruena Villela Souto, Gustavo Justino de Oliveira sustenta que os convênios administrativos emolduram-se como acordos administrativos, os quais se assimilam de certo modo aos atos administrativos complexos.<sup>69</sup> O jurista apresenta os acordos como a noção mais ampla, na qual os contratos e convênios são espécies, sendo que tais visam disciplinar:

(i) relações entre órgãos e entidades administrativas e (ii) relações entre a Administração Pública e os particulares, empresas e organizações da sociedade civil, cujo objeto é o desenvolvimento programado de uma atividade administrativa sob um regime de cooperação ou de colaboração entre os envolvidos (bilateralidade ou multilateralidade), a partir de bases previamente negociadas,

<sup>63</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 687-690.

<sup>64</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 689 e 690.

<sup>65</sup> Novamente faz-se a ressalva sobre a ausência de personalidade jurídica dos órgãos administrativos.

<sup>66</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 691.

<sup>67</sup> Em que pese o presente trabalho não ter como foco os consórcios, estes são abordados face a sua similitude com os convênios administrativos no tocante à natureza jurídica dos institutos.

<sup>68</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 691.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 259-262.

podendo o ordenamento jurídico conferir efeitos vinculantes aos compromissos eventualmente firmados.<sup>70</sup>

Esta concepção é defendida, pois o autor advoga por uma nova concepção da atuação do Estado para fundamentar a sua definição, a qual compreende que os acordos administrativos têm por desiderato elevar a consensualidade na Administração Pública para reconhecer que a administração por acordos é uma alternativa que deve ser elevada na atual conjuntura e evolução do Estado. Para consubstanciar a sua tese, diz que há “a evolução de um modelo de gestão pública centrado no ato administrativo para um modelo baseado também nos acordos administrativos.” Por este motivo, entende que se deve “lançar mão do ato administrativo complexo (envolto pela unilateralidade) para qualificar o acordo administrativo (impregnado pela bi ou multilateralidade) significa não reconhecer que a administração por acordos é uma alternativa – e, em alguns casos, uma preferência – à administração por atos.”<sup>71</sup>

Explicitamente acerca dos convênios, o autor advoga que “nem mesmo os convênios e consórcios podem ser qualificados como atos administrativos complexos. Tais institutos são acordos administrativos, cujos efeitos e aspectos de seu regime devem estar dispostos em lei.”<sup>72</sup> Gustavo Justino de Oliveira adverte que os convênios poderão ser realizados como acordo administrativo organizativo e acordo administrativo colaborativo, dependendo da finalidade e dos partícipes envolvidos. O acordo administrativo organizatório tem o escopo de “promover a descentralização de um órgão ou ente administrativo para outros órgãos ou entes administrativos, da mesma esfera federativa ou de esfera federativa distinta.” Já no acordo administrativo colaborativo, o convênio é usado “para a formação de vínculos de colaboração com quaisquer tipos de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, independentemente de serem detentoras de uma qualificação especial prévia.”<sup>73</sup>

Diante das definições doutrinárias elencadas, visualiza-se que a “a doutrina está longe de ter um pensamento uníssono sobre a natureza do convênio”, conforme expõe Tarso Cabral Violin,<sup>74</sup> existindo basicamente três posições doutrinárias sobre a natureza jurídica dos convênios no Brasil: a que considera os convênios uma espécie de contrato administrativo; a

---

<sup>70</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 252.

<sup>71</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 262.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 262.

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 269-271.

<sup>74</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 246.

que nega este posicionamento e a que os designam como atos administrativos complexos e/ou acordos administrativos.<sup>75</sup>

Aliado a esta ponderação, pode-se inferir que é fato incontroverso a existência de normas próprias aos convênios que divergem dos contratos administrativos. Nem Marçal Justen Filho, o qual defende a natureza contratual dos convênios de acordo com a sua classificação,<sup>76</sup> destoa deste posicionamento, inclusive expressa que “o conceito amplo de contrato administrativo compreende diversas figuras, cada qual subordinada a regime jurídico diferenciado.”<sup>77</sup> No mesmo sentido, Luiz Alberto Blanchet também discorre que os convênios e os contratos têm natureza diversa e traços bem distintos, “não se lhes aplicando toda e qualquer norma pertinente à espécie contrato.”<sup>78</sup>

Por esta razão, como os convênios possuem normas diferentes e peculiares dos contratos administrativos, não se pode admitir a sua natureza jurídica contratual. Não faz sentido que os convênios sejam diferentes, inclusive quanto ao seu próprio regime jurídico, e seja classificado como espécie de contrato administrativo. Sabe-se que para o operador do Direito, o conhecimento do regime jurídico é impreterível para a correta adequação e utilização do instituto. Celso Antônio Bandeira de Mello aponta sobre a indispensabilidade de conhecer o regime jurídico para a compreensão de um instituto jurídico:

Se o que importa ao jurista é determinar em todas as hipóteses concretas o sistema de princípios e regras aplicáveis – quer seja a lei clara, obscura ou omissa-, todos os conceitos e categorias que formule se justificam tão-só na medida em que através deles pressione logicamente uma determinada unidade orgânica, sistemática, de normas e princípios. A razão de ser destes conceitos é precisamente captar uma parcela de regras jurídicas e postulados que se articulam de maneira a formar uma individualidade.<sup>79</sup>

Assim, ao analisar o regime jurídico do convênio administrativo a partir das definições e verificar de maneira incontestável que existem inúmeras normas aplicáveis aos

<sup>75</sup> MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo, Universidade de São Paulo, Vol. 100, 2005, p. 559.

<sup>76</sup> Sobre a utilidade das classificações, vide: CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972; CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. Trad. Dr. Frederico Paschoal. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 57-58; LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, p. 586-587.

<sup>77</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 405. No mesmo sentido, porém há mais tempo, Marçal Justen Filho já expunha este pensamento “O regime jurídico dos convênios não pode identificar-se com o dos contratos administrativos. Não se poderia verificar aquele regime dito exorbitante ou especial, característico das contratações com particulares. Aliás, isso deriva da própria circunstância de que todos os convenientes participam da avença em igual condições de persecutores do interesse público. Nenhum deles é titular de interesse peculiar, especialmente protegido, que legitimasse exercício de poderes especialmente onerosos frente a outro conveniente.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista Trimestral de Direito Público** 15, 1996, p. 74-84, p. 82)

<sup>78</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 158.

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.



contratos administrativos em geral que diferem dos convênios administrativos, não se pode dizer que possuem a mesma natureza jurídica. Como a natureza jurídica dos contratos administrativos é contratual, o que já está bem pacificado nos estudos sobre o tema, infere-se conseqüentemente que a natureza dos convênios é diversa.

Sobre o regime jurídico dos contratos administrativos, Jean Rivero expressa que tem os seguintes traços: (i) desigualdade das partes, haja vista a existência de prerrogativas ligadas ao primado do interesse geral investido pela pessoa pública o que a coloca numa situação de superioridade; (ii) limitações à liberdade contratual da Administração, pois o contrato administrativo fica sujeito ao interesse geral que imporá o caminho a seguir, ou seja, são sujeições que se submetem a Administração; (iii) a competência do juiz administrativo para dirimir os conflitos decorrentes do contrato administrativo, tanto da sua interpretação quanto de sua execução.<sup>80</sup> Dentre os traços apresentados por Jean Rivero para caracterizar o regime jurídico contratual, insta destacar que o terceiro item não encontra equivalência para o Direito brasileiro face à unicidade de jurisdição (inexistência de jurisdição dual, como ocorre na França) e o primeiro item marca a clara e evidente diferença do regime jurídico contratual do regime convenial, pois nas relações conveniais os partícipes não possuem uma situação de desigualdade a ponto de colocar o Poder Público numa situação hierarquicamente superior. Nos convênios persiste a noção de paridade entre os partícipes, o que per si refuta a possibilidade de enquadrar tal instrumento jurídico como espécie de contrato ou de natureza contratual.<sup>81</sup>

Como existem diversas normas aplicáveis aos convênios e diante de suas peculiares características, que serão trabalhadas posteriormente, chega-se a conclusão e afirmação de que os convênios têm natureza própria, a qual se denomina natureza convenial. A título complementar, vale colacionar que Jean Rivero já apontava a existência de acordos administrativos com características diversas dos contratos administrativos. Quando expôs sobre os atos administrativos e os contratos administrativos, o autor francês assinala que a política da Administração contratual “faz aparecer, nomeadamente nos domínios da economia e da organização do território, actos que, apesar de registrarem um acordo, não oferecem os caracteres jurídicos do contrato.”<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Dr. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 137-138.

<sup>81</sup> Cf. HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios administrativos – anotações. **Revista JAM Jurídica Administração Municipal**. Salvador, ano IV, n. 08, ago/99, p. 28; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 690.

<sup>82</sup> RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Dr. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 105.

De todo modo, para consubstanciar a natureza jurídica convenial dos convênios administrativos, rechaçando a natureza contratual, além da existência de regime jurídico diverso, faz-se necessário comprovar pelas características diversas entre eles a partir de uma definição a ser estabelecida.

### 1.3 Uma proposta de definição de convênios administrativos como parâmetro metodológico

Para a concretização e continuidade dos apontamentos sobre os convênios administrativos, é indispensável a sua definição (ou noção) que se justificará pelos argumentos ulteriormente a serem expendidos, nos seguintes termos: os convênios administrativos são atos administrativos unilaterais complexos introdutórios de normas jurídicas infralegais individuais, concretas, obrigatórias para os sujeitos de uma relação jurídica obrigacional, sendo que necessariamente no mínimo um dos sujeitos deve ser integrante da Administração Pública.

Explica-se a definição ora proposta.<sup>83</sup> Os atos administrativos, de forma sintética, são atos jurídicos praticados de acordo com o Direito Administrativo pelas pessoas administrativas, conforme expõe Ruy Cirne Lima.<sup>84</sup> A definição clássica de ato administrativo decorre do escólio de Otto Mayer que descrevia que “*es un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súdito lo que para él debe ser de derecho en un caso concreto.*”<sup>85</sup> A noção de ato administrativo não é algo unívoco e quiçá positivado para possuir os delineamentos demarcados. Por esta razão, existem diferenças entre as definições de diversos autores, conquanto haja na maioria dos casos sempre um núcleo comum intangível, qual seja, a declaração de vontade do Estado para a produção de efeitos jurídicos.

Mesmo assim, para demonstrar as dessemelhanças existentes, colacionam-se as posições de alguns autores. Por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello num conceito mais extensivo qualifica como a “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”<sup>86</sup> Neste conceito mais amplo, o autor engloba os atos gerais e abstratos e os atos convencionais, incluindo

---

<sup>83</sup> Vale frisar que tem autores, como Gustavo Justino, por exemplo, que rechaçam a idéia de os convênios serem atos administrativos, lecionando que tais são acordos administrativos, a fim de afastar a idéia de unilateralidade do ato e enfatizar a administração consensual, por acordos. Além disso, como diz Gustavo Justino de Oliveira “são concepções teóricas diferenciadas, as quais demandam tratamentos normativo e dogmático distintos.” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 262).

<sup>84</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2007, p. 217.

<sup>85</sup> MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. 2. ed. Tomo I. Buenos Aires: Editora Depalma, 1982, p. 126.

<sup>86</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 378.

nestes os contratos administrativos.<sup>87</sup> Em um sentido mais estrito, Celso Antônio define o ato administrativo como a “declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”<sup>88</sup> Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro define os atos administrativos de modo similar ao Celso Antônio Bandeira de Mello, visto que expressa que são as declarações “do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”<sup>89</sup> Marçal Justen Filho define-o como a “manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa.”<sup>90</sup>

Como inexistente uma definição de ato administrativo na lei,<sup>91</sup> utilizar-se a posição de Edmir Netto de Araújo, o qual demarca o ato administrativo como “a declaração de vontade do Estado, nessa qualidade, exteriorizada por agente competente e no exercício de suas funções, visando a produção de efeitos jurídicos conformes ao interesse público, com elas objetivados, determinados ou admitidos pelo ordenamento jurídico, em matéria administrativa.”<sup>92</sup> A escolha é feita pelo critério da sua utilidade para os resultados perquiridos nesta investigação acadêmica (conceito funcional).<sup>93</sup> Sobre a inexistência de um conceito verdadeiro ou falso, mas sim de um conceito que lhe seja útil, Celso Antônio Bandeira de Mello especifica que:

(...) a formulação do conceito de ato administrativo – como o de qualquer outro não expandido pelo direito positivo – há de nortear-se por um critério de utilidade, isto é, de ‘funcionalidade’ ou, como habitualmente temos dito, de ‘operatividade’. Vale dizer: não há um conceito verdadeiro ou falso. Portanto, deve-se procurar adotar um que seja o mais possível útil para os fins a que se propõe o estudioso.<sup>94</sup>

<sup>87</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 379.

<sup>88</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 380.

<sup>89</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 206.

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316. Em sentido similar, Régis Fernandes de Oliveira descreve “ato administrativo como declaração unilateral do Estado, ou de quem faça suas vezes, no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos.” (OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.70)

<sup>91</sup> FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo**. Presunção de validade e a questão do ônus da prova. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 77-80.

<sup>92</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 102.

<sup>93</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 28-48.

<sup>94</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 374.

Quanto à característica da unilateralidade, verga-se para a identificação de um ato administrativo ser unilateral ou bilateral de acordo com a quantidade de partes para a emissão da declaração de vontade, ou seja, não se utilizará a classificação de acordo com o número de autores (sujeitos) para a produção do ato e muito menos de acordo com a quantidade de sujeitos ou partes que possuirão obrigações advindas da relação obrigacional.

Edmir Netto de Araújo bem exprime que parte é a ‘direção’ ou o ‘partido’ adotado “pelo interesse ou interesses que motivam a declaração de vontade”, ou seja, o que importa é que a declaração ou declarações de vontade sejam “em uma única direção, representando um único interesse.”<sup>95</sup> A parte pode ser um sujeito quando é considerado simples ou poderá ser decorrente de vários sujeitos quando se denomina plúrima. Por este raciocínio, descreve-se que o ato é unilateral quando produzido por uma “declaração unitária ‘única de vontade, quer emane de uma só pessoa, quer de várias pessoas agindo dentro da mesma e única direção de interesses”; configura-se bilateral quando os atos se constituem pelo encontro de vontade de duas partes e; multilateral ou plurilateral quando há mais de duas partes que contraem direitos e obrigações.<sup>96</sup>

Mesmo adotando esta definição de “parte” no sentido proposto por Edmir Netto de Araújo, o qual é corroborado Carlos Alberto da Mota Pinto,<sup>97</sup> discorda-se da posição do autor paulista a partir do momento em que este qualifica o convênio como ato volitivo decorrente da vontade declarada de duas ou mais partes coincidentes ou não opostas.<sup>98</sup>

Explica-se. Uma das características, inclusive diferenciadoras ante o contrato administrativo, é o fato de a vontade ser comum entre os partícipes no convênio. Assim, a razão da discordância se queda clara a partir do momento em que os interesses dos partícipes no objeto do convênio não são diversos, e sim comuns. Destaca-se que a assertiva proposta centra-se nos interesses dos partícipes *no objeto do convênio* serem convergentes e comuns. Frisa-se a expressão “no objeto do convênio”, já que representa uma diferença em dizer que os interesses dos partícipes em si são comuns, isto porque muitos interesses poderão ser diversos e até antagonicos, razão pela qual cinge-se aos interesses ante o objeto convencional.

---

<sup>95</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 443-444.

<sup>96</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 458. Marçal Justen Filho também defende que parte “indica uma posição jurídica, eventualmente ocupada por uma pluralidade de pessoas ou órgãos”, em que pese discordar do posicionamento adotado neste trabalho, haja vista que considera o convênio e o consórcio como ato plurilateral. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 349).

<sup>97</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 387.

<sup>98</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 444.

Desse modo, não existem diversas partes num convênio administrativo, e sim uma parte com um ou vários sujeitos. Até porque, do contrário, a existência de vontades e interesses diversos ante o objeto da parceria afastariam qualquer possibilidade de celebração de um convênio administrativo, direcionando sim para a formalização de um contrato administrativo. Exemplifica-se com um caso prático: ajuste entre o Município de Catapora do Oeste (fictício) e uma empresa de intermediação de estágio, a qual perceberá um valor a título de taxa de administração pelos serviços prestados; neste caso, existe claramente duas partes envolvidas, o Município que deseja a prestação dos serviços de intermediação e do outro lado a empresa que visa perceber a taxa de administração pela prestação dos seus préstimos; logo, a partir dos interesses contrapostos enlaça-se uma terceira vontade, qual seja, a vontade contratual entre as partes. Claramente no caso ora ventilado verifica-se que existem dois interesses e vontades diversos diante do objeto em si, os quais se unem para a realização de uma terceira vontade, a qual se torna a vontade contratual das partes.

Para evitar qualquer possível confusão, deve-se lembrar que a “vontade” da Administração é representada pela atuação de um agente público calcado no comando normativo, isto é, a vontade da Administração deve estar albergada pela juridicidade.<sup>99</sup> Não se pode imaginar que a vontade da Administração é a vontade psíquica do agente público. Como bem aponta Augustín Gordillo, o ato administrativo “*no es siempre la expresión de la voluntad psíquica del funcionario actuante: el resultado jurídico se produce cuando se dan las condiciones previstas por la ley y no sólo porque el funcionario lo haya querido.*”<sup>100</sup> Em sentido análogo, Marçal Justen Filho destaca que a funcionalização da vontade administrativa no ato administrativo traz como conseqüências: (i) o controle jurídico exacerbado sobre a formação da vontade estatal; (ii) a insuficiência da vontade psicológica para a existência e a validade do ato; e (iii) a necessidade e suficiência da compatibilidade objetiva entre a manifestação externa da vontade e a satisfação das necessidades coletivas.<sup>101</sup> Posto isso, indubitável que a vontade da Administração Pública, por intermédio da atuação de um agente

---

<sup>99</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha adota o princípio da juridicidade ao invés do princípio da legalidade estrita e argumenta o porquê de sua classificação: “A preferência que se confere à expressão deste princípio da juridicidade, e não apenas ao da legalidade como antes era afirmado, é que, ainda que se entenda esta em sua generalidade (e não na especificidade da lei formal), não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo, como se pode e se tem naquele. Se a legalidade continua a participar da juridicidade a que se vincula a Administração Pública – é certo que assim é –, esta vai muito além da legalidade, pois afirma-se em sua autoridade pela legitimidade do seu comportamento, que não se contém apenas na formalidade das normas jurídicas, ainda que consideradas na integralidade do ordenamento de Direito”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 69-70).

<sup>100</sup> GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: F. D. A., 2002, p. II – 19.

<sup>101</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 318.

público, deverá estar em consonância com a juridicidade, porquanto a vontade psíquica do agente não se mostra capaz de gerar um ato válido.<sup>102</sup> Isto é, quando se discorre sobre vontade e interesse da Administração, deve-se pensar imediatamente na sua correlação com a função administrativa.

Acerca da classificação dos convênios como unilaterais, pode-se inclusive advogar que se eles fossem contratos seriam denominados como tais, e não chamados de convênios em si. Para repelir este raciocínio, alguém poderia defender que existem contratos que são atos unilaterais segundo a classificação ora adotada sobre “parte” e são nominados de contratos, como, por exemplo, o contrato de doação, o qual é previsto no artigo 17 da Lei nº 8.666/93. Entretanto, o argumento de repulsa não prospera, pois o contrato de doação é um ato bilateral, o qual depende necessariamente de duas partes para a sua celebração (interesses opostos do doador e do donatário)<sup>103</sup> e que somente repercutirá obrigações para uma parte. Como já houve o alerta de que a classificação em questão considera a lateralidade de acordo com a formação do ato, e não de acordo com o número de autores (sujeitos) para a produção do ato e muito menos consoante a quantidade de sujeitos ou partes que possuirão obrigações advindas da relação obrigacional, pode-se asseverar que o contrato de doação sem encargos é bilateral quanto à sua formação, logo esvaindo-se qualquer tentativa de contradizer o convênio como ato unilateral. Marçal Justen Filho bem expõe que existe uma grande confusão entre a unilateralidade ou bilateralidade na formação do contrato ou do ato e a unilateralidade, bilateralidade ou plurilateralidade das obrigações em razão dos direitos e deveres.<sup>104</sup> Por tais argumentos, é correto aduzir que o contrato de doação sem encargo não é unilateral, mas sim os efeitos do contrato são unilaterais, já que as obrigações recairão somente em uma das partes, o doador. Sobre o assunto, Pontes de Miranda versando sobre a doação como contrato unilateral, expõe que a “doação supõe a bilateralidade do negócio jurídico, sem bilateralidade do contrato.”<sup>105</sup> Caio Mário da Silva Pereira também esclarece que “considerando sob o aspecto de sua formação, todo contrato é negócio jurídico bilateral, já que a sua constituição

---

<sup>102</sup> Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, o princípio da legalidade pode ser compreendido em sentido amplo ou em sentido restrito, sendo que o sentido amplo seria a concepção da juridicidade. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 156-160).

<sup>103</sup> O interesse do doador configura-se com a doação de um bem, enquanto de forma contrária existe o interesse do donatário de receber o bem.

<sup>104</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: 2006, p. 36. O mesmo raciocínio ocorre com alguns ajustes que são denominados de contratos (por exemplo, contrato de associação), posto que são verdadeiros atos unilaterais, e não bilaterais. Esta assertiva se faz, a partir da classificação adotada neste trabalho quanto à formação do ato e ao entendimento de “parte”.

<sup>105</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** Tomo XLVI – Direito de Obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 191-286, p. 198.

requer a declaração de vontade das pessoas que dele participam de uma e de outra parte”, advertindo assim que “não se pode confundir, portanto, a bilateralidade como elemento constitutivo (bilateralidade de manifestação de vontade) com a bilateralidade das conseqüências produzidas.”<sup>106</sup>

Quanto à necessidade de um dos sujeitos da vontade e do interesse comum entre os partícipes impreterivelmente integrar a Administração Pública Direta ou Indireta, vislumbra-se que não se pode conceber como convênio administrativo, um acordo de vontades no qual inexista algum órgão ou alguma entidade da Administração. A assertiva em questão se mostra pertinente conquanto uma entidade estranha à Administração esteja exercendo a função administrativa. Neste sentido, firma-se a posição de que necessariamente um dos sujeitos emissores de vontade e interesse faça parte da Administração Pública, seja direta ou indireta. Por conseguinte, refuta-se a concepção preconizada por diversos autores de que o emissor do ato administrativo é uma entidade da Administração Pública no exercício da função administrativa ou de quem lhe faça as vezes, o que permitiria assentir com a celebração de um convênio com um terceiro estranho à Administração e um concessionário ou permissionário de serviço público.<sup>107</sup>

Um aspecto que merece maior detalhamento é a possibilidade de os convênios serem celebrados por órgãos ou entidades da Administração Pública. Como eles são qualificados como atos administrativos unilaterais, logo não se visualiza qualquer empecilho de serem firmados por algum órgão no exercício da função administrativa, desde que preenchidos os elementos e os pressupostos do ato em si. Ressalta-se que em casos de transferências de recursos ou quando houver alguma obrigação que demande a necessidade de personalidade jurídica, então nessas situações o convênio deverá ser subscrito por uma entidade da Administração Pública, não havendo a factibilidade de ser firmado por órgão. Ademais, como curiosidade, insta relatar que há normas infraconstitucionais de entes que determinam a autorização ou a necessidade de assinatura do Chefe do Poder Executivo sempre que houver a celebração de algum ajuste ou parceria (inclusos os convênios) por algum órgão.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 38.

<sup>107</sup> Dentre os defensores da linha de que existe ato administrativo por sujeito não integrante da Administração Pública, desde que exerça a função administrativa, vide Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 318-319) e Roberto Dromi (DROMI, Roberto. **Curso de Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004, p. 356-357).

<sup>108</sup> Exemplo: Decreto do Estado do Paraná n. 495/1995 que dispõe no artigo 7º que “fica sujeita à prévia e expressa autorização do Governador do Estado, a formalização de acordos, convênios, termos de cooperação técnica e/ou financeira pelos órgãos da Administração Direta e da Indireta do Poder Executivo.”



Quanto à distinção entre ato unilateral e ato complexo, insta frisar que a unilateralidade aqui usada refere-se ao número de partes para a formação do ato administrativo e a complexidade correlaciona-se à classificação quanto à composição da vontade produtora do ato.<sup>109</sup> Ou seja, a metodologia utilizada na definição preocupa-se com o número de partes à formação do ato, bem como se atina à composição da vontade produtora do ato.

No que se refere à composição da vontade produtora do ato, esta pode ser dividida em ato simples e atos complexos. Os atos simples são aqueles em que a vontade é declarada de forma unitária por um único órgão, seja ele singular ou plúrimo; já os atos complexos resultam da declaração conjugada de duas ou várias vontades unitárias, paralelas, as quais configuram um consenso sobre determinado objeto.<sup>110</sup> Impende informar que o ato administrativo complexo é um tradicional instituto da Teoria Geral do Direito com origens na doutrina alemão, mais precisamente pela teorização desenvolvida por Otto Gierke.<sup>111</sup> Segundo Diogo Figueiredo Moreira Neto, o jurista alemão precisou “o conceito (de Gesamttakt), vindo a aperfeiçoar-se com a posterior distinção tedesca entre o contrato (Vertrag) e o acordo (Vereinbarung)”, porém a sua aplicação à fenomenologia própria do Direito Administrativo deve-se aos estudiosos italianos.<sup>112</sup>

A definição de ato administrativo complexo utilizada para os devidos fins desta explicitação segue o conceito do jurista Diogo Figueiredo Moreira Neto que defende o ato administrativo como o concurso de manifestações de vontade autônomas, sendo que uma oriunda da Administração Pública, visando como objeto comum a constituição de uma relação

---

<sup>109</sup> Sobre a possibilidade de os atos unilaterais serem complexos, Roberto Dromi explica: “*El acto es unilateral, aunque se necesite de la ‘voluntad concurrente o coadyuvante’. El hecho de que ciertos actos unilaterales necesiten de la solicitud, notificación, aceptación, asentimiento o adhesión del particular para producir sus efectos, no les quita su calidad de tales. Tampoco dejan de ser unilaterales por el hecho de que la voluntad administrativa se forme mediante la intervención de dos o más órganos administrativos, en cuyo caso se denominan actos complejos.*” (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 355).

<sup>110</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 459. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua de maneira diversa, mais precisamente o autor descreve os atos simples como aqueles produzidos pela declaração jurídica de um único órgão, já os atos complexos da conjugação de vontade de órgãos diferentes. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 419). No mesmo sentido de Celso Antônio, Roberto Dromi expressa que os atos complexos “*son los que se forman por el concurso de voluntades de distintos órganos, a diferencia de los actos simples, que emanan de un solo órgano, sea individual o colegiado.*” (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 373).

<sup>111</sup> Sobre o histórico, vide Sandra Julien Miranda (MIRANDA, Sandra Julien. **Do ato administrativo complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 44-46) e Vicente Ráo (RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema no conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57).

<sup>112</sup> MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 208.

jurídica de coordenação de vontades para alcançar um resultado de interesse comum dos partícipes.<sup>113</sup> Sabe-se que existem outros critérios e definições adotados para ato complexo, porém tais não são úteis para a conclusão proposta neste trabalho, razão pela qual se conhece tais pensamentos, porém os afasta para os presentes fins.<sup>114</sup>

Como se verifica, nos atos complexos as vontades são autônomas e homogêneas, as quais se juntam para o alcance de um objeto comum aos partícipes, diferenciando-se assim do contrato, pois neste as vontades se compõem delas resultando uma terceira espécie de vontade, enquanto naquele as vontades se acrescem uma à outra, atuando autônoma e paralelamente.<sup>115</sup> A busca de um mesmo objeto e a existência de um fim comum entre os convenientes é referendada por Vicente Ráo quando enumera os elementos de um ato complexo.<sup>116</sup>

Ademais, ainda que Lafayette Pondé discorra sobre os atos complexos como aqueles em que há a participação só de entidades e órgãos públicos, não adentrando à possibilidade de terceiros estranhos à Administração Pública, concorda-se com a posição do autor quando defende que o “ato complexo resulta da fusão dessas declarações, da mesma natureza e tendentes ao mesmo fim, as quais se juntam em um ato único, indiviso, da Administração. Nenhuma delas, só por si, constitui uma categoria especial de ato do Estado; nenhuma delas vale, sozinha, como expressão da vontade do Estado, mas todas se juntam para

---

<sup>113</sup> MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 208-209. Vale ainda lembrar que existem na doutrina algumas classificações sobre o ato complexo, as quais dividem, por exemplo, em: atos de complexidade interna e externa, atos complexos com ou sem caráter negocial e atos complexos iguais ou desiguais. Sobre o assunto, vide Edmir Netto de Araújo (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Do negócio jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 156).

<sup>114</sup> Odete Medauar classifica o ato complexo como espécie de ato plurilateral, quando da classificação do número de manifestações para a formação do ato. A autora classifica os atos pluripessoais como os atos decorrentes de decisão que envolve a manifestação de várias pessoas, como integrantes de órgãos, sendo subdividido em: (i) atos colegiais que resultam de decisões tomadas por órgãos colegiados, integrados por muitas pessoas; e (ii) atos complexos que envolvem necessariamente a manifestação de mais de um órgão, poder ou ente. (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 152). Pietro Virga, por exemplo, diferencia os atos complexos dos acordos públicos de acordo com a origem das vontades, quando discorre que “se no ato complexo há a conjugação de vontades de vários órgãos de um mesmo ente, nos acordos públicos essas vontades emanam de vários órgãos de entes diversos.”(VIRGA, Pietro. Apud OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 261). Lafayette Pondé aduz que “Ato complexo é um ato administrativo único, formado embora da manifestação de vontade de dois órgãos administrativos, ou da sucessiva declaração de um mesmo órgão, em diverso momento de atuação.” (PONDÉ, Lafayette. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 121).

<sup>115</sup> MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 208.

<sup>116</sup> Vicente Ráo descreve os seguintes elementos no ato complexo: 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. (RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema no conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57).

formar esta vontade.”<sup>117</sup> Por todas as razões declinadas, conclui-se favoravelmente à classificação dos convênios administrativos como atos administrativos complexos quanto à composição da vontade produtora do ato.

Para finalizar, quanto à introdução de normas jurídicas infralegais individuais, concretas e obrigatórias para os sujeitos de uma relação jurídica obrigacional, convém alvitar que a celebração do convênio administrativa gera a prescrição de normas jurídicas que deverão ser obedecidas pelos partícipes, inclusive pela Administração Pública. Os atos administrativos são criadores de normas jurídicas, as quais são concretas, individuais e concernentes à função administrativa, conseqüentemente os convênios produzem normas de caráter cogente e de obediência aos conveniados.<sup>118</sup> Mais uma vez, enfatiza-se a questão dos sujeitos partícipes afastando a palavra parte, pois, como já visto, no convênio existe somente uma parte, já que os interesses são comuns entre os sujeitos.

---

<sup>117</sup> PONDÉ, Lafayette. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 121.

<sup>118</sup> Cf. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 30.

#### 1.4 Os requisitos e pressupostos dos convênios administrativos a partir da classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello

Como os convênios administrativos são atos administrativos, pode-se realizar um exame de todos os seus elementos e pressupostos a partir da classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>119</sup> Para o referido autor, os elementos de qualquer ato administrativo são dois: conteúdo e forma.<sup>120</sup> Ecoando o raciocínio de Bandeira de Mello, Régis Fernandes de Oliveira assevera ao dizer que “sempre o ato terá um conteúdo, sob pena de não ser ato. E, para ingressar no mundo jurídico, deverá revestir-se de uma forma. Para que o ato exista, pois, apenas se falará em dois elementos.”<sup>121</sup> De acordo com a classificação do ato administrativo em elementos e pressupostos, Marcello Caetano esclarece que “o elemento encontra-se no acto e só a abstração o separa. Faz parte do próprio acto. Ao passo que os requisitos são exigências legais que condicionam a validade ou a eficácia do acto e que podem depender de certas situações pressupostas na lei.”<sup>122</sup>

O conteúdo de um ato administrativo, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, significa “aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica.”<sup>123</sup> Régis Fernandes discorre que o conteúdo em síntese é o próprio ato, é a prescrição dele.<sup>124</sup> Os convênios administrativos têm como conteúdo a cooperação e/ou a coordenação entre os partícipes para o atingimento de uma finalidade que estes possuem em comum, sendo regulado pelas normas que norteiam a relação obrigacional

<sup>119</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 382 e ss. Apesar de adotar a posição do Celso Antônio Bandeira de Mello, adverte-se que em grande escala no Brasil é utilizada a linha de elementos ou requisitos do ato administrativo, sem dividir em elementos e pressupostos de existência e de validade. Sobre o assunto, vide por exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 212 e seg.; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 332 e seg.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 99 e seg.; GASPARINI, Diógenes, GASPARINI. **Direito Administrativo**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62 e seg..

<sup>120</sup> Utiliza-se neste trabalho a mesma sistemática adotada por André Luiz Freire quando da análise dos contratos administrativos, a qual é utilizada pela sua facilidade e didática na compreensão (FREIRE, André Luiz. **Manutenção e Retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008).

<sup>121</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 75.

<sup>122</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1991, p. 429. No mesmo sentido, Diogo Freitas Amaral (AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2006, v. 2, p. 249). Salienta-se que Marcello Caetano realiza uma distinção a partir de elementos e requisitos do ato administrativo (CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1991, p. 466 e seg.). Já Roberto Dromi entende que a existência do ato administrativo depende de quatro elementos, competência, objeto, vontade e forma (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 360).

<sup>123</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 386.

<sup>124</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81.

entre os partícipes. Quando se menciona sobre as normas, tal alusão alcança todas as normas jurídicas incidentes no acordo de vontades, tanto as normas decorrentes do termo de convênio entre os conveniados, quanto as normas existentes no sistema jurídico em si e que repercutem no convênio em questão.<sup>125</sup>

Já a forma “é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela a sua existência.”<sup>126</sup> Ou seja, nada mais significa do que a exteriorização do ato pelo qual a Administração Pública, por intermédio do seu agente público, transluz e propala o convênio administrativo.<sup>127</sup> André Luiz Freire assinala quando pondera sobre os contratos administrativos, todavia tal afirmação poderá ser extensiva aos convênios, que a forma não precisa ser escrita, pois o agente pode manifestar oralmente ou por gestos.<sup>128</sup> Segundo Freire, “o importante é que exista uma manifestação (ou declaração), pois, sem ela, não há texto (em sentido amplo) a ser interpretado, ou seja, não há como produzir normas jurídicas.”<sup>129</sup> A forma dos convênios no âmbito federal deve ser escrita, conforme determina o § 2º do art. 9º da Instrução Normativa nº 01/1997 da Secretaria de Tesouro Nacional.<sup>130</sup> Contudo, insta apontar que a realização de um convênio na forma oral não caracteriza um vício de forma em si, mas sim um vício na exteriorização do ato, mais precisamente na sua formalização. Ou seja, não impedirá a existência do ato em si, todavia culminará em uma irregularidade na sua edição.

No que se referem aos pressupostos do ato administrativo convenial, ressalta-se que estes são divididos em pressupostos à existência ou à validade do ato. Por tal razão, fala-se em pressupostos de existência e pressupostos de validade.

Os pressupostos de existência manifestam-se pelo objeto e pela pertinência do ato

---

<sup>125</sup> FREIRE, André Luiz. **Manutenção e Retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

<sup>126</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 387.

<sup>127</sup> Como bem apontado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro existem duas concepções da forma como elemento do ato administrativo, uma que compreende a forma como a exteriorização do ato, outra linha que inclui no conceito de forma a exteriorização do ato e todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 217).

<sup>128</sup> Sobre o assunto, Diógenes Gasparini anota que além dos atos escritos, “existem, excepcionalmente, atos orais (ordens dadas a um servidor), atos pictóricos (placas de sinalização de trânsito), atos eletromecânicos (semáforos) e atos mímicos (policiais orientando manualmente o trânsito e o tráfego).” (GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65).

<sup>129</sup> FREIRE, André Luiz. **Manutenção e Retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

<sup>130</sup> “Art. 9º Quando o valor da transferência for igual ou inferior ao previsto na alínea "a", inciso II, do artigo 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, corrigido na forma do art. 120, do mesmo diploma legal, a formalização poderá realizar-se mediante termo simplificado de convênio, na forma regulamentada pela Secretaria do Tesouro Nacional. (...) § 2º É nulo e de nenhum efeito, o convênio verbal com a União ou com entidade da Administração Pública Federal.”

ao exercício da função administrativa. O objeto “é aquilo sobre que o ato dispõe”, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece ainda que o objeto é o algo sobre o qual o conteúdo deve falar algo; ou seja, o conteúdo fala sobre algo (objeto).<sup>131</sup> Em sentido similar, Diógenes Gasparini indica que objeto “é alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato administrativo”,<sup>132</sup> bem como Roberto Dromi ao dizer que “*objeto del acto administrativo es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina.*”<sup>133</sup> Weida Zancaner enaltece que a ausência de objeto prejudica a existência de um ato administrativo, isto porque o torna impossível material e juridicamente. Neste patamar, a autora qualifica inclusive o objeto como “condição” ou “pressuposto de existência do ato.”<sup>134</sup>

Sobre o objeto, Marcello Caetano ressalta que o objeto precisa ser existente e válido.<sup>135</sup> Maria Sylvia, por sua vez, assevera que o objeto do convênio precisa ser lícito, possível, certo e moral.<sup>136</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho explica didaticamente que o objeto do ato deve ser “lícito, uma vez que a Administração Pública se acha, em qualquer circunstância, vinculada ao princípio da legalidade; deve ser possível, ou seja, realizável no mundo dos fatos e do direito; certo, definido quanto aos destinatários, efeitos, tempo e lugar, deve ser moral e dirigindo a um fim público, característica que o distingue no direito privado.”<sup>137</sup>

Coadunando com as lições supra, infere-se que o objeto do convênio deve estar adstrito à legalidade como passível de ser perseguido de maneira colaborativa ou cooperativa entre a Administração Pública e o conveniado.<sup>138</sup> Deve ser possível de ser realizado, pois a Administração Pública não pode realizar um convênio entre entidades públicas para a construção de um hospital na Lua, visto que o objeto é impossível. Da mesma maneira, não pode celebrar um convênio com um objeto “guarda-chuva”, ou seja, genérico e que venha a

<sup>131</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 387. José dos Santos Carvalho Filho não realiza a distinção nos termos do Celso Antônio Bandeira de Mello, pois para ele objeto “é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 104). No mesmo sentido, vide Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual não efetua qualquer distinção entre objeto e conteúdo (DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 216), bem como Odete Medauar (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 140).

<sup>132</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68.

<sup>133</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 367.

<sup>134</sup> ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação do ato administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 31 e seg..

<sup>135</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol I. 10. Ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 537-538.

<sup>136</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 217.

<sup>137</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 70.

<sup>138</sup> Por exemplo, não pode a Administração Pública fazer um convênio em que o objeto seja a delegação de uma competência indelegável.

abarcam várias obrigações, haja vista a sua fluidez e indefinição.<sup>139</sup> Quanto à finalidade pública, desnecessários maiores comentários, visto que a falta de fim público a ser colimado no objeto de um convênio considera-se como falha de inexistência do ato administrativo, e não vício de validade.

O segundo pressuposto de existência é a imprescindibilidade de o convênio ter sido celebrado no exercício e pertinência à função administrativa. Não pode o Poder Público, por intermédio dos seus agentes públicos, fazer um ato administrativo convenial estranhamente ao exercício da função administrativa. Ou seja, é impreterível que o convênio seja pertinente ao exercício da função administrativa. Caso o ato (convênio) tenha sido celebrado em razão de situação estranha à função administrativa ou não possua objeto, então não estar-se-á frente a um ato administrativo.<sup>140</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, inclusive, justifica que “se o ato não for imputável ao Estado, no exercício da função administrativa, poderá haver ato jurídico, mas não haverá ato administrativo.”<sup>141</sup> No mesmo sentido, André Luiz Freire aponta que ato administrativo é o ato jurídico praticado no exercício de função administrativa, logo a função sempre deverá estar presente em todos os atos administrativos.<sup>142</sup> Destarte, não se visualiza possível a celebração de um convênio administrativo que seja impertinente à função administrativa, isto porque não haverá convênio, haja vista a inexistência de ato administrativo.

Já os pressupostos de validade são divididos em: a) pressuposto subjetivo (sujeito); b) pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais); c) pressuposto teleológico (finalidade); d) pressuposto lógico (causa); e e) pressupostos formalísticos (formalização)

O *pressuposto subjetivo* refere-se à competência do agente público e do conveniente para a celebração do convênio. É notoriamente inválido o convênio realizado por autoridade incompetente. Não pode uma autoridade pública sem a competência, originária ou

---

<sup>139</sup> Inclusive, a título de paradigma, o Tribunal de Contas da União no âmbito da análise dos contratos administrativos já sumulou a necessidade de definição precisa do objeto licitado, a fim de evitar contrato guarda-chuva, consoante se desprende da Súmula 177: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

<sup>140</sup> PONDÉ, LAFAYETTE. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 131.

<sup>141</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 388.

<sup>142</sup> FREIRE, André Luiz. **Manutenção e Retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.44.

delegada,<sup>143</sup> assumir obrigações em nome da Administração Pública. Como bem assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “No Direito Administrativo não basta a capacidade, é necessário também que o sujeito tenha competência”<sup>144</sup> e, neste patamar, Caio Tácito adverte que “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo as normas do Direito.”<sup>145</sup> Diogo Figueiredo Moreira Neto inclusive qualifica a competência como a pedra angular da teoria geral do ato administrativo haja a vista a sua relevância no exame dos atos.<sup>146</sup> Convém relatar que a competência deve ser atual e vigente no momento da celebração do convênio, não bastando que o agente público tenha tido competência ou venha a possuir posteriormente à data da feitura do ato administrativo em voga. Sobre o assunto, Régis Fernandes de Oliveira demonstra de forma cristalina que “sem a existência de um sujeito competente não se pode falar em ato administrativo válido. Se alguém incompetente pratica um ato, embora possa ele produzir efeitos, poderá vir a ser anulado, por vício de competência.”<sup>147</sup> Inclusive, de modo didático, o autor exemplifica que: “se para a punição de um policial militar apenas tiver competência para demiti-lo o Comandante-Geral da Polícia Militar, outro oficial qualquer, por mais graduado que seja, não poderá, validamente, emitir o ato.”<sup>148</sup> No mesmo diapasão, Lafayette Pondé esclarece que o vício do sujeito estará presente sempre que o sujeito não pertencer à Administração Pública ou dela ser integrante, porém não competente para o ato em si.<sup>149</sup> Corroborando com esta diretriz, Diógenes Gasparini assinala que ao analisar a competência, deve-se perquirir a “competência da pessoa jurídica, a quantidade de atribuições do órgão, se o sujeito produtor do ato estava ou não impedido de praticá-lo (gozo de licença, cumprindo pena de suspensão) e se sua vontade foi manifestada sem vícios (coação).”<sup>150</sup>

<sup>143</sup> Sobre a delegação, Romeu Felipe Bacellar Filho esclarece que “em não havendo impedimento legal e não sendo exclusiva a competência, o agente pode transferir atribuições a subordinado hierárquico, gerando o que se denomina delegação de competência. Pode ocorrer, também, que um agente hierarquicamente superior chame a si atribuições de subordinados, implicando tal atitude a denominada avocação, conforme autorização, por exemplo, contida nos arts. 11 e 12 da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67).

<sup>144</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 213.

<sup>145</sup> TÁCITO, Caio. **O abuso de poder administrativo no Brasil**. Rio de Janeiro, 1959, p. 27.

<sup>146</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 155.

<sup>147</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

<sup>148</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

<sup>149</sup> PONDÉ, LAFAYETTE. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 132.

<sup>150</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 63-64. Sobre a verificação da competência, Odete Medauar explica que ela deve ocorrer em três pontos, sobretudo: “a) matérias incluídas entre suas atribuições, levando-se em conta o grau hierárquico e possível delegação (competência *ratione materiae*); b) âmbito territorial em que as funções são desempenhadas (competência *ratione loci*), de muita relevância num Estado Federal; c) limite de tempo para o exercício das atribuições, com início a partir da investidura legal e término na data da demissão, exoneração, término do mandato, falecimento, aposentadoria,



O motivo, como *pressuposto objetivo*, denota a circunstância fática que consubstancia a realização do convênio. Edmir Netto de Araújo anota que motivo “é o que provoca o impulso volitivo que condicionará a formação do ato, sua execução e sua eficácia, porque a Administração só pode agir de acordo com o interesse público, conforme a lei determina ou permite.”<sup>151</sup> Diogo Figueiredo Moreira Neto conceitua o motivo como o “pressuposto de fato e de direito que determina ou possibilita a edição do ato administrativo.”<sup>152</sup>

Quanto à relevância deste pressuposto, Romeu Felipe Bacellar Filho compara o motivo no ato administrativo ao tipo no Direito Penal ou à hipótese de incidência no Direito Tributário, o que per si dispensa maiores comentários sobre a sua importância.<sup>153</sup> No convênio administrativo, o pressuposto em tela deve ser o(s) fato(s) que determina(m) à Administração Pública realizar um convênio administrativo com outrem que possua interesse comum na consecução dos objetivos por ela tracejados. É claro que quando se menciona nos objetivos tracejados pela Administração Pública, estes deverão nortear-se e estar em consonância com o interesse público. Não poderá a Administração, por intermédio do agente público, conjecturar e formalizar um convênio administrativo que destoe do interesse público, sob a pecha de enquadrar-se em um convênio inválido.

Salienta-se que, em sede de convênios, não existem motivos previamente prescritos na lei que determinam o dever de a Administração Pública conveniar, visto que tal possibilidade centra-se na avaliação da autoridade competente acerca da presença de oportunidade e/ou conveniência de acordo com as normas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro. O juízo discricionário estará focado na indagação se o objeto do convênio é pragmático (sob a concepção da utilidade e necessidade) que seja desenvolvido com o auxílio de um terceiro, conveniente?<sup>154</sup> Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a atuação discricionária é “quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.”<sup>155</sup> Entrementes, convém ressaltar que

---

revogação da delegação, etc.. (competência *ratione temporis*.)” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 139).

<sup>151</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 453.

<sup>152</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 157.

<sup>153</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68.

<sup>154</sup> Alerta-se que inexistente liberdade à Administração Pública na prestação dos serviços e das atividades preceituadas pela ordem jurídica como de sua incumbência, mas sim discricionariedade em fazer ou não os convênios.

<sup>155</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 67.

discricionarietà<sup>156</sup> não é sinônimo de “liberdade”<sup>157</sup> ou arbitrariedade. Como bem exposto por Juarez Freitas, a escolha discricionária da autoridade deve “acontecer no quadro das fundamentações ou justificativas racionalmente universalizáveis, de sorte que o administrador resulta obrigado a optar pela melhor fundamentação decisória.”<sup>158</sup> Nesta vertente, a opção por parte do administrador deve ser efetuada com base nos princípios e regras do sistema jurídico.<sup>159</sup> Isto é, os atos discricionários são vinculados e por tal razão alguns autores qualificam atos discricionários vinculados<sup>160</sup> ou dizem que os atos discricionários sempre terão fim vinculante.<sup>161</sup>

Sobre a opção efetuada pelo administrador público no ato discricionário, convém destacar que esta conduta é uma valoração das circunstâncias concretas e que tais geram o ato discricionário, o qual por sua vez culmina um caráter constitutivo aos terceiros.<sup>162</sup> Como se visualiza, a necessidade de convênio pela Administração Pública é deveras relevante e, portanto, cabe-lhe, em suma, exteriorizar ao mundo jurídico a circunstância fática superveniente que impulsionou o agir administrativo.<sup>163</sup>

<sup>156</sup> A título complementar, impende assinalar que Celso Antônio Bandeira de Mello critica a definição de discricionarietà, pois para o referido jurista não é o ato que é discricionário, e sim o exercício da competência enseja uma certa discricionarietà. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 422).

<sup>157</sup> José dos Santos Carvalho Filho acentua que a moderna doutrina do Direito Administrativo não coaduna com a liberdade absoluta nos atos discricionários, sendo que estes devem estar em conformidade com o fim legal. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 125).

<sup>158</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 219.

<sup>159</sup> Para Juarez Freitas, a conduta do administrador diante de atos discricionários sempre será vinculada aos princípios constitutivos do sistema. Por este raciocínio, o autor aponta que: “o administrador público, nos atos discricionários vinculados, emite juízos decisórios de valor, no encaixe da máxima concretização dos valores projetados pelo sistema jurídico, antepondo uma preferência sem contraposição com a finalidade principiológica do Direito.” O mesmo autor, em outra oportunidade, exprime ainda que não é discricionarietà a zero, “mas de ato com manifesta vinculação a princípios.” (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 233, 273).

<sup>160</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 233. Em sentido análogo, Gustavo Binbenbajm descreve que os atos administrativos podem ser: “(i) vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo alto grau de vinculação à juridicidade; (ii) vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo grau intermediário de vinculação à juridicidade; (iii) vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), exibindo baixo grau de vinculação à juridicidade.” (BINENBOJIM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 18).

<sup>161</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 423.

<sup>162</sup> KNOERR, Cibele Fernandes Dias Knoerr e KNOERR, Fernando Gustavo. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord). **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 268.

<sup>163</sup> Sobre o assunto, alvitra-se da posição de João Antunes dos Santos Neto ao escrever sobre o limite e o controle da discricionarietà administrativa (SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.83-95), bem como vale referendar os artigos específicos sobre discricionarietà técnica de Sérgio Guerra e Maria Sylva Zanella Di Pietro (GUERRA,

No tocante ao motivo, deve-se ainda ressaltar que a descrição de um motivo falso ou inexistente gera indubitavelmente a invalidade do ato administrativo. Para tanto, há a teoria dos motivos determinantes, a qual reza que “os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente.”<sup>164</sup> Por conseguinte, a inexistência do(s) fato(s), a falta de veracidade do(s) fato(s) ou o enquadramento errado dos fatos às normas geram a invalidade do ato.<sup>165</sup> Os Tribunais Pátrios adotam a teoria dos motivos determinantes para declarar a nulidade dos atos administrativos emanados com vícios no pressuposto objetivo do motivo, conforme se comprova pela decisão do Superior Tribunal de Justiça carreada:

Ao motivar o ato administrativo, a Administração ficou vinculada aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí aplicação a denominada **teoria dos motivos determinantes**, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Expostos os motivos, a validade do ato fica na dependência da efetiva existência do motivo. Presente e real o motivo, não poderá a Administração desconstituí-lo a seu capricho. Por outro lado, se inexistente o motivo declarado na formação do ato, o mesmo não tem vitalidade jurídica.<sup>166</sup>

Enfatiza-se ainda que motivo não é sinônimo de motivação, consoante expõe Marçal Justen Filho ao dizer que motivação atina-se à forma do ato administrativo e significa a exposição formal do motivo; por sua vez o motivo configura-se como o processo mental interno ao agente que pratica o ato. Por isso, o autor alerta que a “motivação consiste na exteriorização formal do motivo, visando a propiciar o controle quanto à regularidade do ato. Para ser mais preciso, a motivação consiste na exposição por escrito da representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a

---

Sérgio. Discricionariade administrativa – Críticas e propostas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, janeiro/fevereiro/março de 2010. Disponível na internet <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf> . Acesso em: 04 de agosto de 2010; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella . Discricionariade técnica e discricionariade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 09, fevereiro/março/abril de 2007. Disponível na internet <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em: 04 de dezembro de 2010.

<sup>164</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 138-139.

<sup>165</sup> Ruy Cirne Lima classifica como a inexistência material ou a inexistência legal, sendo que ambas geram a nulidade de pleno direito do ato administrativo. A inexistência material acontece quando os fatos supostamente embasadores à feitura do ato inexistem ou são diversos do que foi descrito; já a inexistência legal ocorre quando não existe o fundamento legal alegado para a realização do ato administrativo. (LIMA, Ruy Cirne. **Princípio de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 257).

<sup>166</sup> RMS 10.165/DF, 6.ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 04/03/2002. Além do julgado transcrito, arrolam-se a título complementar outros julgados na mesma toada: (AgRg no REsp 670453/RJ, Rel. Min. Celso Limongi, DJe 08/03/2010; RMS 20565/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 21/05/2007; REsp 708030/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 21/11/2005; REsp 725537/RS, DJ 01/07/2005, Rel. Min. Felix Fischer).

agir em determinado sentido.”<sup>167</sup> No caso dos convênios, a motivação geralmente aparece por intermédio dos “considerandos” que servem de baliza para a feitura do ato convenial e significam a narrativa do motivo.<sup>168</sup> Alerta-se que não é condição de validade que a motivação esteja expressa no ato convenial, isto porque, nada impede que ela esteja inserida ou escrita no processo administrativo que deu azo ao convênio.

Roberto Dromi concebe a motivação como uma exigência do Estado de Direito, tanto que afirma que em princípio todo ato administrativo deve ser motivado e a sua ausência implica em vício de forma e, principalmente, vício de arbitrariedade.<sup>169</sup> Em igual sentido, Márcia Fratari Majadas expressa que a motivação dos atos administrativos decorre do princípio do Estado Democrático de Direito e que na Constituição brasileira vigente encontra amparo também nos princípios da tripartição dos poderes, da legalidade e da publicidade.<sup>170</sup> O Superior Tribunal de Justiça já possui julgado no sentido de que os atos administrativos devem possuir a devida motivação, independentemente da sua vinculação ou não.<sup>171</sup>

A título complementar, a motivação atualmente está estabelecida expressamente na Lei nº 9.784/99, texto normativo que disciplina o processo administrativo federal e que determina em seu artigo 50 que todos os atos administrativos deverão ser motivados.

Sobre o segundo *pressuposto objetivo*, os *requisitos procedimentais*, estes são necessários para a celebração de um convênio administrativo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os requisitos procedimentais “consistem em outros *atos jurídicos*, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um ato não pode

<sup>167</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 296. Luiz Alberto Blanchet, sobre motivação, enfatiza que “a congruência desse motivo com o motivo legal apontará para a legalidade da atuação do administrador.” (BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 90).

<sup>168</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67. Roberto Dromi descreve que a motivação está “*contenida dentro de lo que usualmente se denominam considerandos. (...) Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.*” (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 376).

<sup>169</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 377. Para o autor, somente ocorre a dispensa de motivação nos atos tácitos. Sobre a necessidade ou não de motivar todos os atos administrativos, vide Fernanda Marinela (MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 247-250) e Raquel Melo Urbano de Carvalho (CARVALHO, Raquel Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. Ed. Salvador: Editora Juspodium, 2009, p. 394-404).

<sup>170</sup> MAJADAS, Márcia Fratari. **Discricionariedade e desvio de poder em face de princípios constitucionais da Administração Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 106-107.

<sup>171</sup> “2. Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR/88). Esse controle, mormente nos atos discricionários, depende da devida motivação, como condição de sua própria validade.” (STJ, AgRg nos EDcl no RMS 17718 / AC, Rel. Min. Paulo Medina, julg. 11/04/2006).

ser praticado.”<sup>172</sup> Para a feitura de um convênio, é indispensável que a Administração Pública referende um plano de trabalho. Quando os convênios envolvem convenientes que sejam estranhos à Administração Pública,<sup>173</sup> é habitual que o pretense conveniente apresente um plano de trabalho ao Poder Público para que este analise a viabilidade de celebração de um convênio.<sup>174</sup>

Além do plano de trabalho, recomenda-se que a Administração Pública instaure um processo administrativo de forma similar aos termos do art. 38 da Lei nº 8.666,<sup>175</sup> podendo inclusive utilizar o referido dispositivo legal como paradigma para os convênios. A materialização do processo administrativo serve para resguardar e dar segurança à Administração Pública de possíveis questionamentos acerca dos atos produzidos, etc., bem como é imprescindível para a efetivação do controle.

Quanto ao *pressuposto teleológico (fim)*, este significa dizer que a “finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato.”<sup>176</sup> A finalidade do ato convenial deve ser o interesse público<sup>177</sup> para consubstanciar a conduta da Administração Pública em firmar um convênio para o alcance de certo objetivo. Ademais, o interesse público do convênio deverá ficar estampado no ato administrativo exarado pela autoridade competente, sob pena de restar viciado e, via de consequência, maculado de invalidade o ato em virtude da teoria do desvio

---

<sup>172</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396-397.

<sup>173</sup> Utiliza-se esta expressão “estranhos à Administração Pública” para identificar aqueles convênios formalizados com entidades privadas, diferenciando-se dos convênios efetuados entre órgãos ou entidades públicas.

<sup>174</sup> Sobre o assunto, Guilherme Henrique de La Rocqua Almeida expressa que: “Note-se que o interessado em receber transferências financeiras por meio dessa modalidade de avença deve encaminhar uma proposta ao órgão ou entidade pública respectiva.” (ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocqua. **Controle das transferências financeiras da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 117).

<sup>175</sup> “Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:”

<sup>176</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 397. Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve que fim ou finalidade pode ter dois sentidos diferentes: “(1) em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público: nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública; (2) em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 220).

<sup>177</sup> Acerca do interesse público e principalmente para afastar qualquer diminuição da superioridade do interesse público sobre o interesse privado, vide as seguintes obras: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 251-324; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Org.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2010; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010; BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. Belo Horizonte: 2007, p. 105-154; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 42-63.

de poder.<sup>178</sup> Márcio Cammarosano explicita que se o administrador estiver orientando-se por um fim pessoal, logo o agente está utilizando a competência para um fim ao qual não foi outorgada.<sup>179</sup> Da mesma forma, não é admitido que o agente público outorgado de competência utilize um determinado ato visando um fim inerente a outro ato administrativo. As duas situações suscitadas culminarão no desvio de finalidade.<sup>180</sup> Nas palavras de Marcello Caetano, o desvio de poder é “o vício que afecta o acto administrativo praticado no exercício de poderes discricionários quando estes hajam sido usados pelo órgão competente com fim diverso daquele para que a lei os conferiu ou por motivos determinantes que não condigam com o fim visado pela lei que conferiu tais poderes.”<sup>181</sup>

Desse modo, restará configurado o desvio de poder se a autoridade utilizar a feitura de um convênio para perseguir um determinado interesse egoístico, o qual não guarde serventia ao interesse público. Isto significa dizer que focar e colimar interesses escusos durante o exercício da função pública por intermédio do falso agasalho do interesse público é causa de nulidade do ato. Exemplificando para alijar qualquer dúvida acerca da teoria do desvio de poder, basta pensar que o Prefeito Municipal de Catapora do Oeste - autoridade competente - decide celebrar um convênio, sob o objeto de prestar assistência social aos moradores desfavorecidos da Zona Leste, com a Associação Beneficente da Minha Causa em razão de os diretores da respectiva entidade serem seus partidários, mesmo que as Zonas Oeste, Sul e Norte estejam muito mais aquém dos préstimos na seara da assistência social. Ora, nesta situação, infere-se claramente que a finalidade perquirida na atuação do Prefeito Municipal esquivava-se da finalidade pública e figura-se diante de um desvio de finalidade.<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> Marçal Justen Filho critica a asserção de que “todo administrativo é vinculado quanto aos fins, já que deve buscar a realização do interesse público”, isto pois, segundo o autor, tal afirmação não possui sentido lógico e configura-se como um mero jogo de palavras. Para o autor, “a finalidade teórica e abstrata de todo e qualquer ato administrativo é promover o bem comum” e como “bem comum” e “interesse público” são postulados abstratos e indeterminados, fica difícil transformá-los em conceitos operacionais e práticos para controlar o exercício do poder estatal. Por tais razões brevemente aqui expostas, o autor considera mais adequado utilizar “finalidades do ato administrativo”, nas quais se inserem as finalidades contempladas nas normas jurídicas e as finalidades concretamente eleitas pelo agente. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 341-342).

<sup>179</sup> CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 107.

<sup>180</sup> Diógenes Gasparini chama o caso de feitura de ato administrativo com interesse egoístico de desvio de finalidade genérico, já o caso de uso de um ato visando o fim inerente a outro, desvio de finalidade específico (GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 64).

<sup>181</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol I. 10. Ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 506.

<sup>182</sup> A título complementar, vale transcrever alguns exemplos significativos carreados por Ruy Cirne Lima sobre o desvio de finalidade: “1º) a motivação pessoal, o interesse privado, o espírito de vingança, o prazer de atormentar os desafetos políticos; 2º) a motivação puramente política, entendida no seu mau sentido, como é o caso de decisão destinada a desfavorecer ou eliminar um adversário político, tomada sob o manto aparente da legalidade; 3º) a motivação de favorecer um particular, em detrimento de outro cidadão; 4º) a instauração de

Impende ainda pontuar que finalidade e motivo não se confundem, como explica Marçal Justen Filho, o qual diz que “o motivo é a causa do ato administrativo” e por sua vez “a finalidade é a consequência por ele visada.”<sup>183</sup>

Já o *pressuposto lógico (causa)* importa, consoante André Gonçalves Pereira, na “relação de adequação entre os pressupostos do acto e o seu objeto”<sup>184</sup> ou, nos dizeres de Celso Antônio, atrela-se à “correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato.”<sup>185</sup> Diógenes Gasparini repisa que o “exame da causa acaba por permitir a análise dos motivos de qualquer ato administrativo, mesmo quando não indicados em lei, para verificar se estão em adequação lógica com a finalidade legal do ato editado.”<sup>186</sup> A causa possui uma enorme relevância nos casos concretos, visto que por meio da análise da causa e da sua correlação com o ato administrativo realizado é que se verifica se foram atendidos os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e, inclusive, da eficiência. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são normalmente usados quotidianamente no controle dos atos administrativos, isto porque, por intermédio da interpretação de tais vetores normativos, aprecia-se se o ato administrativo é coerente ante a circunstância fática que lhe deu ensejo.

O princípio da proporcionalidade deve ser entendido como, já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, “(...) uma das facetas da razoabilidade, revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade.”<sup>187</sup> Joel de Menezes Niebuhr ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, pondera que este determina e delimita a gradação, a potência e a intensidade dos atos administrativos.<sup>188</sup> J. J. Gomes Canotilho defende que o princípio da proporcionalidade ou chamado de princípio da proibição do excesso<sup>189</sup> segmenta-se em três

inquérito administrativo, sob a capa da legalidade, com a única finalidade de eliminar do serviço público um funcionário estável, que a autoridade maior considera como desafeto.” (LIMA, Ruy Cirne. **Princípio de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 265).

<sup>183</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340.

<sup>184</sup> PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ativa, 1962, p. 122.

<sup>185</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 400. O autor acrescenta o escopo da finalidade legal para a análise da causa do ato administrativo.

<sup>186</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 69.

<sup>187</sup> Superior Tribunal de Justiça, RESP 443.310-RS, Relator Min. Luiz Fux, DJU 3/11/2003.

<sup>188</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zenite, 2008, p. 625. Tal citação deve ser aproveitada em que pese a referida citação decorrer do momento em que aborda o princípio da proporcionalidade nas sanções administrativas.

<sup>189</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade, Raquel Denize Stumm expressa que “enquanto manifestação do princípio do estado de Direito, deve ser o princípio da proporcionalidade, além de material, procedimental, pois deve o Estado de Direito atender ao princípio da unidade e ao da concordância prática ao concretizar o conteúdo da Constituição.” (STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 121). Suzana enfatiza a matriz constitucional do referido princípio ao dizer que “o princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica

subprincípios: (i) princípio da conformidade ou adequação de meios; (ii) princípio da exigibilidade ou da necessidade e; (iii) princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Para o autor português, a presença e o respeito ao princípio da proporcionalidade, em síntese, ocorrerá se o ato analisado responder coerentemente as seguintes perguntas: Os meios utilizados para a feitura do ato analisado foram adequados ao fim proposto? O ato é necessário para a situação que lhe deu origem? Ante a equação entre meios e fins, o ato é a justa medida para a situação concreta.<sup>190</sup>

Já a razoabilidade, conforme apontado por Maria Paula Dallari Bucci, deve ser entendida como “mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom senso, aplicada ao Direito. Esse ‘bom senso jurídico’ se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra da lei, que o seu espírito.” A autora posteriormente comenta que a razoabilidade também serve como “uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito.”<sup>191</sup> Marcos Bittencourt elucida que em virtude da razoabilidade “não cabe à Administração Pública, mesmo existindo certa liberdade frente ao caso concreto (discricionariedade), decidir de modo irracional, ou seja, fora dos padrões de normalidade da sociedade.”<sup>192</sup>

Por estas razões, infere-se que é plenamente legítimo ao Poder Judiciário no controle dos atos administrativos apreciar a proporcionalidade e a razoabilidade da conduta da Administração em realizar um convênio.

Para finalizar os pressupostos de validade, vale destacar a necessidade de que o ato preencha o *pressuposto formalístico*. A formalização “é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado.”<sup>193</sup> Marcello Caetano assinala que se exige a formalidade “todo o acto ou facto, ainda que meramente ritual, exigido por lei para segurança da formação ou da expressão da vontade de um órgão de uma pessoa colectiva.”

---

brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito. É haurido principalmente da conjugação dos arts. 1º, III; 3º, I; 5º, caput, II, XXXV, e seus §§ 1º e 2º; 60, §4º, IV.” (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 212).

<sup>190</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266-270.

<sup>191</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, ano 04, n. 16, jul-set. 1996, p. 173.

<sup>192</sup> BITTENCOURT, Marcos Vinicius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 37.

<sup>193</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 403.



Sobre o assunto, não obstante a existência de diversas maneiras para a exteriorização de um ato administrativo, vale destacar que o art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666 prescreve que é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, as quais são compreendidas pela lei como aquelas que não ultrapassam o valor de R\$ 4 mil reais. Ciente desta norma em conjunto com o art. 116 da mesma lei, conclui-se que os convênios também devem ser firmados na forma escrita, inclusive pela própria segurança jurídica da Administração Pública como gestora do interesse público primário ou, como dito por Marcello Caetano, o registro possui o escopo de garantia a certeza dos efeitos jurídicos decorrentes do ato<sup>194</sup>. Tanto é assim que o artigo 9º, § 2º, da Instrução Normativa nº 01/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional expressamente prevê que os convênios deverão ser escritos. Entoa-se favorável à forma escrita principalmente para uma maior efetividade no controle dos atos administrativos por qualquer espécie de controle (externo ou interno).

Vale destacar que a forma não se confunde com a formalização, como bem exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello o qual a define como o “modo específico de apresentação da forma”,<sup>195</sup> bem como nas palavras de Diógenes Gasparini, o qual comenta a formalização como “uma dada solenização requerida para o ato.” Gasparini inclusive exemplifica o vício de formalidade com a desapropriação ao dizer que haverá mácula no caso de a declaração expropriatória não for concretizada via decreto, conforme determina o Decreto-lei nº 3.365/41.<sup>196</sup>

Sobre importância da diferença entre forma e formalidade, tal está na questão da convalidação de algum ato viciado, pois o ato viciado de forma gera a invalidação, já o ato desprovido de alguma formalidade poderá, de acordo com o caso, ensejar a convalidação.<sup>197</sup> Acerca do assunto, Romeu Felipe Bacellar Filho explica que, se o descumprimento de formalidade não afetar a esfera de direitos e garantias individuais e não influenciar a certeza e

---

<sup>194</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1991, p. 470, 472.

<sup>195</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.403.

<sup>196</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65.

<sup>197</sup> De forma diversa, Odete Medauar não realiza qualquer diferença entre a forma e a formalização, tanto que compreende que: “Na verdade, forma do ato administrativo engloba tanto os modos de expressar a decisão em si quanto a comunicação e as fases preparatórias, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independentemente do conteúdo. Nessa linha, alguns autores denominam formas internas os aspectos do corpo ou texto do ato em si, como assinatura, data, forma escrita; e formas externas, os aspectos exteriores ao corpo ou texto, como as medidas preparatórias, a publicação.” (MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 140). No mesmo sentido, Roberto Dromi expressa que “*por forma se entiende el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa. Es decir, el modo de exteriorización de la voluntad administrativa.*” (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 374).

a segurança do seu conteúdo, poderá ser irrelevante para a validade do ato e, via de consequência, passível de convalidação.<sup>198</sup>

Nos convênios administrativos existem algumas formalidades que deverão ser atendidas, como, por exemplo, no âmbito federal que prevê a necessidade de: (i) o conveniente ser cadastrado no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SINCOV (Art. 3º, do Decreto nº 6.170); o preâmbulo do instrumento de convênio conter a numeração seqüencial no SINCOV, a qualificação completa dos partícipes e a finalidade (art. 29 da Portaria Interministerial nº 127/08); (iii) assinatura dos partícipes e de duas testemunhas devidamente qualificadas (art. 10º da Instrução Normativa da Secretaria de Tesouro Nacional nº 01/1997), dentre outras.

Desta feita, a partir da classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se aferir e controlar todos os elementos e pressupostos do ato convenial, ajudando assim no seu controle.

---

<sup>198</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 68.

## 1.5 As características dos convênios administrativos e suas diferenças com os contratos administrativos

Os convênios administrativos possuem a natureza jurídica de atos administrativos, consoante explicação alinhavada no item 1.3, e têm um regime jurídico diverso dos contratos administrativos, haja vista a presença de diversas características próprias, razões que por si determinam as distinções entre tais ajustes.<sup>199</sup> Sobre o assunto, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ao analisar os contratos inter-orgânicos ou inter-administrativos, nos quais estão inseridos os convênios administrativos, aponta que estes possuem os mesmos elementos das demais categorias de contratos administrativos, salvo: os requisitos de conteúdo ou prazo, uma vez que atende à capacidade dos pactuantes; o interesse manifesto e o limite dos efeitos quanto à participação das partes; bem como distingue-se em razão do regime jurídico e face à dependência permanente e recíproca entre os convenientes, logo são dispensáveis o processo licitatório e as sanções administrativas.<sup>200</sup> Ora, como se visualiza pelo saudoso jurista paranaense existem grandes diferenças, desde o regime jurídico até as próprias características entre os mencionados ajustes, logo não se pode aquinhoá-los como espécies de um mesmo instituto. Nesta diretriz, para descrever as características peculiares aos convênios administrativos, inicialmente transcrever-se-á de forma perfunctória o que é um contrato administrativo e quais são as suas peculiaridades para que ulteriormente possa vislumbrar de maneira mais evidente a elevada distância existente entre tais acordos ou ajustes administrativos.<sup>201</sup>

Os contratos administrativos são *“aquellos contratos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la*

---

<sup>199</sup> Salienta-se que existem juristas que discordam da diferenciação, como José Abreu Filho que recorre ao italiano Santoro-Passarelli, ao dizer 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.” (ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 78).

<sup>200</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 249. Lembra-se que o autor versa sobre convênios entre órgãos, poderes e entidades da Administração Direta e Indireta, nada discorrendo sobre os convênios entre a Administração e um particular.

<sup>201</sup> Considera-se ajuste ou acordo administrativo a designação mais genérica para qualquer espécie de parceria (inclusos os convênios) ou contrato administrativo.

*administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta.”*<sup>202</sup> No mesmo intento, Roberto Dromi aduz que a caracterização do contrato administrativo se dá em razão: “a) *del objeto del contrato, es decir, las obras y los servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración; b) de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y c) de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución.*”<sup>203</sup> Por sua vez, o regime jurídico do contrato administrativo é marcado pelo formalismo, pelas prerrogativas da Administração Pública (desigualdade jurídica entre as partes contratantes e as cláusulas exorbitantes), direitos e obrigações personalíssimas e efeitos perante terceiros.<sup>204</sup> De forma idêntica, Jean Rivero elenca três características dos contratos administrativos: as partes do contrato, pois somente é contrato administrativo se uma das partes é uma pessoa coletiva de direito público; o objeto do contrato, este deve estar atrelado à própria execução do serviço público; as cláusulas do contrato deverão confiar um objeto à execução do serviço a um particular com a existência de cláusulas exorbitantes ao direito comum.<sup>205</sup>

Após as explicitações, pode-se inferir que as cláusulas exorbitantes representam uma característica essencial dos contratos administrativos e podem ser delimitadas como “todas as que excedem do direito privado, para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao particular contratante.”<sup>206</sup> As referidas cláusulas demonstram as

<sup>202</sup> ESCOLA, Hector Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 614. Hector Escola demarca os atos conveniais, denominados pelo jurista estrangeiro como atos convencionais, “*por resultar de dos o más voluntades que concurren al logro de un fin coincidente y resultan casi siempre de la acción conjunta de dos o más entidades administrativas, que reglan así una actividad común*”, diferenciando-se dos contratos, os quais “*en cambio, se generan cuando la administración llama al acuerdo a los particulares, dándose lugar de ese modo a un acto de voluntad común, por el cual ambas partes reglan sus derechos y obligaciones, y estos contratos, en los cuales la administración tiene siempre en mira el logro de una finalidad de interés público, son los llamados contratos administrativos.*” (ESCOLA, Hector Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 600).

<sup>203</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 474-475.

<sup>204</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 483-486.

<sup>205</sup> RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Dr. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p.133-137. A título complementar, vale frisar que outros juristas também qualificam a existência das cláusulas exorbitantes como diferenciais aos demais contratos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 604 e s.; MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 187 e s.; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 219 e s.; DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 273 e s.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 131 e s.; ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 75-76).

<sup>206</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 187. A título complementar, salienta-se que Fernando Vernalha Guimarães estendeu em seu

prerrogativas inerentes à Administração Pública na perquirição do interesse público primário, sendo que são estereotipadas para aplicar a relação de desigualdade entre as partes. Segundo expõe Roberto Dromi, a origem desta diferenciação “*tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.*”<sup>207</sup> Por tais razões que o ordenamento jurídico pátrio prescreve as seguintes cláusulas, consoante o artigo 58 da Lei nº 8.666: (i) alteração unilateral do contrato administrativo; (ii) a inoponibilidade do princípio “*exceptio non adimpleti*”; (iii) rescisão unilateral; (iv) aplicação de sanções administrativas; (v) ocupação temporária e (vi) dever de fiscalização contratual.<sup>208</sup>

Doutro lado, de forma diametralmente oposta aos contratos, os convênios são marcados pela consensualidade e pelo interesse associativo entre os partícipes para o alcance de um objeto em comum. Enquanto paira a desigualdade entre as partes no contrato, nos convênios prevalece a igualdade entre os partícipes, dentre outras características.<sup>209</sup> Desse modo, inequívoca é a existência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, sendo que tais não se encontram presentes nos convênios. Inclusive, por ser um instrumento de consensualidade, não se pode admitir, exemplificativamente, a alteração unilateral das obrigações contraídas num convênio administrativo face à paridade entre os partícipes, bem como a inoponibilidade da regra da exceção do contrato não cumprido até porque não se trata de contrato. Salienta-se que a impossibilidade de cláusulas exorbitantes não significa que tais instrumentos não obedeçam ao regime jurídico administrativo.<sup>210</sup>

Quanto ao dever de fiscalização, esta não é uma regra exclusiva do contrato administrativo, mas sim da atuação administrativa. Em qualquer ato administrativo, deverá a Administração Pública fiscalizar os recursos públicos e todas as atividades que sejam de interesse público primário, até porque ela tem a função de administrar, segundo a clássica

---

livro a necessidade de uma releitura do termo “cláusula exorbitante” tendo em vista a impropriedade técnica de conceituá-la como cláusula. Segundo o autor, “a noção de cláusula exorbitante, como elemento constitutivo do contrato administrativo é a de algo implícito ao pacto e que mesmo que não externado há de ser assumido pelas partes como norma. Não é a causa do contrato administrativo, mas um de seus efeitos. Todo contrato administrativo está regulado por um regime jurídico exorbitante, o qual contempla determinadas cláusulas exorbitantes, que nada mais são do que efeito da imposição de normas jurídico-públicas injuntivas. Jamais cláusulas contratuais, no sentido que lhes empresta o Direito. Constituem, em suma, poderes jurídico-públicos.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105).

<sup>207</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 484.

<sup>208</sup> Sobre o enquadramento do contrato administrativo em direitos estrangeiros, vide José Luis Esquivel (ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina. 2004, p. 27-63)

<sup>209</sup> HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios administrativos – anotações. **Revista JAM Jurídica Administração Municipal**. Salvador, ano IV, n. 08, ago/99, p. 28.

<sup>210</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 662.

lição de Ruy Cirne Lima, “é a atividade do que não é proprietário – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado.”<sup>211</sup> Ou seja, independente de previsão expressa em alguma norma jurídica, a Administração Pública deverá pautar a sua conduta sempre ciente da sua missão, mera gestora dos interesses da coletividade. Da mesma forma, a questão da ocupação temporária também não se revela como um diferencial, pois nada impede, independentemente de vínculo contratual, que a Administração Pública ocupe temporariamente ou até efetue a requisição de um bem para o provimento de algum interesse público.<sup>212</sup> As sanções administrativas também são inaplicáveis aos convênios, o que não representa dizer a impossibilidade de ser convencionada uma cláusula penal.

No que tange às características dos convênios administrativos, recorre-se aos critérios esposados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quais sejam: interesse comum entre os partícipes o que diferencia os convênios dos contratos; a necessidade de objetivos institucionais comuns entre os partícipes; a busca de um resultado comum entre os partícipes; a existência de mútua colaboração; as vontades se somam e atuam paralelamente para alcançar interesses e objetivos comuns; a existência de partícipes, e não partes e ausência de vinculação contratual para determinar a permanência obrigatória dos partícipes.<sup>213</sup>

Dentre estas características, a principal imanente aos convênios administrativos é indubitavelmente a existência de os interesses *no objeto do convênio* serem comuns e convergentes aos partícipes. Repisa-se que não se fala em interesses comuns entre os partícipes de forma genérica, pois pode haver inclusive interesses diversos e não necessariamente comuns entre os partícipes, haja vista que os interesses de um sujeito de direito não se esgotam em uma ou duas vertentes, mas geralmente em vários fins. Assim, pode-se dizer que os convênios são marcados pelos interesses convergentes, coincidentes e comuns, enquanto os contratos orientam-se pelos interesses diversos e opostos, entabulam-se como uma marca de incontroversa distinção entre os institutos, a qual sempre é baseada nas lições de Hely Lopes Meirelles.<sup>214</sup> O Tribunal de Contas da União também ecoa tal raciocínio,

---

<sup>211</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41.

<sup>212</sup> Marçal Justen Filho define tais institutos: “Ocupação temporária consiste no apossamento, mediante ato administrativo unilateral, de bem privado para uso temporário em caso de iminente perigo público, com o dever de restituição no mais breve espaço de tempo e o pagamento de indenização pelos danos eventualmente produzidos. (...) A requisição de bens consiste numa modalidade especial de ocupação temporária de bens, fundada no artigo 5º, XXV, da CF/88, que se verifica quando um bem, necessário à satisfação de situação de urgência, é consumível por natureza.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 608-610)

<sup>213</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 247 e 248.

<sup>214</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 337-338.

inclusive descrevendo expressamente em seu Manual de Orientações Básicas que “no contrato, o interesse das partes é diverso. Interessa a Administração a realização do objeto contratado e ao particular o valor do pagamento correspondente. Há sempre contraprestação, vantagem ou benefício pelo objeto avençado. No convênio, o interesse das partes é recíproco e a cooperação mútua. As partes têm por finalidade a consecução de determinado objeto de interesse comum.”<sup>215</sup>

Sobre o assunto, enfatizando mais precisamente os convênios entre os entes federados e a União, Guilherme Henrique de La Rocque expressa que “essa comunhão de interesses resta demonstrada pela exigência de que os entes federados que celebrem convênios com a União desenvolvam programas próprios idênticos ou assemelhados àqueles programas federais cujas ações estão sendo descentralizadas.”<sup>216</sup>

O escopo dos interesses diversos e opostos nos contratos demonstra o caráter da comutatividade que significa a equivalência das prestações recíprocas ajustadas entre as partes, as quais devem ser compensadas durante o prazo contratual.<sup>217</sup> Já nos convênios inexistente a imperiosidade de equivalência entre as prestações dos partícipes, haja vista que perdura a consensualidade e principalmente a comunhão de esforços para o alcance do objeto que seja de interesse igual dos convenientes.<sup>218</sup>

Nesta associação dos interesses dos partícipes inclusive consubstancia a existência de uma “parte” somente no convênio como ato administrativo unilateral, pois independente de quantos sujeitos de direito venham a firmar o convênio todos devem estar numa mesma direção de finalidade a ser perquirida diante do objeto. Este é o motivo para que se denominem os convenientes de partícipes, e não partes como são chamados nos contratos.

Além disso, insta frisar que nos convênios os interesses são comuns e as vontades dos partícipes computam-se paralelamente e de maneira associativa para que o objeto de

---

<sup>215</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos** : orientações e jurisprudência do TCU /Tribunal de Contas da União. 4. ed. Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 836. Vide ainda as seguintes clássicas decisões do Tribunal de Contas da União: n. 686/1998 - Plenário e n. 278/1996 – Plenário.

<sup>216</sup> ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocqua. **Controle das transferências financeiras da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 115. No mesmo sentido, vide Lucas Furtado (FURTADO, Lucas. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 342).

<sup>217</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 182; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 191; TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**. 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 1400-1401; FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. **Contrato Administrativo**. Saraiva: São Paulo: 1981, p. 47-48.

<sup>218</sup> Pedro Durão denomina que nos convênios ocorre a convergência de esforços para o atendimento da finalidade pública, o que per se exterioriza o atributo cooperacional entre os partícipes. (DURÃO, Pedro. **Convênios e consórcios públicos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 92).

interesse comum seja alcançado, o que per si é diferente dos contratos, já que as vontades das partes contratuais conjugadas formam uma terceira vontade, a vontade contratual.

Outra característica dos convênios é a existência de mútua colaboração ou cooperação entre os partícipes. Conforme explicita Diogo Figueiredo, a distinção para a análise de “colaboração” ou de “cooperação” é feita de acordo com a natureza do terceiro conveniente, pois a cooperação sucede “quando as pessoas acordantes forem todas elas estatais ou paraestatais” e a colaboração diante da participação de particulares.<sup>219</sup> Isto é, caso o convênio seja firmado entre entidades ou órgãos da Administração Pública, visualiza-se um ato cooperativo, que pode inclusive ser denominado de cooperação federativa, no qual o convênio serve como instrumento. Já quando for entre um órgão ou uma entidade da Administração Pública e uma entidade privada, então se qualifica como um convênio colaborativo, já que o terceiro no afã de um interesse da coletividade celebra a parceria.<sup>220</sup> Tendo em vista o sinal associativo (cooperativo ou colaborativo) entre os partícipes, nos convênios inexistente a possibilidade de algum partícipe ser remunerado, tanto que Jessé Torres Pereira Júnior e Marines Restelatto Dotti descreve que “a ninguém move o intuito de receber um contraprestação remuneratória. A satisfação dos objetivos de interesse público, estabelecidos no plano de trabalho, é a finalidade necessária e suficiente almejada por todos.”<sup>221</sup> Marçal Justen Filho reitera que nos convênios “todas as entidades comparecem à avença na idêntica condição de perseguidoras do interesse público. Nenhuma delas intenciona obter lucro e a avença funciona como instrumento de utilização ótima dos recursos públicos. As prestações objeto do convênio, que cada parte assume o dever de realizar não se consubstanciam no que o outro contratante pretende obter ao realizar o convênio.”<sup>222</sup> Por esta

---

<sup>219</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 209.

<sup>220</sup> Edmir Netto de Araújo classifica de modo diverso, convênios de cooperação é quando todas as pessoas têm atividades preordenadas para o fim desejado e convênios de colaboração é quando as pessoas desempenham atividades-meio, preparatórias, auxiliares ou complementares da atividade estatal, para o objetivo comum. (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 690).

<sup>221</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. **Convênios e outros instrumento de Administração Consensual na Gestão Pública do Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 58. Thiago Marrara discorre que não é possível a pura remuneração objetivando o lucro, porém há a possibilidade de vantagens econômicas entre os convenientes. A vantagem econômica defendida pelo autor não necessariamente significa de forma pura ganho contábil, isto porque “todo ingresso financeiro é vantagem econômica, mas nem toda vantagem econômica se reduz a um ingresso financeiro, monetário.” Em seguida, o jurista exemplifica um convênio entre universidades públicas para a implantação de um programa de mestrado, logo o compartilhamento de professores, recursos humanos, biblioteca, centros de informação e informática são vantagens econômicas, que não necessariamente significam vantagens financeiras. (MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo, Universidade de São Paulo, Vol. 100, 2005, p. 555).

<sup>222</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista Trimestral de Direito Público** 15, 1996, p. 74-84, p. 82.



razão, o autor continua e esclarece que o “convênio não possui natureza sinalagmática, nem é instrumento de permuta de bens ou direitos”, até porque os partícipes atuam como provedoras do interesse público, associando seus esforços todos na condição de integrantes da Administração Pública, não pensando de maneira egoística e particular.<sup>223</sup>

O quesito da comprovação de tais interesses deverá ser demonstrado e constatado mediante os objetivos institucionais dos partícipes. Apreciando uma entidade privada sem fins lucrativos, deverá a Administração perquirir o seu ato constitutivo, a fim de analisar se os seus objetivos institucionais serão atendidos com a celebração do convênio. Para exemplificar e demonstrar o porquê deste exame, basta pensar que a Administração não deverá consentir e formalizar um convênio na área de assistência social com uma entidade que presta serviços de consultoria na área técnica de geologia. Entretanto, esta averiguação deve ser feita no âmbito da Administração Pública conveniente também, ou seja, deve-se apurar se o objeto do convênio preenche os elementos e os pressupostos do ato convencional, dentre tais, se guarda pertinência com a função administrativa e se atenderá ao interesse público, o qual deverá ser devidamente justificado (princípio da motivação) nos autos do processo administrativo que lhe dará guarida. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve alguns típicos casos de objetivos institucionais comuns:

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 interesse de ambas, ou para prestar serviços de competência comum a terceiros; é o que ocorre com os convênios celebrados entre Estados e entidades particulares tendo por objeto a prestação de serviços de saúde ou educação; é também o que se verifica com os convênios firmados entre Estados, Municípios e União em matéria tributária para coordenação dos programas de investimentos e serviços públicos, e mútua assistência para fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações.<sup>224</sup>

Quanto à busca de um resultado comum para os partícipes que deverá ser usufruído por eles, acredita-se que este critério não é encontrado em todo e qualquer convênio administrativo.<sup>225</sup> Quando se fala em resultados, estes surgem como efeitos para os partícipes. Por sua vez, os efeitos podem ser utilizados pelos partícipes de maneira diversa, tudo de acordo com o objetivo institucional de cada conveniente. Sob este argumento, poderá existir casos de convênios que não gerem benefícios diretos e imediatos aos partícipes, razão pela qual não se considera impreterível e como característica de qualquer convênio a existência de

---

<sup>223</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista Trimestral de Direito Público** 15, 1996, p. 74-84, p. 82.

<sup>224</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 247.

<sup>225</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 247.

frutos aos partícipes. Para repudiar qualquer dúvida sobre o assunto, basta pensar em convênios firmados pela Administração Pública Municipal com entidades privadas que sejam de interesse da coletividade, e não gerem qualquer benefício individual, inclusive, para fins de expertise posterior.

As questões das sanções administrativas e da permanência obrigatória dos partícipes durante o prazo de vigência são mais polêmicas.<sup>226</sup> Muitos estudiosos defendem que não é possível obrigar a permanência dos partícipes num convênio, significando assim a possibilidade de ser denunciado a qualquer momento.<sup>227</sup> O argumento centra-se na própria consensualidade do instituto, que representa a sua força motriz, logo não seria possível exigir e forçar que um conveniente permanecesse vinculado mesmo contra a sua vontade. Diogo Figueiredo destaca que não havendo mais o interesse na permanência do convênio poderá o partícipe denunciá-lo, então caso o ato complexo seja de efeitos bilaterais o ajuste será extinto, doutro lado se for multilateral permanecerá vigente para os demais. Segundo o autor, “a regra é de que ninguém poderá ser compelido a cooperar ou a colaborar contra sua vontade (como aplicação do brocardo *nemo potest cogi ad factum*).”<sup>228</sup> No entanto, Marçal Justen Filho acertadamente leciona que não é o fato de os convênios possuírem a harmonia de interesses entre os partícipes que se pode cancelar a retirada do partícipe de forma irresponsável, sendo indispensável a participação dos demais convenientes.<sup>229</sup>

Quanto às sanções em si, existem os defensores de que qualquer tipo de sanção é incompatível com os convênios, desde cláusulas penais, garantias ou arras.<sup>230</sup> Todavia, não

<sup>226</sup> Quanto ao prazo de vigência, entende-se que os convênios não estão adstritos à regra do artigo 57 da Lei n. 8.666/1993, todavia não podem ser formalizados com data de vigência indeterminada. Tal raciocínio ampara-se na segurança jurídica e no controle dos atos administrativos. Neste sentido, vide: Leon Fredja (SKALOWSKY, Leon Fredja. Convênios, consórcios administrativos, ajustes – outros instrumentos congêneres. **Boletim de Direito Municipal**. São Paulo: NDJ, ano 11, nov/2000, p. 705-708, p. 706) Guilherme Almeida (ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocqua. **Controle das transferências financeiras da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 162)

<sup>227</sup> Cf. SKALOWSKY, Leon Fredja. Convênios, consórcios administrativos, ajustes – outros instrumentos congêneres. **Boletim de Direito Municipal**. São Paulo: NDJ, ano 11, nov/2000, p. 705-708, p. 706; MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo, Universidade de São Paulo, Vol. 100, 2005, p. 555; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 676; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 293 e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 398.

<sup>228</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 238.

<sup>229</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 406.

<sup>230</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 338-339; ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 690; MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo, Universidade de São Paulo, Vol. 100, 2005, p. 555; HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios administrativos – anotações. **Revista JAM Jurídica Administração Municipal**. Salvador, ano IV, n. 08, ago/99, p. 29.

parece que este seja o melhor entendimento. Nada impede que se insira uma cláusula penal no termo de convênio, a fim de que àquele partícipe que denuncie e se retire antes do término do prazo de vigência seja responsabilizado. Isto porque, a cláusula penal, conforme exposto pelo civilista Silvio Rodrigues, serve como reforço à obrigação principal e representa um sucedâneo, pré-avaliado, das perdas e danos devidos pelo inadimplemento.<sup>231</sup> Não parece justo que o objeto do convênio, o qual está arraigado ao interesse público, reste frustrado em razão da saída, por exemplo, de um partícipe por uma mera voluntariedade. Neste ponto, Gustavo Justino de Oliveira ressalta que “os convênios podem sim instituir obrigações recíprocas, e não unicamente estabelecer unilaterais para o conveniente e o conveniado.” Inclusive, o jurista questiona ironicamente qual a razão de firmar um acordo se a qualquer momento ele pode ser rompido sem responsabilidade.<sup>232</sup> Neste compasso, endossa-se a opinião do autor e ainda aventam-se outras indagações, que ideal colaborativo ou cooperativo estará presente numa parceria que pode ser rompida de forma destemperada a qualquer momento e qual a segurança aos partícipes de uma relação convencional numa parceria que a qualquer momento pode ser denunciada e sem sanção?

Até porque, como discorrido por Alzemer Martins, “se entidades não estatais podem ser beneficiadas pelo fato de receberem subvenções do poder público, não obsta que, desobedecendo aos princípios e regras que condicionaram tais despesas, sofram sanções a serem previstas no instrumento do convênio.” O raciocínio exposto não se afasta do influxo das normas de direito público.<sup>233</sup> Concorda-se com a necessidade de cláusula penal para a retirada do convênio principalmente quando se tratar de uma denúncia vazia (sem qualquer motivação), para acautelar a Administração Pública ou até o convenete de possíveis prejuízos na persecução do interesse público.

Posto isso, conquanto se possa juntar ou aproximar os convênios e os contratos como espécies de acordos administrativos,<sup>234</sup> infere-se que cada qual possui diversas características próprias, bem como um regime jurídico pertinente e específico.

---

<sup>231</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte geral das obrigações. Vol. II. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 83.

<sup>232</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 213-259, p. 248.

<sup>233</sup> MARTINS, Alzemer. Convênios – legítimos meios de fomento e delegação administrativa ou fossos de irregularidade? **Revista JAM Jurídica Administração Municipal**. Salvador, ano IV, n. 11, nov/99, p. 21.

<sup>234</sup> SKALOWSKY, Leon Fredja. Os convênios administrativos **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 80, jul/1991, vol. 669, p. 39-46, p. 44; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 251.

## 1.6 O fundamento constitucional para a competência legislativa sobre convênios administrativos

A competência federativa para legislar sobre convênios administrativos é assunto indissociável e de ímpar relevância para a identificação do regime jurídico aplicável aos mesmos. A Constituição da República Federativa de 1988 estabeleceu as competências materiais e legislativas de cada ente, as quais estão prescritas mais precisamente nos artigos 21, 22, 23, 24, 25 e 30. Nos aludidos dispositivos constitucionais estão compreendidas as competências materiais e as competências legislativas. Sobre a diferença entre tais, recorre-se aos ensinamentos de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior que descrevem as hipóteses de competência material ou administrativa como as hipóteses em que se atribui ao Poder Público o poder-dever de realizações de índole político-administrativa, diferindo-se da capacidade legiferante.”<sup>235</sup>

Quanto à competência legislativa da União, insta destacar o artigo 22, inciso XXVII, o qual estabelece que compete à União legislar privativamente sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios,<sup>236</sup> obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III. A partir desta prescrição constitucional, aventa-se a grande celeuma se os convênios estão ou não albergados por esta regra de competência.<sup>237</sup>

Em primeiro lugar, vale lembrar que o tema da constitucionalidade da legislação de licitação não é um assunto novo. Segundo Adilson Abreu Dallari, a Constituição da República Federativa de 1988 contribuiu para afastar as controvérsias que existiam anteriormente acerca da competência legislativa da União quanto às licitações e contratos administrativos, mais precisamente quando se debatia acerca da legalidade de as licitações serem regulamentadas por um Decreto-lei haja vista que a Constituição de 1967 e a Emenda

---

<sup>235</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272.

<sup>236</sup> No presente estudo utilizar-se-á as distinções entre competência privativa e competência exclusiva, adotando o constitucionalista José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 481). De forma diversa, vide por exemplo Fernanda Dias Menezes (MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 87), a qual defende que inexistente qualquer diferença entre as expressões competência privativa e competência exclusiva.

<sup>237</sup> A Constituição Federal de 1988 segmenta os critérios de repartição de competências em dois: horizontal e vertical. O horizontal é representado pela definição das competências privativas ou exclusivas, já o vertical as competências podem ser simultaneamente exercidas por mais de um ente federativo. (ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271-272).

Constitucional nº 01/69 não permitiam tal disciplinamento.<sup>238</sup> O artigo 55 da Emenda Constitucional nº 01/1969 permitia que houvesse a edição de Decreto-lei tão somente para as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.<sup>239</sup>

Sobre o assunto, Eros Roberto Grau afirma a inconstitucionalidade que permeava o Decreto-lei nº 2.300/86 quanto à aplicabilidade do texto legal para os Estados, Municípios e Distrito Federal. Os próprios dispositivos, mais precisamente os artigos 85 e 86, previam que as normas deveriam nortear a atuação dos Estados, Municípios e Distrito Federal, desde a sua edição inicial até depois das alterações realizadas pelo Decreto-lei 2.360/87.<sup>240</sup> Ou seja, não havia qualquer espedaque constitucional para a previsibilidade, e sim uma prescrição normativa infraconstitucional determinando que as normas lá preconizadas espraiassem validade e eficácia para os demais entes. Eros Grau comenta que “como até então essa competência não fora atribuída à União, aqueles preceitos padeciam de constitucionalidade. Não obstante, vieram sendo eles aplicados, sem qualquer tormento, aos Estados e Municípios, e suas entidades – o que comprova serem, as normas jurídicas, não o que está escrito nos textos, mas sim o que os intérpretes dizem que neles está escrito.”<sup>241</sup>

Todavia, em que pese alguns festejos, alerta-se para o fato de que houve uma falta de zelo do Poder Constituinte Originário<sup>242</sup> no momento da confecção da atual Constituição

<sup>238</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24. Sobre o assunto, recomenda-se a leitura dos seguintes artigos: Inaplicabilidade da nova regulação sobre licitações a Estados e Municípios e inconstitucionalidade radical do Dec.- lei 2.300/86 de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Inaplicabilidade da nova regulação sobre licitações a Estados e Municípios e inconstitucionalidade radical do Dec.- lei 2.300/86. **Revista de Direito Público**, vol. 83, São Paulo, Malheiros, jul. 1987, p. 16-28) e “Inaplicabilidade do Dec.-lei 2.300/86 a Estados e Municípios” de Weida Zancaner (ZANCANER, Weida. Inaplicabilidade do Dec.-lei 2.300/86 a Estados e Municípios. **Revista de Direito Público**, vol. 82, São Paulo, Malheiros, abr-jun. 1987, p. 167-173).

<sup>239</sup> “Artigo 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. § 1º - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo, se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do artigo 51. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982\)](#) § 2º A rejeição do Decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

<sup>240</sup> “Art 85. Aplicam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste Decreto-lei. Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo e no artigo seguinte não poderão ampliar os casos de dispensa de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para convite, tomada de preços e concorrência. Artigo 86. As sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, ficarão sujeitas às disposições deste Decreto-lei.”

<sup>241</sup> GRAU, Eros Roberto. Licitação sem objeto - Lei 8.666 e Estados e Municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10, São Paulo, 1995, p. 88-102, p. 92.

<sup>242</sup> Sobre Poder Constituinte, vide Luzia Marques da Silva Cabral Pinto (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra

brasileira, visto que não foi tão feliz ao prescrever a expressão “licitação e contratação”, pois gera a dúvida: o que é e o que está abrangido no vernáculo “contratação”?

A primeira interpretação pode inferir que a compreensão da palavra “contratação” estaria prescrita para enquadrar qualquer acordo administrativo ou qualquer ajuste firmado pela Administração Pública, independente de ser um contrato, convênio, consórcio, etc.. Esta concepção enquadraria todos os ajustes, acordos e parcerias da Administração num conceito de contrato em sentido amplo, assim como entende Marçal Justen Filho quando define o contrato administrativo em sentido lato. Neste diapasão, dever-se-ia estender à palavra “contratação” a interpretação e compreensão de toda e qualquer forma de ajuste, acordo ou parceria da Administração, logo seria de competência legislativa privativa da União para dispor normas gerais sobre convênios administrativos. Via de consequência, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderiam legislar somente de modo suplementar e não poderiam legislar normas gerais, haja vista a competência privativa da União. Seguindo o raciocínio, incumbiria aos demais entes o dever de obediência às normas jurídicas determinadas pela União sobre os convênios administrativos.

Contudo, para que ocorra a interpretação de que o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição abarcaria todos os ajustes da Administração, seja contrato propriamente dito (contrato em sentido restrito da classificação proposta por Marçal Justen Filho), sejam os acordos administrativos, é indispensável que o intérprete parta da premissa de que contrato é sinônimo, ou no mínimo com os mesmos efeitos, de contratação.

Neste ponto, não se pode concordar com esta possível interpretação. Conforme bem explicado por Fernando Dias Menezes de Almeida contrato é diferente de contratação. Para chegar ao seu raciocínio, o autor justifica com a premissa de que os entes federados são autônomos para sua auto-organização e que por tal fundamento não se pode confundir contratação com contrato:

contratação é a ação de contratar. Contrato é objeto dessa ação. Sendo assim, estariam contidos na noção de contrato, mas não na de contratação, os aspectos naturais dos contratos administrativos (ex.: tipos contratuais, cláusulas necessárias, regime jurídico próprio). Por outro lado, contratação diria respeito a normas de regência do ato de contratar (ex.: necessidade de previsão de recursos orçamentários, respeito ao resultado do procedimento licitatório, controles externos e internos pertinentes).<sup>243</sup>

---

Editora, 1994); Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 355-388) e José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007).

<sup>243</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In PEREIRA JÚNIOR, Antônio e JABUR, Gilberto Haddad (coords.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier, 2008, p. 200-201.193-216.

A interpretação de Fernando Dias Menezes de Almeida é coerente, pois não se pode admitir que o intérprete tenha o condão de transformar palavras ou ainda interpretar com premissa equivocada. Não existem palavras vãs na Constituição.<sup>244</sup> Lembra-se também que é a partir dos enunciados e dos textos que exsurtem as normas em si. Como bem adverte Eros Roberto Grau, “o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa.”<sup>245</sup> Por esta concepção, concorda-se com a opinião expressada por Fernando Dias Menezes.

Mesmo assim, verifica-se que existem diversas críticas acerca da competência privativa da União para legislar tais normas gerais, pois há adeptos que defendem que o coerente e lógico perante a ordem constitucional brasileira seria determinar competência concorrente.<sup>246</sup> Nesta direção, Adilson Abreu Dallari, no que se refere a licitações e contratos administrativos, diz que inexistente qualquer coerência ou lógica para outorgar competência legislativa privativa à União para a edição de normas gerais. Deveria o Poder Constituinte ter colocado a competência para a promulgação de normas no artigo 24, dispositivo que trata de competência concorrente das esferas federativas. Ou seja, segundo o autor, a matéria de licitações e contratos não deveria estar prevista no artigo 22 da Constituição Federal, o qual aborda a questão de competência privativa, pois a simples menção a normas gerais já afasta automática e logicamente a privatividade preconizada no *caput* do artigo 22.<sup>247</sup>

Concordando com o posicionamento de Adilson Abreu Dallari e enaltecendo o equívoco técnico do poder constituinte, Fernanda Dias Menezes de Almeida ressalta que não é possível confundir a competência da União para editar normas gerais e sua competência plena para certas matérias indicadas no artigo 22 da Constituição, até porque a edição de normas especiais pelos demais entes somente poderia possível se houvesse lei complementar

---

<sup>244</sup> ALMEIRA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 249.

<sup>245</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85.

<sup>246</sup> As competências concorrentes podem ser classificadas em próprias e impróprias. As próprias são designadas por indicação expressa do texto constitucional e preceitua o exercício simultâneo e limitado de competências por mais de uma das ordens federativas e as impróprias não estão expressamente prescritas na Constituição, mas se encontram implícitas na definição das competências comuns. Sobre o assunto, vide Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 274). Todavia, compete avisar que existe denominação diversa para tais competências, exemplifica-se pela classificação de Fernanda Dias Menezes, a qual classifica em competências legislativas concorrentes primárias e secundárias correspondendo, respectivamente, às próprias e impróprias (MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 150)

<sup>247</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27-28. Sobre a repartição de competências, vide Raul Machado Horta (HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 02, 1993, p. 06-20).

autorizando os outros entes federativos, conforme determina o parágrafo único do artigo 23.<sup>248</sup> As normas especiais aludidas por Fernanda Dias Menezes estariam dentro do conceito de normas gerais, até porque do contrário a União não poderia delegar algo que não possui competência.<sup>249</sup>

Por outro lado, discordando, Carlos Ari Sunfeld escreve que a repartição da competência à União para legislar privativamente sobre licitação e contratação administrativa aconteceu propositadamente pelo Poder Constituinte, pois o motivo para a sua inclusão no artigo 22 e não no artigo 24 decorreu da permissividade de os Municípios exercerem poderes equivalentes aos dos Estados no tocante à edição de normas suplementares, o que não se visualiza se estivesse no artigo 24.<sup>250</sup>

Doutro lado, para demonstrar que o tema é espinhoso, existe ainda entendimento o qual reza que a missão de legislar sobre convênios administrativos não estaria baseada no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Os adeptos deste entendimento asseveram que a competência para legislar sobre convênios administrativos é concorrente com base no artigo 24 da Constituição face tratar-se de matéria afeita ao Direito Financeiro. Ou seja, o fundamento constitucional para esta linha de raciocínio alberga-se mais precisamente no artigo 24, inciso I, da Constituição Federal, que prescreve que “compete à União e Estados legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.”

Neste raciocínio, o direito financeiro versa sobre os convênios administrativos, uma vez que envolveria valores arrecadados e valores despendidos pelo Estado. Abre-se parêntese para recordar da definição de Direito Financeiro propalada por Régis Fernandes Oliveira,<sup>251</sup> o qual defende que é “a disciplina jurídica da atividade financeira do Estado”, descrevendo por sua vez a atividade financeira “como a ação do Estado na obtenção de receitas, em sua gestão e nos gastos para desenvolvimento de suas funções.”<sup>252</sup>

---

<sup>248</sup> MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111-115.

<sup>249</sup> MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 113.

<sup>250</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 01, 1993, p. 272-281, p. 277.

<sup>251</sup> Em sentido similar, Ricardo Lobo Torres compreende que o “Direito Financeiro, como sistema objetivo, é o conjunto de normas e princípios que regulam a atividade financeira. Incumbe-lhe disciplinar a constituição e a gestão da Fazenda Pública, estabelecendo as regras e procedimentos para a obtenção da receita pública e a realização dos gastos necessários à consecução dos objetivos do Estado.” (TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12).

<sup>252</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 78.



Numa linha um pouco mais abrangente, há a interpretação de que o artigo 24 da Constituição deve ser interpretado de forma sistemática com o artigo 18, a fim de concluir que a legislação sobre licitação e contratação, inclusive convênios administrativos, envolve diretamente a capacidade de auto-organização dos entes. Com esta percepção, os Estados, Distrito Federal e Municípios podem legislar em matéria de convênios de forma complementar, cabendo à União legislar tão somente sobre normas gerais. Neste raciocínio, Vera Monteiro, em que pese não tratar especificamente de convênios administrativos, diz que “somente as normas gerais das leis federais que tratam sobre licitação e contratação são impositivas para as esferas federativas. Estados e Municípios devem respeito a elas, mas permanecem com sua competência legislativa própria para se auto-organizar e para legislar de modo complementar em matéria de licitação e contratação, na forma do artigo 24 da Constituição.”<sup>253</sup>

Em pensamento um pouco diferente, Diogo Figueiredo Moreira Neto esclarece que a Lei nº 8.666 não é norma geral para os convênios administrativos, pois os convênios são acordos sem natureza contratual, assim como o consórcio, o acordo de programa e outros do gênero, logo “não estão abrangidos pela competência federal do artigo 22, XXVII, da Constituição, de modo que cabe a cada entidade política, no desempenho de seus respectivos poderes administrativos, dispor sobre essas figuras.”<sup>254</sup>

Quanto à interpretação da competência para legislar com base no artigo 24, insta destacar que o *caput* do dispositivo constitucional tão somente menciona União e Estados, razão que gera a dúvida se os Municípios poderiam legislar sobre matérias preconizadas no preceito em lume.<sup>255</sup>

Lúcia Valle Figueiredo enuncia que, conquanto o artigo 24 da Constituição Federal não inclua os Municípios, a situação pode ser dirimida pela interpretação sistemática do artigo 24 com os artigos 30, I, II, VIII, 183, §§1º e 4º da própria Constituição.<sup>256</sup> Isto é, pelo exame em conjunto, o intérprete chega à compreensão de que os municípios possuem competência para legislar desde que respeitados os limites preconizados nos incisos I e II do

<sup>253</sup> MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei n 11.079/2004**. São Paulo, 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>254</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 198.

<sup>255</sup> Nem se fala sobre o Distrito Federal, pois a Constituição em seu artigo 32, § 1º, tornou-o equivalente ao Estado no tocante à competência legislativa. Vide o dispositivo: “Artigo 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.”

<sup>256</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios – licitações. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 08, São Paulo, 1994, p. 24- 39, p. 28.

artigo 30. No mesmo patamar, Fernanda Dias Menezes pondera que “embora o artigo 24 não indique os Municípios entre os titulares da competência legislativa concorrente,<sup>257</sup> não ficaram eles dela alijados. Deslocada, no inciso II do artigo 30, consta a competência dos Municípios de complementar a legislação federal e estadual no que couber.”<sup>258</sup> Esclarece ainda que é outorgado aos Municípios a legislação de forma complementar a legislação federal e estadual nos termos expostos pelo artigo 30, II, da Constituição,<sup>259</sup> por tal razão, continua explicando que se trata de competência legislativa concorrente primária, “porque prevista diretamente na Constituição, mas diversamente da competência concorrente primária que envolve a União e os Estados. E diferente porque a Constituição não define os casos e as regras de atuação da competência complementar do Município, que surge delimitada implicitamente pela cláusula genérica do interesse local.”<sup>260</sup>

Contudo, como a competência dos Municípios é complementar à legislação federal e estadual no que couber, consoante preconiza o artigo 30, II, e como os Estados possuem a competência para a competência complementar das matérias constantes do artigo 24, segundo determina o § 2º do artigo 24, então, caso o dispositivo que fundamenta a competência dos convênios seja o artigo 24, pode-se deduzir que a competência municipal terá que ser em conformidade com a legislação federal (normas gerais) e com a legislação estadual (normas de complementação).

Sobre o assunto, Regina Maria Macedo Nery Ferrari conclui sinteticamente que “no âmbito da competência concorrente, prevalecerá a da União sobre a dos Estados e Distrito Federal, assim como no caso da competência complementar do Município a legislação federal e estadual prevalecerá sobre a municipal.”<sup>261</sup> Descrevendo de forma similar, Fernanda Dias Menezes assinala que competência conferida aos Estados para complementar as normas gerais da União não afasta a competência do Município de fazê-lo, porém este “não poderá contrariar nem as normas gerais da União, o que é óbvio, nem as normas estaduais de

---

<sup>257</sup> O exercício da competência legislativa concorrente é regido pelas disposições dos parágrafos do artigo 24, conforme explica Fernanda Dias Menezes. Sobre o assunto, vide (MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 161).

<sup>258</sup> MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 80.

<sup>259</sup> Na classificação de André Ramos Tavares, a competência complementar e supletiva são espécies da competência complementar. A supletiva ocorre quando os Estados-membros legislam diante da ausência de legislação nacional e a complementar para adicionar à legislação nacional no que for necessário. (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 751-752).

<sup>260</sup> MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 168.

<sup>261</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 117.

complementação, embora possa também detalhar estas últimas, modelando-as mais adequadamente às particularidades locais.”<sup>262</sup>

A título ilustrativo, acerca do papel dos Estados na competência legislativa concorrente e o signo das expressões concedidas, André Ramos Tavares destaca que aos Estados-membros cabem as normas particulares, razão que se denomina competência complementar já que se adiciona à legislação nacional no que for necessário.<sup>263</sup>

Com posição diferente, Tércio Sampaio Ferraz dispõe sobre a competência suplementar dos Estados e Municípios defendendo que a competência suplementar não se confunde com o exercício da competência plena “para atender a suas peculiaridades” nos termos dispostos pelo § 2º, a qual versa sobre competência para editar normas gerais em caso de lacuna (inexistência) na legislação federal. Por esta razão, o autor diz que “não se trata, pois, de competência para editar normas gerais eventualmente concorrentes. Se assim fosse, o § 3º seria inútil ou o § 3º tornaria inútil o § 2º. Além disso, é competência também atribuída aos Municípios, que estão, porém, excluídos da legislação concorrente.” Em conclusão, arremata que a competência suplementar não é para a edição de legislação concorrente, e sim para a edição de legislação decorrente, a qual se configura como uma legislação de regulamentação, “portanto de normas gerais que regulam situações já configuradas na legislação federal e às quais não se aplica o disposto no § 4º (ineficácia por superveniência de legislação federal), posto que com elas não concorrem (se concorrem, podem ser declaradas inconstitucionais). É pois competência que se exerce à luz de normas gerais da União e não na falta delas.”<sup>264</sup>

Delineado este cenário, conquanto existam linhas de interpretação sobre o artigo 22, XXVII e o artigo 24, da Constituição, o fato é que ambos os preceitos normativos resultam na competência legislativa concorrente para legislar sobre normas gerais de convênios administrativos, ou seja, o resultado é o mesmo em que pese a existência de fundamentos prescritivos diversos.<sup>265</sup> Caso se compreenda que os convênios estão

<sup>262</sup> MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p.170. No mesmo sentido, vide Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009) e Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. 3, tomo II, 1993, p. 72-75).

<sup>263</sup> TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 751.

<sup>264</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente – uma exegese do artigo 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 07, 1994, p. 16-20, p. 19-20.

<sup>265</sup> Andreas J. Krell possui entendimento diverso, interpretando que não se aplica os parágrafos do artigo 24 às normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, razão pela qual compreende que o exercício da competência Estadual, Distrital e Municipal com esteio no artigo 22, XXVII, trata-se de competência legislativa remanescente, e não competência suplementar (complementar e supletiva). (KRELL,

enquadrados na expressão “licitação e contratação” do artigo 22, inciso XXVII, ou caso os convênios tratem de matérias afetas ao Direito Financeiro e/ou decorrem do dever de auto-organização dos entes, a conclusão é que, seja na interpretação direta do inciso XXVII do artigo 22 ou na interpretação do artigo 24, parágrafo único, a competência legislativa concorrente<sup>266</sup> determina que as normas gerais incumbem à União; já aos Estados, Distrito Federal e Municípios cabe editar as normas especiais, desde que estas sejam em conformidade com as normas gerais.

Quanto à competência dos Municípios, não se pode interpretar e ler qualquer dispositivo de forma isolada. Deve-se buscar uma interpretação sistemática, até porque, como dito por Luis Roberto Barroso, “a ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia.”<sup>267</sup> Desta feita, interpretando o artigo 18 em harmonia com os artigos 24 e 30 da Constituição da República Federativa chega-se à conclusão de que os Municípios podem legislar, desde que respeitado o interesse local e a complementariedade da legislação federal e a estadual. A conclusão é favorável à competência da União em editar normas gerais e a competência dos Estados, Distritos e Municípios para as normas especiais. Não obstante ao encontro desta parcial conclusão, tem-se mais uma grande problemática a resolver, qual seja, o que são e quais os limites das normas gerais?

As normas gerais não possuem uma significação prescritiva expressa. Tal expressão está incursa e chancelada como um conceito jurídico indeterminado. Logo, não existem delimitações explícitas no Direito Posto. A incumbência para o conhecimento dos seus contornos e as suas confrontações fica a encargo do intérprete, o qual tem a dura e difícil missão de tentar encontrar métodos para consignar quais são os seus limites.<sup>268</sup> Para demonstrar a dificuldade no encontro de métodos para encontrar o que é uma norma geral, trabalhar-se-ão as principais propostas apresentadas, posicionando inclusive possíveis confrontos entre os estudiosos acerca da melhor maneira de buscar caminhos para certificar quando se está legislando normas gerais ou quando está frente a normas especiais.

---

Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 34-39).

<sup>266</sup> Seguindo o posicionamento de Fernanda Dias Menezes (MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 161).

<sup>267</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294.

<sup>268</sup> Sobre o assunto, valioso recorrer à ao espaço de interpretação a ser respeitado pelo intérprete. Segundo Carotilho, “considera-se como espaço de interpretação o âmbito dentro do qual o programa normativo (=medida de ordenação expressa através de enunciados lingüísticos) se considera ainda compatível com o texto da norma.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.1203).

Adilson Abreu Dallari propõe que, para se chegar a um conceito de norma geral, deve-se fazer o caminho inverso, qual seja, dizer o que não é norma geral. Consoante o autor, “não é norma geral aquela que corresponde a uma especificação, a um detalhamento. Portanto, norma geral é aquela que cuida de determinada matéria de maneira ampla. Norma geral é aquela que comporta uma aplicação uniforme pela União, Estado e Município; norma geral é aquela que não é completa em si mesma, mas exige uma complementação.”<sup>269</sup>

Já Carlos Ayres Britto descreve que as normas gerais são aquelas que têm por objetivo “desatar” os princípios e regras constantes na Constituição, que têm na licitação o seu âmbito material de incidência e em todas as demais ordens jurídicas federadas o âmbito espacial de aplicabilidade.<sup>270</sup> Neste ponto, as normas gerais funcionam apenas como limitador negativo das normas específicas. As normas gerais estão subordinadas às prescrições constitucionais. Por outro lado, quanto às normas específicas, há uma relação de mera compatibilidade. Segundo Carlos Ayres Britto:

Em resumo, todas as relações objeto de norma geral da União deverão comportar reenvio material à Magna Carta, ou válidas não serão (...). Mas não é esta a natureza do vínculo que prende as normas específicas ao diploma constitucional e às próprias normas gerais da União, naquele plano da materialidade licitatória, pois a tal categoria de normas é suficiente a disciplina de relações de simples não-contradição. O remonte das normas específicas à materialidade da Constituição e das normas gerais de timbre federal há de ser feito, sim, mas não num sentido confirmatório ou de prolongamento eficaz, por não ser por meio da especificidade legislativa que *ricocheteiam* sobre novas relações jurídicas os conteúdos empíricos das regras e princípios (um mínimo de empirismo há de se conter em cada princípio jurídico) da Constituição e das próprias normas gerais.<sup>271</sup>

Já Celso Antônio Bandeira de Mello marca as delimitações das normas gerais da seguinte forma:

- a) preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria. Isto é: daquel’ outras que produzirão a ulterior disciplina específica e suficiente, ou seja, indispensável, para regular o assunto que foi objeto de normas apenas ‘gerais’.
- (...)
- b) preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o País, por se adscreverem a aspectos nacionalmente indiferenciados, de tal sorte que repercutem com neutralidade,

<sup>269</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

<sup>270</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Znt, 1997, p. 27 e seguintes. Quanto ao verbo desatar, o Ministro Britto esclarece: “Com a palavra ‘desatar’, o trazemos à berlinda é a função lógica de desdobrar ou fazer render o que, na Lei Maior, se encontre de alguma forma contracto. Não contracto por já significar uma formulação normativo-constitucional que é ponto de partida e de chegada, a um só tempo, sem a menor abertura de espaço para ulterior normação. Mas por decorrer do deliberado propósito de apenas iniciar a regulação de uma dada matéria, deixando para outra fonte normativa de menor escalão (no caso, o Poder Legislativo Ordinário da União) o aporte complementar de prescritibilidade.” (BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Znt, 1997, p. 27).

<sup>271</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Znt, 1997, p. 42.

indiferentemente, em quaisquer de suas regiões ou localidades.<sup>272</sup>

Utilizando a lógica para compreender a expressão “normas gerais”, Tércio Sampaio Ferraz disserta que existem as normas gerais pelo destinatário (normas universais) ou pelo conteúdo. No que se refere aos destinatários, considera-se geral a norma que é aplicada à universalidade, já quanto ao conteúdo é considerada geral no tocante à matéria prescrita tal se reporta a toda e qualquer ocorrência da espécie. Todavia, segundo o autor, a lógica não é suficiente para reconhecer quando se está diante de uma norma geral ou uma norma particular, razão pela qual demanda a participação do intérprete para avaliar o contexto finalístico do conteúdo da norma.<sup>273</sup>

Com uma metodologia diversa para explicar o assunto, Eros Roberto Grau enaltece dois parâmetros para analisar as normas gerais. O primeiro parâmetro desenvolve-se a partir de normas gerais e normas especiais, o segundo utiliza-se do critério de normas nacionais, federais, estaduais e municipais. O critério da norma geral e da norma especial, Eros Roberto Grau utiliza-se do escólio de Natalino Irti, o qual defende que a distinção de generalidade e especialidade deriva de um juízo de comparação entre duas normas. Segundo o autor, “norma geral e norma especial não são ‘geral’ e ‘especial’ em si e por si, mas sempre em relação a outras normas. Assim, uma norma que se deve ter como geral em relação a outra norma pode dever ser tida como especial quando posta em relação a uma terceira norma.” Com base em Natalino Irti, pode-se deduzir que “norma geral é dotada de uma compreensão (aqui como conjunto das notas de cada norma) menor de uma extensão (conjunto de sujeitos aos quais cada norma se dirige) maior, ao passo que a norma especial é dotada de uma compreensão maior e de uma extensão menor.”<sup>274</sup>

Em que pese este parâmetro, Eros Roberto Grau aponta que a noção federativa deve ser usada para a definição de norma geral, mais precisamente para considerá-la como norma nacional, logo defendendo que estas:

(I) consubstanciam regras que conferem concreção a determinados princípios – aqueles que o Canotilho denomina princípios jurídicos fundamentais e princípios políticos constitucionalmente conformadores – inobstante, contudo, as normas gerais também veiculem princípios e princípios sejam também veiculados por normas que não se pode qualificar como normas gerais; (II) veiculam princípios; (III) consubstanciam a ordenação de condutas uniformes, visando prevenir

<sup>272</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 521-522.

<sup>273</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. – uma exegese do artigo 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 07, 1994, p. 16-20, p. 18-19.

<sup>274</sup> GRAU, Eros Roberto. Licitação sem objeto - Lei 8.666 e Estados e Municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10, São Paulo, 1995, p. 88-102, p. 93, 94.

conflitos entre as entidades da federação e/ou entre os que nelas estejam situados; (IV) suprem lacunas constitucionais.<sup>275</sup>

Já Diogo Figueiredo Moreira Neto utiliza a generalidade para compreender as normas gerais explicando que cabe à União às declarações principiológicas, restringindo-se ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, as quais deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na confecção das suas legislações, por intermédio da sanção de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.”<sup>276</sup> Inclusive, Lúcia Valle Figueiredo, seguindo o pensamento de Diogo Figueiredo Moreira Neto, expressa que as normas gerais possuem características peculiares das demais normas, razão pela qual se encontram num grau de hierarquia normativa superior e inibitória ao legislador ordinário, se estadual ou municipal, de dispor de maneira diversa.<sup>277</sup>

Romeu Felipe Bacellar Filho interpreta que a competência em licitações e contratos é de competência concorrente, de acordo com o art. 22, XXVII, sendo que pela legislação, “a delimitação constitucional do tema prevê, ainda, em conformidade com o princípio federativo, que a matéria de licitações e contratos é de competência concorrente, de acordo com o art. 22, XXVII. Destarte, a norma em apreço é nacional somente quanto à emanção de seus preceptivos gerais.” Assim, o autor coteja também que a Lei nº 8666 estabelece normas gerais para todos os entes e respectivas administrações indiretas, bem como expede “normas específicas sobre a matéria de licitações e contratos; neste caso, cogentes apenas para a esfera federal, em respeito à competência constitucionalmente estipulada.” Em outras palavras, a Lei nº 8.666 possui normas gerais para todos os entes e também possui legislação específica competente tão só para a seara federal.<sup>278</sup>

Por sua vez, para Carlos Ari Sunfeld “a lógica impõe a constatação de que na competência da União não se inclui o tratamento de aspectos particulares, de detalhes de organização, de questões contingentes. As normas gerais contêm apenas os princípios da regulamentação da matéria, os deveres básicos dos indivíduos e do Estado e os instrumentos a serem utilizados pela Administração.” O autor ainda qualifica como impróprios para as

<sup>275</sup> GRAU, Eros Roberto. Licitação sem objeto - Lei 8.666 e Estados e Municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10, São Paulo, 1995, p. 88-102, p. 94.

<sup>276</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. Brasília. **Revista de Informação Legislativa**, ano 25, n. 100, out/dez 1988, p 159.

<sup>277</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios – licitações. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 08, São Paulo, 1994, p. 24- 39, p. 31.

<sup>278</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111.

normas gerais os seguintes temas: a fixação de prazos, a definição das autoridades competentes para tal ou qual ato, o estabelecimento de valores exatos de multa, o detalhamento dos procedimentos administrativos, dentre outros.<sup>279</sup>

Os inúmeros juristas colacionados e as respectivas diversas interpretações permitem inferir a *prima facie* que se trata de um assunto extremamente complicado, porquanto existem diversas fundamentações para embasar constitucionalmente a competência legislativa.

A título ilustrativo, lembra-se que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidades para se manifestar sobre as normas gerais da Lei nº 8.666, mais precisamente para apontar quais normas seriam gerais e quais seriam especiais, bem como qual seria a extensão de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para legislarem sobre o tema, todavia, nos julgamentos acerca do assunto, o referido Sodalício na maioria das vezes manifestou-se sobre a constitucionalidade de legislações estaduais e municipais sob o ponto de vista do princípio da isonomia.<sup>280</sup> O julgado mais conhecido sobre o assunto e que o Supremo Tribunal Federal poderia em sede liminar ter enfrentado o assunto, já que não o fez, bem como poderá realizar tal intento no momento do julgamento definitivo, refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade 927-3 RS que teve a liminar julgada em 1993.<sup>281</sup> Floriano Azevedo Marques Neto ao analisar o julgamento da ADI 927-3/RS sob o aspecto das normas gerais de licitação e contratação, critica a assertiva que os Estados, Municípios e Distrito Federal devam dispor sobre normas específicas e que estas são compreendidas como normas que tratam de minúcias e detalhes.<sup>282</sup> Segundo o autor, ao compreender no sentido que legislar sobre normas específicas é editar normas para cuidar de meros detalhamentos ou de simples repartições dos preceitos contidos no diploma federal, então está se confundindo a capacidade de legislar normas específicas e a capacidade de expedir regulamentos. Além disso, o autor aduz que “admitido que fosse o caráter amplo das ditas normas gerais, e elas

---

<sup>279</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28 e seg..

<sup>280</sup> Exemplos: ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-2007, Plenário, *DJ* de 18-5-2007 e ADI 3.059-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-4-2004, Plenário, *DJ* de 20-8-2004.

<sup>281</sup> Sobre o instigante tema da constitucionalidade dos diversos dispositivos prescritos na Lei n. 8.666/93, Floriano Azevedo Marques Neto espera que o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 927-3 RS manifeste-se sobre o caráter das normas da respectiva legislação sob pena de permanecer a incerteza da extensão do tratamento realizado pelo legislador frente às normas de competência da Constituição. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Normas gerais de licitação – doação e permuta de bens de estados e de Municípios – aplicabilidade de disposições da Lei Federal 8.666/93 aos entes federados. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 12, São Paulo, 1995, 173-191, p. 177.)

<sup>282</sup> Em que pese o artigo do Floriano Azevedo Marques Neto ser de 1995, as suas críticas permanecem atuais, haja vista que até hoje (março de 2011) não houve o julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade. A liminar desta ação foi julgada em 03 de novembro de 1993. Maiores informações sobre o andamento do feito, vide <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>.



estariam desvestidas do seu obrigatório caráter de generalidade. Até porque a natureza de detalhamento, as minudências dos dispositivos, fazem parecer – por contradição lógica racional – o caráter genérico.”<sup>283</sup>

Portanto, pode-se abstrair que diversos métodos poderão ser utilizados pelo operador do direito para o encontro das normas gerais, inclusive não havendo qualquer posicionamento do Supremo Tribunal Federal especificadamente sobre o tema, razões que demonstram a relevância e a necessidade de uma excelente interpretação. De todo modo, seja qual for o método para o encontro das normas gerais dos convênios administrativos, o que se tem como certo é que sua edição compete à União, bem como sua aplicabilidade atinge todo território nacional. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar normas específicas<sup>284</sup> ou especiais, sempre em conformidade com as normas gerais. Note-se que a União também poderá produzir esse último tipo de norma, entretanto, as normas específicas expedidas pela União obrigarão somente a Administração Pública federal.

Com base nesta conclusão, poder-se-ia chegar na assertiva que a Lei nº 8.666 é a principal Lei de Licitações e Contratos no Brasil,<sup>285</sup> a qual trata de convênios também, e que ela é uma legislação nacional em todos os seus dispositivos. Ledo engano tal afirmação, isto porque não é factível asseverar que a Lei nº 8.666 somente contém normas gerais. Lúcia Valle Figueiredo assenta que “é claro que a lei não contém tão-somente normas gerais. Entretanto, só por só, não se poderia entendê-la inconstitucional sem antes de proceder a interpretação conforme a Constituição. (Canotilho).” Depois a autora ainda continua dizendo que “portanto, no que a lei contiver disciplina que guarde características de normas gerais será constitucional. No que não contiver, não se aplicará aos Estados e Municípios por inconstitucionalidade.”<sup>286</sup> Para complementar o raciocínio de Lúcia Valle Figueiredo, Vera Monteiro explica que:

não é pelo mero fato de uma norma ter sido expedida com base em competência legislativa para a edição de norma geral, que todo o seu conteúdo pode ser qualificado como norma geral. O ‘qualificativo’ norma geral determina a aplicação de um regime jurídico próprio e só pode ser dado àquilo que estiver contido em lei editada por ente competente para a edição de norma geral

<sup>283</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Normas gerais de licitação – doação e permuta de bens de estados e de Municípios – aplicabilidade de disposições da Lei Federal 8.666/93 aos entes federados. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 12, São Paulo, 1995, 173-191, p. 176.

<sup>284</sup> Nomenclatura adotada por Carlos Ayres Britto (BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Zênite, 1997, p. 16).

<sup>285</sup> Sem esquecer que a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/02) também é uma lei nacional sobre licitações públicas. Sobre o assunto, vide Vera Monteiro (MONTEIRO, Vera. **Licitação na modalidade pregão**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 54-108) e Joel de Menezes Niebuhr (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006, p. 29-39).

<sup>286</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios – licitações. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 08, São Paulo, 1994, p. 24- 39, p. 24.

(conforme a divisão constitucional de competências legislativas), e desde que seja estruturante para o tema objetivo de tratamento legislativo.<sup>287</sup>

Por estes motivos, Adilson Abreu Dallari, ainda que o seu raciocínio seja realizado com fulcro nas licitações e contratos, aduz que é um verdadeiro disparate qualificar a Lei nº 8666/93 como Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos pelo menos no que se refere aos Estados e Municípios, visto que um “estatuto” deve tratar de maneira completa, integrada e sistemática dos assuntos que lhe são afeitos, e não da maneira como foi disposto na Lei nº 8666.<sup>288</sup>

Porém qual a razão de se correlacionar a Lei nº 8.666, que disciplina as licitações e os contratos, aos convênios? A justificativa se deve ao fato de que o artigo 116 da Lei 8.666 dispõe que “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. Ante tal dispositivo legal, aventa-se mais uma problemática acerca da competência normativa e extensão dos dispositivos expressos na Lei nº 8666 para os convênios administrativos celebrados por todos os entes federados.

Sobre o assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro elastece diversas críticas à redação do artigo 116 da Lei nº 8.666, pois, segundo ela, “dá a impressão de que somente se aplica a ajustes que tenha por objeto a realização de ‘projetos’ ou, por outras palavras, um resultado determinado (uma obra, um serviço, um parecer, um laudo etc.) e não os chamados serviços contínuos.”<sup>289</sup> Também critica, porque a redação do preceptivo legal em lume (artigo 116) presume que somente os Municípios e Estados somente receberiam transferências voluntárias com recursos da União, visto que a idéia do parágrafo segundo é efetivar o controle sobre as verbas recebidas pelos Estados e Municípios ante as transferências efetuadas pela União.<sup>290</sup> No mesmo patamar, Sidney Bittencourt critica veementemente a redação do artigo 116, visto que pode transparecer “ao desavisado que são aplicáveis aos convênios todas as disposições da Lei nº 8.666/93 adotada para os contratos.”<sup>291</sup>

Apesar destes contrapontos carreados, Maria Sylvia Zanella Di Peitro defende que o artigo 116 da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado de maneira restritiva, já que ele deve ser

<sup>287</sup> MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei n 11.079/2004**. São Paulo, 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 106-107.

<sup>288</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

<sup>289</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanellla. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 250.

<sup>290</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanellla. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 250.

<sup>291</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2005, p. 34.

analisado dentro de todo o ordenamento jurídico em que se insere, não podendo haver a desobediência do dispositivo, nem mesmo dos parágrafos contidos no artigo 116, salvo quando o objeto conveniado não implicar repasse de bens ou valores.<sup>292</sup> Ou seja, caso algum objeto não comporte o atendimento de todas as normas lá previstas, deverá o aplicador do direito dispensá-las de acordo com o caso concreto.<sup>293</sup>

De forma similar, porém enquadrando os convênios como contratos administrativos na acepção ampla da palavra, Thiago Marrara compreende que as normas estipuladas na Lei de Licitações e Contratos alcançam os convênios no que couber, porém poderão os demais entes federados estabelecer normas específicas sobre a celebração dos convênios que forem parte na questão atinente ao direito financeiro.<sup>294</sup>

Já Diogo Figueiredo Moreira Neto, por compreender que o artigo 22, inciso XXVII, não alberga a possibilidade de a União legislar normas gerais para os convênios administrativos, bem como no entendimento de que tais instrumentos jurídicos deverão ser regulados via legislação por cada ente federado, arrazoa que quase o artigo 116 não é norma geral, aplicando-se exclusivamente à Administração Federal, e ainda deduz que por tais razões o § 2º do artigo 116 é inconstitucional, já que invade a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para disporem sobre sua organização política e administrativa.”<sup>295</sup>

Quanto à questão da legislação concorrente servir para a edição de normas específicas por parte dos entes federados, Jessé Torres Pereira Júnior e Sidney Bittencourt são uníssonos no entendimento de que as normas gerais não poderão sobrepor-se ou afastar as normas especiais por ventura existentes.<sup>296</sup> Todavia, Sidney Bittencourt ainda destaca que a Lei nº 8.666 não possui somente regras com esteio no artigo 22, inciso XXVII, mais

<sup>292</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 340.

<sup>293</sup> “É evidente, contudo, que os convênios podem ter por objeto a prestação de serviços contínuos, desde que estejam presentes as características apontadas com relação aos ajustes dessa natureza; nessa caso, o artigo 116 será aplicado naquilo que couber. Não se pode admitir a interpretação restritiva do artigo 116 da Lei n. 8.666, já que ele tem que ser analisado dentro de todo o ordenamento jurídico em que se insere. Suas exigências devem ser cumpridas em tudo o que seja compatível com o objeto do convênio a ser celebrado, já que o objetivo evidente do dispositivo é o de estabelecer normas sobre a aplicação e controle de recursos repassados por meio do convênio; essas finalidades estão presentes em qualquer convênio, independentemente de seu objeto. A inobservância do artigo 116 somente será admissível nos casos de convênios que não implicam repasse de bens ou valores.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 250-251).

<sup>294</sup> MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo, Universidade de São Paulo, Vol. 100, 2005, p. 565 e 568-569.

<sup>295</sup> MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 198.

<sup>296</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 636; BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2005, p. 34.

precisamente de licitação e contratação administrativa; existem no referido texto legislativo normas que são pertinentes ao Direito Financeiro, razão pela qual existem normas aplicáveis a todos os entes.<sup>297</sup>

A Constituição Federal em seu artigo 24 prescreve que é competência da União legislar concorrentemente com os Estados, Distrito Federal e Municípios normas sobre Direito Financeiro, sendo que as normas gerais incumbem à União. Sobre o assunto, Diogo de Figueiredo alerta que no tocante aos convênios às normas prescritas no artigo 116, inciso IV e V, da Lei nº 8.666 versam sobre Direito Financeiro, logo aplicáveis a todos os entes.<sup>298</sup> Marçal Justen Filho chega à mesma conclusão ao dizer que a maior parte das normas do artigo 116 escapa ao Direito Administrativo, já que estão inseridas no Direito Financeiro, isto porque elas visam precipuamente disciplinar os convênios que a União seja partícipe, cabendo então às demais entidades políticas disciplinar os convênios e ajustes de que participem.<sup>299</sup>

Deveras crítico, Ivan Barbosa Rigolin rechaça integralmente a aplicabilidade da Lei nº 8.666 no tocante aos convênios administrativos, bem como o uso desta legislação para disciplinar normas sobre tais acordos administrativos. O autor diz que tal legislação “nada tem com convênios, nem, como lei de licitações que é, jamais deveria ter falado desse assunto, como alegre e despreocupadamente fez, no artigo 116.” Depois, censura especificamente o artigo 116, aduzindo que:

O artigo 116 é um roteiro facultativo, um lembrete de possíveis conteúdos dos convênios – e aliás não contém novidade alguma, pois que mesmo décadas antes de editada a lei os convênios já eram celerados com base aproximada naquele roteiro mais do que *natural*.

O artigo 116 da lei de licitações representa o que jocosamente se poderia denominar a *pedra na sopa* do direito aplicável, com a qual ou sem a qual os convênios são exatamente os mesmos, e o direito também.

Ninguém se iluda supondo que o artigo 116 da lei de licitações, talvez imaginando inventar a roda, transformou os convênios em algo que não eram antes, ou que os tornou mais formais e rígidos, ou que lhes impôs formalidades procedimentais novas – e se alguém acredita fá-lo por absoluta desinformação e desconhecimento histórico do instituto.<sup>300</sup>

Contraopondo-se às veementes críticas de Ivan Barbosa Rigolin, Edite Mesquita Hupsel compreende que as disposições acerca dos convênios prescritos na Lei nº 8.666/93 não se aplicam tão somente à União, mas sim, são de “observância obrigatória por todas as entidades federadas.” A autora deixa claro que ao admitir a índole de norma geral quanto às

<sup>297</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2005, p. 34.

<sup>298</sup> MOREIRA NETO, Digo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 199.

<sup>299</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 662.

<sup>300</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 138-139.

exigências mínimas a serem observadas nos convênios, “não se pode deixar de reconhecer a competência de Estados, Municípios e Distrito Federal para também legislarem sobre a matéria.”<sup>301</sup>

Para finalizar, compete ainda frisar que existe uma enorme divergência, inclusive pragmática, sobre a expressão genérica “no que couber”, a fim de descobrir quais regras da Lei nº 8.666 poderiam ser aplicadas e quais não. Acerca do tema, Thiago Marrara explicita que existem regras estipuladas na Lei de Licitações e Contratos que são inaplicáveis aos convênios administrativos, exemplificando as seguintes situações: impossibilidade de fixar um termo final igual àquelas preconizadas no artigo 57; inviabilidade de estipular regras para a prorrogação do convênio – artigo 57, parágrafo primeiro; o uso de normas atinentes à alteração do objeto, mais precisamente o artigo 65, bem como a aplicação de sanções pelo inadimplemento.<sup>302</sup>

---

<sup>301</sup> HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios administrativos – anotações. **Jurídica – Administração Municipal**. Salvador, agosto-99, n. 08, p. 26-35, p. 33.

<sup>302</sup> MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo, Universidade de São Paulo, Vol. 100, 2005, p. 567.

## 1.7 A (im)prescindibilidade de licitação como pressuposto para a celebração de convênio

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa de 1988 determina que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Pelo dispositivo constitucional em tela, existe o dever de licitar à Administração Pública sempre que esta deseje celebrar um contrato administrativo,<sup>303</sup> sendo que este preceptivo foi regulamentado pela Lei nº 8.666/93 e pela Lei nº 10.520/2002.<sup>304</sup> A tão conhecida licitação pública não é de difícil definição, tanto que atualmente inexistem maiores elucubrações, mesmo em nível internacional, acerca dos contornos e das peculiaridades para defini-la.<sup>305</sup> Enrique Laso expõe que licitação pública é:

*un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones.*<sup>306</sup>

De maneira similar, Edgar Guimarães conceitua licitação como “procedimento administrativo consubstanciado num conjunto de atos praticados de forma ordenada e

<sup>303</sup> Observe-se ainda que esse dever constitucional de licitar é a regra. Isso porque, há casos em que a instauração de um processo licitatório seria inconveniente ou inviável para a satisfação do interesse público. São os casos de licitação dispensável e inexigível, disciplinadas principalmente nos artigos 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93. Frisa-se que a contratação direta é uma exceção ao princípio da licitação.

<sup>304</sup> Em que pese as citadas leis não conterem somente normas gerais de licitações e contratos administrativos, a grande maioria das normas ali preconizadas são gerais. Sobre a problemática das normas gerais, vide o item 1.6.

<sup>305</sup> Em outros tempos, havia a problemática se a licitação era instrumento de Direito Administrativo ou de Direito Financeiro, bem como se era um processo ou procedimento administrativo. Acerca do tema, vide Carlos Ayres Britto (BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Zênite, 1997, p. 69-78 e 106-145). Especificadamente sobre as diferenças entre proceso e procedimiento, vide: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 37-55.

<sup>306</sup> LASO, Enrique. **La licitación pública**. Montevideo: Julio Cesar Faira Editor, 2005, p. 01.

sucessiva pelo Poder Público, visando à seleção da melhor oferta, em razão de um negócio jurídico que pretende celebrar por meio de um contrato.”<sup>307</sup>

Posto isso, pode-se definir licitação como um procedimento administrativo (ou seja, sucessão de atos administrativos concatenados) desenvolvido de forma ordenada e sucessiva, almejando encontrar a proposta mais vantajosa ao Poder Público, desde que seja assegurada a igualdade e competitividade entre os pretensos participantes.<sup>308</sup> Nada mais representa, na prática, do que um certame destinado a selecionar aquele que contratará com o Poder Público, oferecendo a todos os licitantes condições e oportunidades iguais para que vençam a disputa.

São duas finalidades propugnadas pela licitação pública, quais sejam: a obtenção da proposta mais vantajosa e o respeito ao princípio da isonomia entre todos os passíveis interessados. A busca da proposta mais vantajosa não significa dizer que a Administração Pública obtenha necessariamente a oferta com o valor nominal mais baixo. Nem sempre a proposta com o menor valor significará a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. As referidas assertivas justificam-se pelo fato de que, dependendo do objeto, o interesse e a vantajosidade para a Administração estarão correlacionados com a melhor proposta do ponto de vista técnica, sem que isso acarrete o menor valor do ponto de vista pecuniário. Por tais motivos, Marçal Justen Filho assinala que

A vantagem se caracteriza em face da adequação e satisfação ao interesse público por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos complementares. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro se vincula à prestação ao cargo do particular. A maior vantagem se apresenta quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.<sup>309</sup>

Portanto, a vantagem da proposta se caracteriza como sendo a melhor para o atendimento do interesse público. Isso pode ou não, conforme o objeto licitado, ser sinônimo de menor preço. Isso porque, em certas hipóteses, será necessário avaliar aspectos diversos do preço para se selecionar a melhor oferta. É o caso, por exemplo, da utilização do tipo de

---

<sup>307</sup> GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38.

<sup>308</sup> José dos Santos Carvalho Filho, licitação é "o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 209-210).

<sup>309</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 42.

licitação “técnica e preço” na licitação de bens e serviços de informática (artigo 45, § 4º, da Lei de Licitações). É por meio desse critério de julgamento que a Administração terá como avaliar se a proposta do licitante se compatibiliza com o interesse público. Até porque, caso a Administração perquirisse tão somente o valor das propostas, não se falaria no binômio custo-benefício, mas só análise de custo. Não é esta a realidade no mister da Administração Pública quando da feitura de suas licitações públicas. Para comprovar o exposto, insta lembrar do artigo 45 da Lei de Licitações que estabelece todos os tipos de licitação,<sup>310</sup> quais sejam, o menor preço, técnica e preço, maior lance e melhor técnica. Os tipos de licitação representam os critérios de julgamento a serem aplicados no momento do julgamento das propostas, sendo que este fator para a apreciação deverá estar necessariamente prescrito no ato convocatório, inclusive por determinação legal – artigo 40, inciso VII.<sup>311</sup>

A segunda finalidade da licitação é ensejar a todos os interessados — sem quaisquer privilégios, discriminações ou preferências — a possibilidade de competir para buscar a celebração do contrato com a Administração Pública. Isso nada mais é do que a observância do princípio da isonomia. Dessa forma, não é suficiente a obtenção da proposta mais vantajosa para que a licitação cumpra sua finalidade. Deverá o Poder Público ter oferecido aos particulares iguais oportunidades de participação. Vale dizer ainda que a concessão de privilégios, discriminações ou preferências a determinadas pessoas acabaria por ferir o caráter competitivo do certame licitatório, o que poderia fazer com que a seleção da melhor oferta restasse prejudicada. Reforçando essa idéia, o artigo 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações veda qualquer critério que afronte a competitividade.<sup>312</sup>

A necessidade de enlace entre os convênios administrativos e as licitações públicas decorre de uma indagação pertinente ao tema, qual seja, para a celebração dos

---

<sup>310</sup> “Artigo 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço; II - a de melhor técnica; III - a de técnica e preço. IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.”

<sup>311</sup> “Artigo 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;”

<sup>312</sup> “Artigo 3º ..... § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”



convênios administrativos é indispensável que seja deflagrado o competente processo licitatório?

Abre-se parêntese, de antemão, para destacar que a presente discussão paira somente aos casos de convênios que envolverem como partícipes uma entidade pública e um entidade privada, pois não há que se falar em licitação pública ou qualquer outro procedimento congênere para selecionar o partícipe quando o convênio for entre entidades públicas. O mesmo raciocínio quando se fala entre entidades públicas alcança quando um ou os dos partícipes forem pessoas jurídicas de Direito Privado da Administração Pública prestadoras de serviços públicos, isto porque a finalidade persecutiva (interesse público primário) por tais empresas estatais (empresa públicas e sociedade de economia mista) não pode ser prejudicada. Entretanto, numa situação convenial que envolva uma entidade pública e uma pessoa jurídica de Direito Privado da Administração Pública exploradora de atividade econômica, então não poderá existir qualquer discrepância do raciocínio para as entidades privadas, inteligência em conformidade com o artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição da República. A razão pela qual se afasta o dever de desenvolver um procedimento administrativo para a escolha do conveniado em um convênio entre entidades públicas correlaciona-se à impossibilidade de existir pressuposto lógico para a competição, haja vista que inexiste uma pluralidade de ofertantes e de objetos para justificar a disputa seletiva. Ou seja, o interesse e a vontade comuns entre os partícipes, são os fatores que legitimam e justificam a existência da celebração do convênio, impossibilitando que haja disputa com possíveis terceiros. Fazendo uma analogia aos contratos administrativos, seria o caso de inexigibilidade de licitação, pois as condições singulares entre os partícipes legitimam a atuação da Administração na escolha do conveniado.<sup>313</sup> Por conseguinte, caso se trate de um convênio entre sujeitos da Administração Pública, não se visualiza qualquer dúvida acerca da desnecessidade de licitação pública, ou qualquer outro procedimento administrativo para a escolha do conveniado, isto porque os interesses em comum entre os partícipes e a finalidade objetivada rechaçam a factibilidade de instaurar uma licitação ou procedimento equivalente. Odete Medauar comenta que a especificidade do objeto e da finalidade almejada franqueiam a escusa à licitação.<sup>314</sup>

Não obstante este aporte anterior e ciente de que os convênios não são celebrados somente entre sujeitos integrantes da Administração Pública, visto que existem os casos em

---

<sup>313</sup> Reiteram-se os comentários de que o convênio é um ato administrativo, o qual poderá ser realizado por órgãos, desde que não haja a contração de obrigações e deveres que demandem personalidade jurídica.

<sup>314</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 236.

que os convênios administrativos formalizam-se com uma entidade pública e um particular, estranho à Administração Pública, persiste a dúvida acerca da liberdade do agente público na escolha do conveniado ou na necessidade de que seja respeitada uma licitação pública ou um procedimento administrativo prévio equivalente.

De acordo com a definição proposta neste trabalho, que impõe distinções entre a natureza convenial e a contratual, poder-se-ia chegar à rápida e equivocada conclusão que não haveria a necessidade de respeitar o devido processo licitatório, haja vista que o dispositivo constitucional preceitua a sua imperiosidade para os casos de contratos. Todavia, é valioso recorrer às justificativas da norma constitucional sobre o dever de licitar, e não ficar adstrito à norma conjecturando que a sua exigência se dá com base no enunciado isolado do artigo 37, inciso XXI.

A imprescindibilidade de a Administração Pública recorrer a um procedimento lícito para legitimar a escolha sobre os seus contratados exsurge do princípio republicano, o qual serve de esteio para a prescrição do inciso XXI do artigo 37, ou seja, a determinação para deflagrar licitação pública à Administração não decorre simplesmente da dicção deste preceito constitucional. O princípio republicano está previsto no artigo 1º da Constituição ao estipular que o Estado Brasileiro é uma República Federativa. A partir deste enunciado consagra-se o princípio republicano, o qual é chamado por Geraldo Ataliba de “princípio fundamental e básico, informador de todo o nosso sistema jurídico, a idéia de república domina não só a legislação, como o próprio Texto Magno, inteiramente, de modo inexorável, penetrando todos os seus institutos e esparramando seus efeitos sobre seus mais modestos escaninhos ou recônditos meandros.”<sup>315</sup> Por conseguinte, infere-se a clara e evidente importância do princípio republicano não só para a interpretação dos textos infraconstitucionais, mas também para o exame e compreensão dos textos constitucionais. Não se pode analisar as condutas da Administração Pública quando de suas escolhas sem examinar o princípio republicano, inclusive quando se discorre sobre contrato ou convênio administrativo. Por esta razão, Adilson Abreu Dallari comenta que o dever de licitar não decorre somente do enunciado do artigo 37, inciso XXI, e sim do ideal republicano, *in verbis*:

É verdade que a Constituição (...), no inciso XXI do artigo 37, também afirma expressamente a necessidade de realizar licitações; mas, mesmo que não houvesse esse específico mandamento, tudo aquilo que foi afirmado anteriormente mostra que a Administração Pública, em hipótese alguma, poderia contratar livremente. Por força da idéia de república, do princípio da isonomia e do princípio da impessoalidade, é forçoso extrair da Constituição um ‘princípio da licitação’. Em regra, todos os contratos celebrados pela Administração Pública devem ser precedidos de licitação,

---

<sup>315</sup>ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.

porque a Administração Pública não pode nem privilegiar, nem prejudicar quem quer que seja, mas deve oferecer iguais oportunidades a todos de contratar com ela. Essa é a regra geral.<sup>316</sup>

André Luiz Freire também descreve que o princípio republicano prenuncia a idéia de *res publica* a qual “se espraia por toda a licitação, sendo esse o princípio que lhe dá compostura. Sem dúvida, a escolha daquele que irá contratar com o Poder Público demanda a observância a uma série de princípios decorrentes do regime republicano, como isonomia, publicidade e moralidade.”<sup>317</sup>

Em que pese os fundamentos alinhavados para consubstanciar a regra do dever de licitar para a Administração Pública, não se pode requerer ou exigir que o Poder Público tenha que instaurar um processo licitatório como pressuposto prévio para a celebração de um convênio administrativo. A licitação pública nos termos preconizados pela legislação vigente (mormente a Lei nº 8.666 e Lei nº 10.520) demanda uma série de atos e formalidades para a sua legalidade, o que não se visualiza como factível e viável aos convênios administrativos. Por exemplo, não seria crível realizar um ato convocatório nos termos do artigo 40 da Lei de Licitações, bem como o respeito às normas atinentes à aptidão dos interessados (fase de habilitação), para então escolher um conveniado.

Ao mesmo tempo que não se pode concordar com a realização de uma licitação pública, também não se pode assentir com a liberdade sem critério ao agente público na escolha do conveniado. Diante desta notável problemática, defende-se que a Administração Pública, por intermédio de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, inclusive o princípio republicano, realize um procedimento administrativo para selecionar o particular que será seu conveniado. Claro que esta conclusão somente se faz possível quando houver uma pluralidade de possíveis particulares para serem conveniados e a Administração Pública não possa celebrar convênios com todos eles, seja em razão de falta de recurso, seja em função da desnecessidade de diversos conveniados para determinados objetivos a serem colimados em comum.

Quando se fala na feitura de um procedimento administrativo seletivo não se está a dizer que se deva imitar ou copiar um processo licitatório e utilizar outro *nomen juris*, mas sim que a Administração Pública pode instaurar um procedimento seletivo mais simplificado, no qual sejam assegurados o respeito aos princípios republicano, da isonomia, publicidade e moralidade. Sobre a proximidade entre isonomia e o princípio republicano, recorda-se

---

<sup>316</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44-45.

<sup>317</sup> FREIRE, André Luiz. A qualificação econômico-financeira na licitação por itens. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, n. 130, Curitiba, dez.2004, p. 1114-1120, p. 1114.

novamente do escólio de Geraldo Ataliba, que aduz que o princípio da isonomia ou da igualdade decorre imediatamente do republicano, sendo que o mesmo deverá ser preservado diante de todas as manifestações do poder, “quer traduzidas em normas, quer expressas em atos concretos.” Inclusive, pela relevância do princípio da isonomia, o autor qualifica a isonomia como pedra de toque do regime republicano, haja vista que a intangibilidade da igualdade pelos agentes públicos exterioriza a preservação dos direitos dos administrados e a exclusão do arbítrio.<sup>318</sup>

Quanto à moralidade, Cármen Lúcia Antunes Rocha expressa que a moralidade é o princípio pelo qual “o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais, submetem o administrador público” e, posteriormente, a autora continua dizendo que “a moralidade administrativa não se restringe à verificação da obtenção de utilidade para a garantia de um determinado interesse público tido como meta da ação do agente. Mais que isso, a moralidade administrativa que se pretende ver acatada adentra o reino da finalidade de garantia da realização dos valores expressos na idéia do Bem e da Honestidade, que se pretendem ver realizados segundo o Direito Legítimo.”<sup>319</sup>

Atinente à publicidade, nada adiantaria que a Administração Pública realizasse um procedimento sigiloso para a escolha do conveniado, até porque desinteressaria ao interesse público, bem como violaria ao princípio republicano. Sobre a publicidade, lembra-se das palavras de Maria Garcia que defende que “a publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade”, razão pela qual a autora discorre que “o princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral.”<sup>320</sup> Nesta mesma diretriz, Alexandre de Moraes bem explana que “somente a publicidade evita dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias.”<sup>321</sup>

Coadunando com a idéia de que a Administração Pública tem o dever-poder de promover um procedimento administrativo prévio e seletivo para legitimar o conveniado,

<sup>318</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 158, 160-161.

<sup>319</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 192-194.

<sup>320</sup> GARCIA, Maria; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos; TANAKA, Sônia Yukiro. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 11 e 12.

<sup>321</sup> MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p.785.

Celso Antônio Bandeira de Mello dispõe que, com exceção nos casos em que o convênio possa ser celebrado com todos os interessados, “o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade.”<sup>322</sup> Quanto à isonomia, esta não proíbe as discriminações entre as pessoas,<sup>323</sup> mas sim veda a discriminação injustificada. Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua valiosa monografia, advoga que o tratamento diferenciado somente é possível quando concorrerem três elementos: 1º) existência de diferenças nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo direito; 2º) correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato; e 3º) correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico.<sup>324</sup> Desta feita, somente no caso em que houver uma situação concreta que envolva os três requisitos aludidos é que será legítima a escolha do conveniado sem um procedimento administrativo prévio para a sua seleção.

Sobre o assunto, Odete Medauar posiciona-se no sentido de que se o convênio puder alcançar vários particulares interessados, então “deverá ser realizada licitação ou se abrir a possibilidade de conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente.”<sup>325</sup> Já Edmir Netto de Araújo explana que deve existir um procedimento prévio legitimador da escolha da Administração Pública, arrazoando que “a celebração desses ajustes se dá após a realização de procedimento administrativo, em que se focalizem aspectos técnicos, financeiros (principalmente de alocação e destinação de recursos) e mesmo administrativos e jurídicos, culminando com a autorização do dirigente competente, geralmente os Chefes de Executivo.”<sup>326</sup> Silvio Luis Ferreira da Rocha, numa solução interessante, compreende que se for “impossível atender a todos os possíveis beneficiários, por escassez de recursos, melhor estabelecer entre eles um procedimento licitatório que

---

<sup>322</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 654.

<sup>323</sup> Marçal Justen Filho anota que quando o Poder Público seleciona um particular para com ela contratar “está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Em termos rigorosos, está introduzindo um tratamento diferenciados para os terceiros”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 44)

<sup>324</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 10.

<sup>325</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 236. No mesmo sentido em seu artigo Convênios e Consórcios Administrativos. (MEDAUAR, Odete. **Convênios e Consórcios Administrativos. Revista jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo**. São Paulo: CEJUR, Centro de Estudos Jurídicos, 1995, p. 69-89, p. 83).

<sup>326</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 691.

privilegie uma solução definidora extremamente objetiva – como o sorteio -, se restar demonstrado que os participantes estão em situações idênticas.”<sup>327</sup>

Convém destacar que a legislação recente já consagra a necessidade de um procedimento prévio para a eleição da entidade privada que será a conveniente, como se desprende da figura jurídica “chamamento”. O Decreto nº 6.170/2007 prescreve que a celebração de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público, a critério do órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste. Além disso, o texto normativo prevê que o chamamento público deverá respeitar o princípio da publicidade, do julgamento objetivo e da isonomia, consoante se desprende do parágrafo único do artigo 4º e do artigo 5º do Decreto.

Apesar deste entendimento,<sup>328</sup> o qual parece ser o mais adequado, insta apontar que esta linha de raciocínio destoa do pensamento da maioria dos juristas que versam sobre o tema, bem como os julgados do Poder Judiciário e as decisões dos Tribunais de Contas.<sup>329</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que para a celebração de convênios a exigência normativa de licitação “não se aplica, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preço ou de remuneração que admita competição.”<sup>330</sup> Na mesma esteira, Marçal Justen Filho assenta também que o convênio não se subordina à imposição de prévia licitação, “ainda quando importem realização de despesas ou auferimento de vantagens, não se verifica o pressuposto

<sup>327</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32.

<sup>328</sup> Acompanha esta posição, além dos autores suscitados, Tarso Cabral Violin, o qual defende que “não é necessária a realização de licitação prévia aos convênios, quando estes forem realmente convênios, devendo ser realizado procedimento de seleção, respeitados os princípios aplicáveis à Administração Pública como o da isonomia, publicidade, moralidade, quando várias entidades, em situação de igualdade, forem interessadas em conveniar com o Poder Público.” (VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 246); bem como Antônio Roque Citadini ao dizer que “os convênios quando firmados entre órgãos públicos e entidades particulares obedecerão às normas aqui previstas (artigo 116 da Lei n. 8.666/93), acrescidas de que sua inicial pactuação deverá obedecer aos princípios gerais da contratação pública, em especial os de impessoalidade, igualdade dos particulares perante a Administração Pública e probidade administrativa, sem os quais o convênio não poderá ser realizado.” (CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 467).

<sup>329</sup> Clássico exemplo do Tribunal de Contas da União é a Decisão n. 686/1998 que parte do voto do relator expressa: “Oportuno trazer os ensinamentos da Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca da distinção entre contratos e convênios (*in* temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Ed. Malheiros) “Enquanto os contratos abrangidos pela Lei n. 8.666 são necessariamente precedidos de licitação - com as ressalvas legais - no convenio não se cogita de licitação, pois não ha 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’. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição.” (Decisão 686/1998 Plenário - Voto do Ministro Relator)

<sup>330</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 341.

da competição entre particulares. É que a Administração não estará recorrendo à colaboração dos particulares para satisfação de suas necessidades. A avença se realizará em nível jurídico distinto, no âmbito interno da própria Administração – ainda que integrando por pessoas jurídicas autônomas entre si.”<sup>331</sup> Aliado a este argumento, o autor também defende a sua posição, pois o convênio “não produz benefícios ou vantagens econômicas para nenhuma das partes, o que afasta a aplicação das regras genéricas sobre contratação administrativa”,<sup>332</sup> motivo que impõe que a regra geral “é a ausência de licitação para a realização de um convênio, contrariamente ao que se passa com os contratos administrativos comuns.”<sup>333</sup>

Por sua vez, Marcos Juruena Villela Souto defende a desnecessidade de licitação em razão dos interesses comuns que perseguem os partícipes. Ademais, o autor enaltece que a licitação pública é indispensável para os contratos administrativos e como os convênios são diferentes, então não há que se falar em prévio processo licitatório para a escolha do conveniado.<sup>334</sup> José dos Santos Carvalho Filho afasta a licitação pública, pois, segundo o autor, é inviável a competitividade entre os pactuantes já que almejam um fim comum e não objetivam o lucro, logo inviável e incoerente realizar licitação.<sup>335</sup> Já Carlos Pinto Coelho Motta sustenta que o principal efeito prático da dessemelhança entre convênio e contrato se dá na necessidade ou não de procedimento licitatório prévio à sua celebração, isto porque “a distinção é sumamente importante, porquanto o convênio não tem como antecedente necessário o procedimento licitatório.”<sup>336</sup>

Vale ainda lembrar que não é a simples denominação de convênio que repercutirá sobre a prescindibilidade de instaurar um procedimento administrativo prévio para a seleção do conveniado. Em diversas oportunidades os agentes públicos celebram típicos contratos administrativos, com natureza jurídica estranha à convencional, no entanto os carimbam como “convênios administrativos” no intento clássico de fuga do regime jurídico publicístico, mais precisamente para escapar da licitação pública. Nestas situações, não é o *nomen juris* que determinará ou não a obrigatoriedade do dever de licitar, e sim as características e os elementos da relação negocial pretendida pela Administração Pública. Por tais situações,

---

<sup>331</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista Trimestral de Direito Público** 15, 1996, p. 74-84, p. 82.

<sup>332</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 406.

<sup>333</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 406 e 436.

<sup>334</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 281-283.

<sup>335</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 215.

<sup>336</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 559.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que “há que se lembrar, contudo, 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 de vínculo contratual, a licitação será necessária, sob pena de ilegalidade.”<sup>337</sup> Ademais, a autora justifica a expressão prescrita no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 quando discorre que independente do *nomem juris* será considerado contrato para os fins de direito todo e qualquer ajuste que tenha razão que justificou a expressão qualquer denominação no parágrafo único do artigo 2º.<sup>338</sup> Infelizmente esta prática é constante, tanto que os Tribunais de Contas e o Poder Judiciário analisam inúmeros casos de transfiguração do instrumento convênio para mascarar um contrato administrativo.<sup>339</sup>

<sup>337</sup> DI PIETRO Maria Sylvia; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D’AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 347.

<sup>338</sup> DI PIETRO Maria Sylvia; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D’AVILA, Vera Lúcia Machado. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 347.

<sup>339</sup> Vide alguns exemplos: “APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO POPULAR. NÃO CONHECIMENTO DE UM DOS RECURSOS POR AUSÊNCIA DE PREPARO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA DECRETADA. RECURSOS REMANESCENTES ADMISSIBILIDADE. MÉRITO. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. REMUNERAÇÃO DEPOSITADA EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA CONVENIADA COM O MUNICÍPIO. OFENSA AO § 3º DO [ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL](#). NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS IMPROVIDOS. I - Ocorre a preclusão consumativa se o vencido ingressa com recurso de apelação sem comprovar nos autos o indispensável preparo. Ausente o preparo, julga-se deserto o recurso. II - O Município não possui competência normativa, para, mediante ato legislativo próprio, estabelecer ressalvas à incidência da cláusula geral que lhe impõe a compulsória utilização de instituições financeiras oficiais, para os fins referidos no [artigo 164, § 3º da Constituição Federal](#). Somente a União pode definir exceções à referida regra constitucional. Precedentes do STF. III - O instrumento do convênio não é adequado para formalizar acordo entre Município e empresa privada, mas sim para pactuar gestão associada de entes da federação, nos termos do [artigo 241 da Constituição Federal](#). O instrumento hábil para execução de obras, serviços, compras e alienações é o contrato administrativo, precedido de licitação. Inteligência dos artigos 37, *caput* e 5º, XXXII e [170, V, da Carta Política](#).” (TJMS; ACLEsp 2010.006984-7/0000-00; Porto Murtinho; Quinta Turma Cível; Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; DJEMS 06/10/2010; Pág. 33) “DENÚNCIA. IRREGULARIDADES NA GESTÃO DO CREA/PR E DA SUA CAIXA DE ASSISTÊNCIA. INDEVIDA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONVÊNIO SEM INTERESSE RECÍPROCO. VERBAS APLICADAS COM DESVIO DE FINALIDADE. AUSÊNCIA DE PROCESSO SELETIVO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DO TCU. COMINAÇÃO DE MULTAS. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO PARCIAL. IMPROVIMENTO. 1. Por administrarem recursos para-fiscais, o Sistema Confea/CREA, junto com a sua caixa de assistência, está sujeito à fiscalização do TCU. 2. A contratação de serviços advocatícios depende, em regra, da promoção de licitação. 3. Só se pode valer de convênio quando há interesses recíprocos em regime de mútua cooperação; se uma parte tem apenas interesse remuneratório, o instrumento cabível é o contrato, com necessidade de prévia licitação” (TCU; PedReex 012.662/2005-0; Ac. 775/2010; Tribunal Pleno; Rel. Min. José Múcio Monteiro; Julg. 14/04/2010; DOU 16/04/2010) “ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. LEGALIDADE DE CONVÊNIO DE ADESÃO. GEAP FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL. DECISÃO DO TCU. LEGITIMIDADE ATIVA. SINDICATO. PROCESSO LICITATÓRIO. NATUREZA CONTRATUAL. NECESSIDADE. 1. Tratando-se de questão ligada diretamente a interesse de sua categoria ou de interesses individuais homogêneos de seus filiados, tem, sim, o Sindicato-autor legitimidade para figurar no pólo ativo de demanda que envolve relação jurídica entre a União Federal e a GEAP decorrente do firmamento de Convênio de Adesão para prestação de serviços de saúde. 2. Somente é possível validamente a celebração de convênios com a GEAP para a prestação de serviços de saúde nos casos em que a Administração figure como patrocinadora (constante na escritura pública de instituição da entidade). 3. O que define a obrigatoriedade ou não de haver



Em sentido similar, Edite Mesquita Hupsel alerta que “não é o fato da entidade conveniente não possuir fins lucrativos que afasta a idéia da celebração de contrato, porque muitas instituições sem esta finalidade cobram remuneração pelos serviços que prestam ou pelos produtos que vendem, e lucram com esta atividade.”<sup>340</sup> Como se verifica não é o fato de a Administração ajustar-se com uma pessoa jurídica sem fins lucrativos que necessariamente deverá celebrar um convênio administrativo, isto porque dependerá tal conclusão a partir da existência ou não de lucro, bem como dos outros requisitos identificadores dos convênios. Caso se realize este raciocínio de forma automática, poderá a Administração agir em ilegalidade ao firmar um “convênio de fachada”, o que gerará a responsabilização dos agentes públicos envolvidos. mascarar um contrato administrativo sob o rótulo de convênio.<sup>341</sup>

Por todas as razões acima declinadas, conclui-se que é dever da Administração Pública instaurar um procedimento administrativo seletivo prévio para legitimar a escolha do conveniado, sempre que houver uma pluralidade de possíveis interessados. Ainda que não seja necessário deflagrar um processo licitatório nos termos da legislação infraconstitucional, recomenda-se por clamor e respeito ao princípio republicano que o procedimento administrativo obedeça os princípios da publicidade, da isonomia e da moralidade, sob pena de ser nula de pleno direito a escolha da Administração pautada em critérios obscuros. Nos casos em que não houver uma pluralidade de interessados e nas situações de convênios entre entidades integrantes da Administração Pública, não se revela imprescindível a feitura de um procedimento administrativo prévio.

---

licitação quando a administração pública se relaciona com terceiros não é a denominação que se atribua ao instrumento celebrado. Sendo a relação de natureza contratual, impõe-se a licitação, nos termos do que estipula a Constituição Federal e a [Lei nº 8.666/93](#). (TRF 4ª R.; AC 2004.70.00.041364-8; PR; Quarta Turma; Rel. Juiz Fed. Sergio Renato Tejada Garcia; Julg. 22/07/2009; DEJF 04/08/2009; Pág. 515)

<sup>340</sup> HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios administrativos – anotações. **Jurídica – Administração Municipal**. Salvador, agosto-99, n. 08, p. 26-35, p. 31.

<sup>341</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 202.

## 1.8 A (des)necessidade de aprovação do Poder Legislativo para a celebração de convênio pelo Poder Executivo

O artigo 116, parágrafo segundo, da Lei de Licitações dispõe que após a assinatura do convênio, a entidade ou o órgão repassador deverá dar ciência à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal. Pela prescrição do dispositivo legal em comento originam-se as seguintes problemáticas: o Poder Legislativo precisa aprovar ou apenas ser comunicado sobre o convênio firmado pelo Poder Executivo em conformidade com o princípio da independência e separação dos Poderes? A própria comunicação do Poder Executivo seria uma norma geral ou não?

Para comprovar a pertinência e importância do tema, insta destacar que a necessidade de aprovação do Poder Legislativo dos convênios firmados pelo Poder Executivo é uma prescrição normativa corriqueira em diversos municípios e Estados-membros brasileiros em suas respectivas leis orgânicas e constituições estaduais. Edmir Netto de Araújo aponta que, exemplificando os casos dos municípios paulistas, é normal que estes possuam em suas próprias leis orgânicas, a maioria por influência da anterior lei orgânica de todos (Dec.-Lei Estadual nº 9, de 31-12-1969, artigo 24, XII), a obrigatoriedade de autorização legislativa para a celebração de convênios e consórcios de qualquer espécie.<sup>342</sup>

Quanto ao princípio da independência e harmonia entre os poderes, prefacialmente deve-se lembrar do artigo 2º da Constituição da República Federativa de 1988 o qual prescreve que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” O aludido princípio possui uma relevância ímpar para a nossa Constituição,<sup>343</sup> tanto que é incluído no rol das cláusulas pétreas, mais precisamente no artigo 60, parágrafo quarto, inciso III.<sup>344</sup>

Segundo Paulo Bonavides, “nenhum princípio de nosso constitucionalismo excede em ancianidade e solidez o princípio da separação dos poderes”,<sup>345</sup> visto que esteve

<sup>342</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 691. No mesmo sentido, Ivan Barbosa Rigolin descreve que “é muito freqüente que as leis orgânicas municipais estabeleçam que compete à Câmara Municipal autorizar o Executivo a celebrar convênios. O mesmo se dá com relação a algumas Constituições estaduais.” (RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Contrato administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 140).

<sup>343</sup> O princípio da separação dos poderes possui uma importância tão relevante para a Constituição Brasileira vigente que Luis Roberto Barroso eleva-o a um dos seis princípios fundamentais do Estado na nossa atual Carta Magna, quais sejam: republicano, federativo, do Estado democrático de direito, da separação de Poderes, presidencialista e da livre iniciativa. (Interpretação e aplicação, p. 375).

<sup>344</sup> “Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III – a separação dos poderes.”

<sup>345</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.554.

presente em todas as Constituições Brasileiras, salvo na Carta de 1937.<sup>346</sup> Além do aspecto constitucional brasileiro, valioso alvitrar que o princípio da separação dos poderes, também denominado da divisão dos poderes, possui guarida em textos constitucionais internacionais e supranacionais. Para ilustrar a sua relevância, não se pode olvidar do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que previu “Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada e a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

No que se refere à harmonia entre os poderes, José Afonso da Silva prenuncia que a harmonia é estabelecida em razão das “normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito”, porém o autor enfatiza que “nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas.” O fundamento para a existência do equilíbrio entre os Poderes está no estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) para alcançar o objetivo, consoante o autor, “do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.”<sup>347</sup>

Kildare Gonçalves Carvalho destaca que o referido princípio, o qual foi idealizado principalmente por Montesquieu, a partir da obra “O Espírito das Leis”, ganhou “consistência no século XVIII, para enfraquecer o poder absoluto dos monarcas que deram unidade política ao Estado soberano do século XVII. De fato, a dispersão medieval desaparece com o nascimento do Estado moderno, quando o poder se concentra no monarca, cuja autoridade se amplia.”<sup>348</sup> Abordando o aspecto crítico da concentração dos poderes, Paulo Bonavides comenta que tal agrupamento é lesivo ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado.<sup>349</sup>

O ideal perseguido por Montesquieu não foi delimitar as funções legislativa, executiva e judicial, mas sim advertir e garantir a separação das funções para a segurança individual e a liberdade dos indivíduos. Neste sentido, Nuno Piçarra bem anota que “a distinção entre função legislativa, função executiva e função judicial não surgiu originariamente marcada pela pretensão de compreender e descrever exaustivamente as

---

<sup>346</sup> Utiliza-se a palavra Carta na acepção de sua palavra, mais precisamente para diferenciá-la de uma Constituição promulgada. Sobre a diferença, vide TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

<sup>347</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.

<sup>348</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 168.

<sup>349</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 555.

funções do Estado, mas com um intuito claramente prescritivo e garantístico: a separação orgânico-pessoal daquelas funções era imposta em nome da liberdade e da segurança individuais.”<sup>350</sup>

Desse modo, a partir do momento em que a Constituição da República assegura o princípio da independência e harmonia dos poderes, não se poderia condicionar a validade de um ato administrativo emanado pelo Poder Executivo à aprovação do Poder Legislativo. Neste sentido, tem-se posicionado o Supremo Tribunal Federal há décadas. Para demonstrar, pode ser mencionada a Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal à época ao analisar a Constituição do Estado da Bahia, oportunidade em que o Ministro Moreira Alves declarou que:

os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ao darem à Assembléia Legislativa competência privativa para a autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado ou a aprovação dos efetivados sem autorização por motivo de urgência ou de interesse público, bem como para deliberar sobre censura a Secretaria de Estado. - Violam o mesmo dispositivo constitucional federal o inciso XXX do artigo 71 (competência privativa à Assembléia Legislativa para aprovar previamente contratos a ser firmados pelo Poder Executivo e destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos) e a expressão ‘dependerá de prévia autorização legislativa e’ do § 1º do artigo 25 (relativa à concessão de serviços públicos), ambos da Constituição do Estado da Bahia.<sup>351</sup>

Para Odete Medauar, além da questão do princípio da independência e separação dos poderes, a desnecessidade de aprovação pelo Poder Legislativo para a realização do controle dos atos realizados pelo Poder Executivo está correlacionado ao controle que será necessariamente exercido pelo Tribunal de Contas, conforme estabelece o artigo 71, IV cumulado com o artigo 75, da Constituição.<sup>352</sup> Além disso, o Poder Legislativo poderá controlar diretamente as medidas efetuadas pelo Poder Executivo, consoante o artigo 49, X,

<sup>350</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 248.

<sup>351</sup> ADI 462 / BA – BAHIA, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Julgamento: 20/08/1997, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. No mesmo sentido, vide outro julgado do Supremo Tribunal Federal: “CONSTITUCIONAL. CONVÊNIO, ACORDOS, CONTRATOS, AJUSTES E INSTRUMENTOS CONGÊNERES. APROVAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA: INCONSTITUCIONALIDADE. I. - Normas que subordinam convênios, ajustes, acordos e instrumentos congêneres celebrados pelo Poder Executivo estadual à aprovação da Assembléia Legislativa: inconstitucionalidade. II. - Suspensão cautelar da Lei nº 10.865/98, do Estado de Santa Catarina. (ADI-MC 1865 / SC - SANTA CATARINA, MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 04/02/1999, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

<sup>352</sup> “Artigo 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; (...) Artigo 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

da Constituição.<sup>353</sup> Ou seja, a necessidade de consentimento do Poder Legislativo para a aprovação dos convênios firmados pelo Poder Executivo não pode ser calcada no controle, pois este argumento é despiciendo face às argutas razões da autora de que já existe previsão constitucional de controle dos atos do Poder Executivo por parte dos Tribunais de Contas.<sup>354</sup>

Com entendimento oposto, Hely Lopes Meirelles defende a imperiosidade de aprovação por parte do Poder Legislativo de qualquer convênio ou consórcio firmado pelo Poder Executivo com base no raciocínio de que haveria gravames a serem suportados, razão pela qual demandaria a participação e anuência do Poder Legislativo. Sobre o assunto, Hely Lopes Meirelles descreve que:

*A organização dos convênios não tem forma própria, mas sempre se fez com autorização legislativa e recursos financeiros para atendimento dos encargos assumidos no termo de cooperação. Entretanto, o STF vem decidindo que é inconstitucional a norma que exige autorização legislativa, por ferir a independência dos Poderes. Data venia, não nos parece que ocorra essa inconstitucionalidade, porque o convênio e o consórcio são sempre atos gravosos que extravasam dos poderes normais do administrador público e, por isso, dependem da aquiescência do Legislativo.*<sup>355</sup>

Nesta conjectura, ainda que haja excelente voz dissonante, não se pode concordar com a imprescindibilidade de o Poder Legislativo cancelar os convênios celebrados pelo Poder Executivo, sob pena de ferir a autonomia entre os Poderes, até porque os convênios são atos administrativos.

Posto isso, passando à segunda problemática levantada, mais precisamente sobre a validade a todos os entes federativos do parágrafo segundo do artigo 116 (se tal dispositivo legal é ou não uma norma geral), verifica-se que se cinge ao conceito de normas gerais. O conceito de normas gerais é um conceito jurídico indeterminado, também denominado de conceito vago, impreciso, elástico, fluido e prático.<sup>356</sup> Conceito jurídico indeterminado<sup>357</sup> figura-se presente quando a lei deixa à “Administração a possibilidade de apreciação segundo

<sup>353</sup> “Artigo 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional(...)X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;”

<sup>354</sup> MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. **Revista Jurídica da Prefeitura Municipal de São Paulo**. São Paulo, n. 02, jun. 1996, p. 69-89, p. 81-82.

<sup>355</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 394.

<sup>356</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. Ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 951.

<sup>357</sup> Eros Roberto Grau apresenta em sua obra “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito” a seguinte crítica sobre conceito jurídico indeterminado: “(...) não existem conceitos indeterminados. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de idéias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada. Insisto: todo conceito é um suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinada; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado. Se o conceito não for, em sim uma suma determinada de idéias, não chega a ser conceito.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 238-239).

critérios de oportunidade e conveniência”, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro.<sup>358</sup> Por sua vez, os conceitos jurídicos indeterminados vão depender da interpretação do exegeta. Dependência do intérprete não significa discricionariedade absoluta sem qualquer norte.

E, justamente pelo raciocínio de que o artigo 116 não se enquadra como norma geral, Diogo Figueiredo Moreira Neto declina pela sua inconstitucionalidade ao justificar que a prescrição de ciência ou autorização invade a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para disporem sobre sua organização política e administrativa, com esteio no artigo 18 da Constituição da República de 1988.<sup>359</sup> De forma contrária, Odete Medauar rechaça a tese de inconstitucionalidade do artigo 116, defendendo que se trata “somente de uma comunicação, certamente com o objetivo de propiciar melhor controle do uso dos recursos”, logo não havendo como originar desrespeito ao poder de auto-determinação dos Estados e Municípios.”<sup>360</sup> Poder-se-ia compreender também que o parágrafo segundo do artigo 116 da Lei de Licitações trata-se de uma norma federal, e não nacional. Ou seja, a sua abrangência alcança tão somente a Administração Pública Federal, não atingindo os Municípios, os Estados e o Distrito Federal.

Causa estranheza que o dispositivo legal em comento discorra sobre a comunicação às Assembléias e Câmaras, nada aduzindo sobre o Congresso Nacional. Deve-se nesta situação buscar uma interpretação extensiva, conforme preconiza Luis Roberto Barroso, a fim de alargar o sentido da lei já que o legislador disse menos do que queria.<sup>361</sup> Com base na interpretação extensiva, deve-se chegar à conclusão de que o convênio celebrado pelo Poder Executivo Federal deverá necessariamente ser comunicado por este ao Congresso Nacional, não importando se o artigo 116, § 2º, é uma norma federal ou nacional, pois o resultado de qualquer compreensão acerca da natureza da norma será o mesmo, qual seja, a necessidade de comunicação ao Poder Legislativo Federal quando da celebração de um convênio pelo Poder Executivo.

Conquanto as problemáticas tracejadas possuam alguns pontos de vista diversos nas obras e juristas aludidos, vem-se apontar a posição sobre a (im)prescindibilidade de o Poder Legislativo manifestar-se sobre os convênios firmados pelo Poder Executivo sob uma perspectiva mais ampla, recorrendo inclusive a instrumentos orçamentárias típicos do Direito

---

<sup>358</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 225.

<sup>359</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 198.

<sup>360</sup> MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. **Revista Jurídica da Prefeitura Municipal de São Paulo**. São Paulo, n. 02, jun. 1996, p. 69-89, p. 85.

<sup>361</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, São Paulo, 2004, p. 121.

financeiro brasileiro. Para tanto, dividir-se-á a posição de acordo com as peculiaridades do convênio a ser tratado.

Caso o convênio firmado pelo Poder Executivo não contenha a transferência de recursos financeiros, não se pode consentir com a necessidade de que o Poder Legislativo aprove o ajuste. Entender de maneira diversa é assentir com a plena dependência entre os Poderes para a feitura de todos os atos, desde uma simples abertura de concurso, homologação de um processo licitatório ou um mero ato de expediente. Como existe a plena autonomia para os Poderes, salvo àquelas situações e atos previamente prescritos pelo ordenamento jurídico, então não se pode visualizar como factível condicionar a celebração de um convênio que possua o Poder Executivo como partícipe à chancela do Poder Legislativo.

O mesmo raciocínio da dispensa de anuência do Poder Legislativo para o convênio firmado pelo Poder Executivo ocorre quando o ajuste envolver o repasse de recursos financeiros que já esteja previsto na Lei Orçamentária Anual. Explica-se, se a Lei Orçamentária Anual já estabelecia a possibilidade de o Poder Executivo repassar uma determinada quantia de recursos públicos a um terceiro, entidade pública ou privada, para a consecução de um objeto, então a assinatura do convênio com esta mencionada obrigação não geraria surpresa ao Poder Legislativo e simplesmente estaria exercendo a sua auto-administração e auto-organização de acordo com os parâmetros normativos preconizados pela Lei Orçamentária Anual, a qual teve a participação do Legislativo.

Diametralmente distinta, é a situação de um convênio envolver o repasse de recursos financeiros que não estejam previstos na respectiva Lei Orçamentária Anual para uma dada finalidade. Nesta situação, verifica-se que o convênio não é simplesmente um ato administrativo para a consecução de uma determinada finalidade, mas sim uma declaração do Poder Executivo que gerará despesas não previstas e muito menos aprovadas pelo Poder Legislativo. O respaldo para este entendimento encontra-se na própria Constituição da República, visto que inexistente plena liberdade do Poder Executivo para a realização de um convênio que envolva a transferência de recursos sem qualquer respaldo em dotação orçamentária previamente preconizada na Lei Orçamentária Anual.

Os incisos do artigo 167 da Constituição vedam, dentre outras, as seguintes situações: (i) o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; (ii) a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; (iii) a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; (iv) a transposição, o

remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.<sup>362</sup>

Desse modo, como a Lei Orçamentária Anual resulta da vontade do Poder Executivo e do Poder Legislativo numa lição clara do sistema de freios e contrapesos albergados pela Constituição da República Federativa de 1988, não se pode consentir que um convênio envolvendo transferência de recursos públicos para terceiros sem a aprovação, por meio da Lei Orçamentária, seja realizado sem a participação do Legislativo. Do contrário, o Poder Executivo poderia aproveitar-se dos convênios para a feitura de diversas despesas ou repasses financeiros sem a participação do Poder Legislativo.

A Lei Orçamentária Anual possui um papel relevante para a realização das atividades do Estado. Gabriel Ivo qualifica que “não seria exagero dizer que o Estado se constitui na própria Lei Orçamentária. Sem orçamento não há Estado.”<sup>363</sup> A lei orçamentária é vital para o Estado, isto porque é por ela que se atinge as suas finalidades, isto é, mais precisamente “por meio do orçamento o Estado realiza as necessidades públicas, que é a justificação da sua existência.”<sup>364</sup> Em sentido similar, José Matias Pereira considera que o orçamento depois da Constituição é o ato mais importante da vida de qualquer nação.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> “Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta; IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados; VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º; IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa. X - a transferência voluntária de recursos e a concessão de empréstimos, inclusive por antecipação de receita, pelos Governos Federal e Estaduais e suas instituições financeiras, para pagamento de despesas com pessoal ativo, inativo e pensionista, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

<sup>363</sup> IVO, Gabriel. O processo de formação da Lei Orçamentária Anual – A rejeição do Projeto de Lei e o princípio da inexaurabilidade da lei orçamentária. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 34, São Paulo, 2001, p. 164-180, p. 169.

<sup>364</sup> IVO, Gabriel. O processo de formação da Lei Orçamentária Anual – A rejeição do Projeto de Lei e o princípio da inexaurabilidade da lei orçamentária. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 34, São Paulo, 2001, p. 164-180, p. 169.

<sup>365</sup> PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**. São Paulo: Atlas, 1990, p. 33.



Não é por acaso que para a aprovação da Lei Orçamentária Anual, no âmbito federal, a Constituição da República de 1988 estabelece que o projeto legislativo deve ser apreciado pela duas casas do Congresso Nacional, incluindo no referido exame a constatação dos projetos, dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição.<sup>366</sup> Ademais, para demonstrar o cuidado e zelo do Poder Constituinte na formulação das normas atinentes ao instrumento orçamentário em questão, vale destacar que o parágrafo oitavo do artigo 167 estipula que, se por ventura algum veto, emenda ou rejeição do projeto da lei orçamentária, deixar um recurso sem despesa correspondente, então deverá ser utilizado tal recurso via crédito especial ou suplementar, desde que haja prévia e específica autorização legislativa.

A prescrição para evitar qualquer manejo de recursos públicos sem previsibilidade no instrumento orçamentário competente também é visualizada pela Lei de Responsabilidade Fiscal. A Lei Complementar nº 101/2000 preceitua que qualquer transferência voluntária<sup>367</sup> deverá necessariamente atender aos ditames da lei de diretrizes orçamentárias, bem como a existência de dotação orçamentária, dentre outros requisitos previstos no artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, a partir do momento em que a lei preconiza a necessidade de dotação orçamentária prévia, logo necessariamente houve em momento pretérito a aprovação pelo Poder Legislativo, ou seja, o Poder Legislativo participou dos atos que serão firmados posteriormente pelo Poder Executivo. Por fins didáticos, exemplifica-se: o Estado do Paraná, por meio do Poder Executivo Estadual, para transferir uma quantia de recursos públicos para o Município de Barra do Jacaré, por intermédio de sua Prefeitura Municipal, precisará necessariamente respaldar a sua conduta numa previsão legislativa, no mínimo com base na sua lei orçamentária anual. Aqui se fala de transferências voluntárias entre entes, todavia o mesmo raciocínio prepondera para a destinação de recursos públicos para o setor privado.

A Lei de Responsabilidade Fiscal em seu artigo 26 normatiza que a destinação de recursos para,<sup>368</sup> direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas

---

<sup>366</sup> “Artigo 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.”

<sup>367</sup> Conforme definição legal, entende-se como transferência voluntária “a entrega 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 Saúde.”(artigo 25, *caput*, da Lei Complementar n. 101).

<sup>368</sup> Inclui-se nesta destinação a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital, conforme prevê o § 2º do artigo 26 da LRF.

na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou ainda em seus créditos adicionais. Conclui-se, portanto, que as transferências de recursos públicos para o setor privado depende impreterivelmente da autorização legislativa, sob pena de restar maculada a legalidade da transferência. Explica-se: o Município de Barra do Jacaré, por intermédio de sua Prefeitura, para realizar a transferência de recursos para uma Associação de Assistência Social do Bairro Noroeste deverá possuir indissociavelmente uma norma legal para autorizar a referida transferência.<sup>369</sup> Esta posição é consubstanciada por Marcos Juruena Villela Souto, o qual defende que atribui-se “competência ao Poder Legislativo para apreciar e aprovar convênios, acordos, convenções coletivas que resultem para o Estado encargos não estabelecidos na lei orçamentária.”<sup>370</sup>

Ademais, a participação do Poder Legislativo na elaboração e aprovação das despesas que serão efetuadas pelo Poder Executivo encontra guarida no atual texto constitucional, mais precisamente de acordo com as normas previstas no Título “Das Finanças Públicas”. Esta participação tem o desiderato de propiciar um controle recíproco entre os Poderes, mesmo que preservadas as suas respectivas independências. Sobre o assunto, pode-se aproveitar o raciocínio de Kildare Gonçalves que diz que “para que um grupo de pressão possa abusar do poder estatal, em seu próprio interesse, não basta que ele se volte para apenas uma autoridade, mas tenha que conquistar os diferentes poderes do Estado, o que dificulta a sua ação.”<sup>371</sup> Nuno Piçarra, na mesma direção, relata que “as instituições democráticas devem estar ao serviço da opinião da maioria do eleitorado e não ao serviço de um conglomerado de grupos de pressão.”<sup>372</sup>

Clèmerson Merlin Clève ao discorrer sobre o princípio da separação dos Poderes e o intuito perquirido por Montesquieu relata que a missão dos juristas não é somente pegar os ensinamentos preconizados pelo referido filósofo e aplicá-lo de forma estanque e crua, mas sim deve o jurista interpretar e adaptá-lo para a realidade constitucional do nosso tempo. Por esta razão, Clève ensina que “aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar

---

<sup>369</sup> Segundo Carlos Maurício Figueiredo, a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal é indispensável o cumprimento de três requisitos: 1. Ter previsão no orçamento ou em seus créditos adicionais; 2. Atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e; 3. Ter autorização por lei específica. (FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos. **Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 141).

<sup>370</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 441.

<sup>371</sup> GONÇALVES, Kildare. **Direito Constitucional**. 14. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 169.

<sup>372</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 233.

os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (tais mecanismos) mais seguros e eficazes.”<sup>373</sup> Trazendo esta passagem para os convênios administrativos e a necessidade de autorização do Poder Legislativo, nem que seja por intermédio da autorização na lei orçamentária, convém sobrepor que o Poder Executivo precisa realizar as suas atividades em prol do interesse público primário face às enormes demandas, todavia não se pode furtar do controle para evitar possíveis excessos.

Por estes fundamentos e prescrições normativas suscitadas, conclui-se quanto à aprovação do Poder Legislativo sobre os convênios firmados pelo Poder Executivo divide-se em três pontos: (i) há desnecessidade de anuência do Poder Legislativo quando o Poder Executivo celebrar um convênio que não envolva repasses financeiros; (ii) há desnecessidade também caso envolva repasses financeiros, porém todos estes com previsão legislativa, mais precisamente no mínimo na lei orçamentária anual, que ampare a transferência de recursos para terceiro, seja entidade pública ou privada, salvo os casos previstos no artigo 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal que precisam também de uma lei específica autorizativa; (iii) há necessariamente que ocorrer a aquiescência do Poder Legislativo quando o Poder Executivo firmar um convênio que envolva transferência de recursos financeiros, os quais não estejam previstos na lei orçamentária anual.

---

<sup>373</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

## CAPÍTULO II – A NORMATIVIDADE DO PRINCÍPIO JURÍDICO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988

### 2.1 Os princípios jurídicos e a sua nova concepção na era pós-positivista

Após meados do século XX, os princípios jurídicos têm sido alvo de diversos estudos e obras publicadas no mundo em razão da sua importância para a era pós-positivista. O grande debate sobre os princípios jurídicos se deve à impossibilidade de persistir caprichos ou formalismos desnecessários, que estejam estritamente arraigados ao positivismo jurídico. A sociedade e o sistema jurídico clamam pela concepção das normas jurídicas aliada com as suas conseqüências sociais. Esta ligação entre as normas jurídicas e as suas conseqüências jamais tem por desiderato afastar a juridicidade ou a indispensabilidade de prescrição para a regulação do Direito.

O processo de mudança inicia-se a partir da segunda metade do século XX. Luis Roberto Barroso salienta que em tal momento histórico não se suportava mais o positivismo jurídico, “a aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições do que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito.” Posteriormente, Luis Roberto Barroso complementa que superado o positivismo jurídico, não se poderia acatar o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, com a volta de fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva, despótica. Por isso, segundo o autor, “nesse contexto, o pós positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade.”<sup>374</sup>

O pós-positivismo é considerado “uma superação do legalismo, não com recurso a idéias metafísicas ou abstratas, mas pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade.”<sup>375</sup> O que a fase pós-positivista busca, em partes, é desmistificar a existência fechada dentro do sistema de todas as respostas de modo direto e estanque. A vida social e as relações existentes no dia-a-dia não permitem que o Direito objetivamente apresente todas as

---

<sup>374</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 01, n. 01, 2002, p. 15-60, p. 41. Neste mesmo sentido, Paulo Bonavides realça os golpes sofridos pelo positivo legalista e pelo Direito Natural. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 265).

<sup>375</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 01, n. 01, 2002, p. 15-60, p. 53.

respostas diretamente e seja manuseado como uma máquina para o objetivo final do Direito. Acerca desta nova visão, Luigi Ferrajoli dispõe sobre as mudanças na ciência jurídica da seguinte forma:

*Y la ciencia jurídica ha dejado de ser , supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto; crítica del derecho inválido aunque vigente cuando se separa de la Constitución; reinterpretación del sistema normativo en su totalidad a la luz de los principios establecidos en aquélla; análisis de las antinomias y de las lagunas; elaboración y proyección de las garantías todavía inexistentes o inadecuadas no obstante venir exigidas por las normas constitucionales.*<sup>376</sup>

Pode-se dizer que a era pós-positivista traz um referencial não somente arraigado às regras jurídicas puras e à prescrição excessiva e formalista, porém um novo espectro direcionado para o estudo da prescrição jurídica por intermédio das normas jurídicas, que podem ser regras ou princípios, exsurge para alterar esta diretriz. Assim, visualiza-se uma valoração diversificada para os princípios na aplicação do Direito. No entanto isso nem sempre ocorreu desta maneira. Anteriormente, os princípios eram utilizados tão só para orientação das normas, posteriormente para a interpretação das normas e agora, com a fase pós-positivista, a interpretação clama por um exame dos princípios em conjunto com as regras para a aplicação do Direito.<sup>377</sup> Sobre o assunto, Canotilho comenta que a existência de regras e princípios permite a descodificação, “em termos de um constitucionalismo adequado, da estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios”, o qual é deveras útil para transcender aquele sistema jurídico de limitada racionalidade prática que se consubstanciava pelas regras. O autor português adverte que os princípios têm o seu papel fundamental, mas não quer dizer que eles substituem as regras e estas são despiciendas; muito pelo contrário, é indispensável que o sistema aberto seja de regras e princípios, até porque todo sistema carece de regras juntamente com princípios.<sup>378</sup>

Reitera-se que antes aos estudos da chamada fase pós-positivista, negava-se a valoração normativa dos princípios. Estes não eram encarados como normas jurídicas, mas sim como valores ou linhas a subsidiar a aplicação do Direito. Walter Claudius Rothenburg

<sup>376</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2001. p. 55.

<sup>377</sup> Acerca da interpretação das normas, sempre valioso recorrer ao escólio de Karl Larenz ao dizer que: “Interpretar é (...) uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático. O texto da norma torna-se problemático para quem a aplica atendendo à aplicabilidade da norma precisamente a uma situação de facto dessa espécie.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 437).

<sup>378</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1162-1163.

aborda a negativa do caráter normativo dos princípios que anteriormente preponderava nos seguintes termos:

Por força de sua suposta natureza 'transcendental', ou em razão de seu conteúdo e vagueza, bem como pela formulação através de dispositivos destituídos de sanção (imediata), eram os princípios qualificados como meras exortações, preceitos de ordem moral ou política, mas não verdadeiros comandos de Direito. E porque a própria constituição seria, justamente, aquele momento limítrofe entre o social (a moral, o político, etc) e o jurídico, ou seja, porque a própria constituição não representaria um corpo estritamente jurídico, aparecia ela como o repositório natural dos princípios assim considerados (desprovidos de natureza eminentemente jurídica).<sup>379</sup>

Refutando este raciocínio, o valor normativo dos princípios serve como esteio para a superação do positivismo legalista e, inclusive, Luis Roberto Barroso enquadra a distinção qualitativa entre regra e princípio como “um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas.”<sup>380</sup>

Assim, depreende-se que o modelo tradicional foi concebido para a interpretação e aplicação das regras, porém, hodiernamente prepondera a noção de que o sistema jurídico se fundamenta pela aplicação de normas jurídicas, estas integradas por uma série de princípios e regras equilibrados. Fala-se em equilibrados, pois as regras realizam o papel de segurança jurídica a partir do momento em que as suas hipóteses de incidência e conseqüências são objetivas. Doutra lado, os princípios com a sua vagueza e flexibilidade consubstanciam a aplicação do direito para uma decisão justa no caso concreto. Eros Roberto Grau concorda com Luis Roberto Barroso e assevera sobre a valoração normativa dos princípios como espécie das normas jurídicas.<sup>381</sup>

As Constituições modernas<sup>382</sup> seguem esta concepção tanto que a maioria dos textos constitucionais prescreve princípios a serem perseguidos pelo Estado em sua atuação.

<sup>379</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 13.

<sup>380</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 01, n. 01, 2002, p. 15-60, p. 44.

<sup>381</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. Ed. 2009, p. 49. Para Eros Roberto Grau há uma diferença entre princípios de direito e princípio do direito. “Os princípios de direito que descobrimos no interior do ordenamento jurídico são princípios deste ordenamento jurídico, deste direito. Os princípios em estado de latência existentes sob cada ordenamento – isto é, sob cada direito posto – repousam no direito pressuposto que a ele corresponda.” (GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. Ed. 2009, p. 47).

<sup>382</sup> Consideram-se Constituições Modernas àquelas posteriores à Segunda Guerra Mundial. Nesse compasso, Edilson Pereira Nobre Júnior coteja que “superado o positivismo estrito ou legalista, as Constituições promulgadas a partir da metade do século XX aderiram ao que, na cultura jurídica, convencionou-se chamar de pós-positivismo, de maneira a ajustar a idéia de legalidade à conformidade com o Direito, movimento a grassar no direito administrativo, o qual passa a fundar-se em preceitos oriundos dos tradicionais princípios gerais do direito e, mais recentemente, daqueles resultantes dos imperativos da vida coletiva, como é o caso da eficiência na ação administrativa.” (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, jul-set. 2005, p. 209-240, p. 226).

Luis Roberto Barroso aborda que “no Direito Contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”<sup>383</sup>

Diante esta conjectura explicitada, na era pós-positivista, conclui-se que os princípios jurídicos ganham espaço para a interpretação e aplicação do Direito.

---

<sup>383</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316.

## 2.2 A definição de princípios: uma espécie de norma jurídica

A definição de princípios jurídicos pelos juristas nas últimas décadas demonstra por si claramente o avanço na sua definição ou pelo menos o constante trabalho realizado pelos estudiosos do Direito. Carreiam-se algumas definições de alguns clássicos juristas brasileiros para ulteriormente deduzir qual descrição revela-se como a mais aceita na era pós-positivista.

Miguel Reale qualifica os princípios como “verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários.”<sup>384</sup> Carlos Ari Sundfeld defende 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. Sua enunciação tem, portanto, uma primeira utilidade evidente: ajudar no ato de conhecimento. Mas, para o profissional do Direito, sua importância não é só esta. Os princípios são verdadeiras normas, que devem ser tomadas em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos. O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre princípios e regras, no sentido que vai daqueles para estas. Por isso, conhecer os princípios do Direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente.<sup>385</sup>

Por sua vez, José Cretella Júnior diz que princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.<sup>386</sup> Já De Plácido e Silva em seu Dicionário Jurídico estabelece que:

No sentido, notadamente no plural, significa que as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. E, assim, princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser toda em qualquer operação jurídica. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou regra jurídica. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas. Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.<sup>387</sup>

<sup>384</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 60.

<sup>385</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.18-19.

<sup>386</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 06.

<sup>387</sup> SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 1095.



Celso Antônio Bandeira de Mello, em clássica definição, delimita princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.”<sup>388</sup>

J.J. Gomes Canotilho enuncia que os princípios “são normas jurídicas impostivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos”, sendo que a convivência dos princípios é conflitual e tais coexistem. Como se constituem como exigências de otimização, “permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes.”<sup>389</sup>

Cármem Lúcia Antunes Rocha ao discorrer sobre os princípios enfoca a questão da sua origem decorrente da sociedade ao dizer que os princípios são “dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional”, tanto que “os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios”<sup>390</sup> Já exteriorizando a questão da aplicabilidade dos princípios, Humberto Ávila demarca que tais são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”<sup>391</sup>

Por sua vez, o filósofo Robert Alexy define os princípios como normas jurídicas, justificando-se, pois “(...) ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da premissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.” Depois, ainda

---

<sup>388</sup> Duma análise geral dos princípios ante o sistema jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello sob o seu raciocínio colige que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”. Em seguida, ainda conclui que “é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a ser arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53).

<sup>389</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1161.

<sup>390</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 25.

<sup>391</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78-79.

completa que “a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.”<sup>392</sup>

Para o presente trabalho e tendo em vista que se almeja a definição de princípios sob o espectro na fase pós-positivista, inferem-se as exposições do clássico Robert Alexy e dos juristas Humberto Ávila e Carmem Lúcia Antunes da Rocha como pertinentes à referida fase que é considerada para consubstanciar as conclusões a serem desenvolvidas.<sup>393</sup>

Contudo, antes de encerrar este tópico, impende ressaltar que não se pode confundir a teoria dos valores com a teoria dos princípios. Para explicar esta diferença, Carmem Lúcia Antunes da Rocha explana da seguinte forma:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social.<sup>394</sup>

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau também destaca a distinção entre princípios e valores baseado no escólio de Habermas:

(...) os princípios obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Os valores, por outro lado, devem ser entendimentos como preferências intersubjetivamente compartilhadas; expressam a ‘preferenciabilidade’ (vorzugswürdigkeit) – o caráter preferencial – de bens pelos quais se considera, em coletividades específicas, que vale a pena lutar e que são adquiridos ou realizados mediante ações dirigidas a objetivos ou finalidades. Daí dizermos que valores são bens atrativos – não são normas.<sup>395</sup>

Como exposto neste tópico, infere-se que, pela fase pós-positivista, os princípios conquistam o status de norma jurídica, logo superam a assertiva, nos termos de Luis Roberto Barroso, “de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.”<sup>396</sup> Por conseguinte, seguindo o raciocínio ora alinhavado e decorrente deste momento pós-positivista legalista, conclui-se que os princípios ao lado das

<sup>392</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

<sup>393</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello faz questão de sobressaltar, em nota de rodapé, a adoção de rótulos diferenciados para a definição de princípios jurídicos e assevera que inexistem uma definição correta e uma incorreta por parte dos juristas, mas tão somente rótulos e pontos de vistas distintos, os quais por sua vez partem de premissas diversas. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53)

<sup>394</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.

<sup>395</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112.

<sup>396</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 01, n. 01, 2002, p. 15-60, p. 43.

regras jurídicas integram as normas jurídicas, porém em razão desta proximidade persiste a dúvida acerca de quais são as diferenças entre tais espécies de normas jurídicas.

A grande baliza de partida para a discrepância entre regra e princípio é a densidade normativa, também denominada por vagueza ou abstração. Sobre o assunto, Josef Esser aborda que:

(...) os princípios jurídicos, diferentemente das normas [regras] de direito, são conteúdo em oposição a forma, embora o uso dessas categorias aristotélicas – adverte – não nos deva induzir a pensar que a forma seja o acessório de algo essencial” e justifica que “histórica e efetivamente, a forma, entendida processualmente como meio de proteção do direito ou materialmente como norma, é sempre o essencial, o único que pode conferir realidade e significação jurídica àquele conteúdo fundamental ainda não reconhecido como ratio.<sup>397</sup>

Sob uma roupagem de abstração dos princípios, Walter Rothenburg qualifica tal característica como uma diferença formal com as regras e assevera que os princípios “são dotados de vagueza, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico.”<sup>398</sup> Alerta o mencionado jurista que o elevado grau de abstração ou vagueza “não significa impossibilidade de determinação – e, conseqüentemente, de baixa densidade semântico-normativa (mas podendo ser integrados por meio de interpretação/aplicação, sobretudo através de outras normas e até mesmo em relação a situações específicas, como decisões judiciais e atos administrativos), ao passo que as demais normas (regras) possuem um menor grau de abstração e mais alta densidade normativa.”<sup>399</sup> Ademais, com todo zelo, o autor ao afirmar que os princípios são vagos, alerta que tal raciocínio não corresponde e nem permite asseverar que “os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos”, muito pelo contrário, pois “possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto.”<sup>400</sup>

Já Gustavo Zagrebelsky explica a concreção de cada espécie de norma jurídica e quais são as diferenças imediatas:

Noutros termos, enquanto as regras nos dizem como devemos, não devemos ou podemos atuar em situações específicas, os princípios a esse respeito nada nos dizem diretamente, embora nos proporcionem critérios para tomar posição em circunstâncias só aparentemente indeterminadas. Mais ainda, porque não contêm ‘suposto de fato’, a eles, diversamente do que ocorre com as

<sup>397</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, 1961, p. 65.

<sup>398</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 18.

<sup>399</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 17.

<sup>400</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 18.

regras, só podemos atribuir algum significado operativo fazendo-os ‘reagir’ diante de casos concretos.<sup>401</sup>

Outra diferença, segundo Zagrebelsky, reside na aplicação dos princípios, a qual não é “mecânica”, como pode ser atribuída a aplicação, subsunção, das regras diante da situação fática. Segundo o autor, “no caso dos princípios, essa ‘aplicação’ é completamente diferente, pois, quando a realidade nos exige alguma ‘resposta’, nossa ‘tomada de posição’ será conforme esses princípios.”<sup>402</sup>

Por sua vez, Inocêncio Mártires Coelho escolhe a questão do critério de aplicabilidade para realizar a distinção e informa que “pode-se dizer que os princípios jurídicos se produzem necessariamente em dois tempos e a quatro mãos: primeiro são formulados genérica e abstratamente pelo legislador; depois se transformam e se concretizam, naturalmente, em normas de decisão que, a partir deles, são criadas pelos intérpretes e aplicadores do direito.”<sup>403</sup> Ainda completa que diferentemente das regras jurídicas puras, na qual o legislador prescreve desde a hipótese de incidência e a sanção, o princípio jurídico carece desta imediatez, isto porque “no que respeita aos princípios jurídicos ele se abstém de fazer isso, ou pelo menos de fazê-lo sozinho e por inteiro, preferindo compartilhar essa tarefa com aqueles que irão aplicá-los, porque sabe de antemão que é somente em face de situações concretas que essas espécies normativas logram atualizar-se e operar como verdadeiros mandados de otimização.”<sup>404</sup>

Já Luis Roberto Barroso realiza a distinção entre regras e princípios em razão dos seguintes critérios: (i) quanto ao conteúdo: regras expressam situações objetivas de conduta a serem persecutadas, já os princípios apontam valores ou fins a serem colimados; quanto à estrutura normativa: as regras estereotipam o modelo tradicional de regra (descrição de uma conduta com a atribuição do seu efeito jurídico), já os princípios apontam estados ideais que comportam o seu cumprimento por mais diversas condutas, cabendo ao intérprete ajustá-los ao caso concreto; (iii) quanto ao modo de aplicação, as regras aplicam-se pelo enquadramento do fato concreto à prescrição normativa (descrição), inclusive com a consequência jurídica determinada pela norma, já os princípios aplicam-se ao caso concreto junto ou até em colisão

---

<sup>401</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho útil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 110.

<sup>402</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho útil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 111.

<sup>403</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 70.

<sup>404</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-70.

com outros princípios num caso concreto, cabendo ao intérprete utilizar a ponderação para a escoreita aplicação.<sup>405</sup>

Virgílio Afonso da Silva propõe os seguintes critérios para a distinção entre regras e princípios: (i) direitos definitivos e direitos ‘prima facie’, enquanto a estrutura das regras garantem direitos definitivos, os princípios garantem direitos *prima facie*; os princípios são mandados de otimização, seguindo a classificação de Alexy, e por isso os princípios podem ser realizados em diversos graus e; os conflitos normativos entre regras resolve-se pela solução tudo-ou-nada, já os princípios pela ponderação.<sup>406</sup>

Cumprindo ainda destacar a idéia de Robert Alexy e Ronald Dworkin que são considerados os diferenciais para a moderna dogmática constitucional. Consoante Robert Alexy há diversos critérios para diferenciar princípios de regras, porém o correto na sua visão é a diferença qualitativa entre ambas as espécies normativas. Com foco neste critério qualitativo, Robert Alexy coloca que “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Em razão disso, Alexy qualifica que os princípios são “mandados de otimização” pelo fato de que “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”<sup>407</sup>

Como, por ora, está se descrevendo sobre as diferenças com regras, vale transcrever o que Alexy compreende por regras:

(...) são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.<sup>408</sup>

Em sentido similar, Ronaldo Dworkin também aponta para a disparidade entre regras e princípios no sentido de que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm. A citada dimensão do peso ou da importância é crucial para diferenciá-los das regras. Por isso, o autor detalha que quando os princípios se inter cruzam, “aquele que vai resolver o

<sup>405</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 317.

<sup>406</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-56.

<sup>407</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>408</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um.”<sup>409</sup> Além disso, Dworkin deixa bem claro que os princípios não são iguais às regras no tocante à prescrição de consequência imediata. Ou seja, enquanto as regras enunciam a situação fática e a respectiva consequência no caso de incidência em tal suporte fático, os princípios não apresentam consequências jurídicas “que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.”<sup>410</sup> Por outro lado, as regras não têm essa dimensão. Neste diapasão, segundo o autor, pode-se dizer que “as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes.”<sup>411</sup> Ademais, é indispensável lembrar que a regra pode ser mais importante do que a outra em razão do papel desempenhado na regulação do comportamento, porém não se pode asseverar que uma regra é mais importante do que outra num sistema de regras. Isto porque se duas regras se conflitam, então uma delas não pode ser válida.<sup>412</sup>

Esta diferença qualitativa entre regras e princípios quando da aplicabilidade das regras e dos princípios é essencial, principalmente para o conflito entre regras e a colisão de princípios.

---

<sup>409</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42-43.

<sup>410</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40.

<sup>411</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.

<sup>412</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.

### 2.3 A relevância dos princípios jurídicos como normas interpretativas e substanciais na aplicação do direito e o enfrentamento entre princípios

A importância dos princípios na atualidade é um fato incontroverso, principalmente para a correta interpretação e aplicação do direito moderno. Luis Roberto Barroso, em sua obra *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, acentua a imprescindibilidade dos princípios para o aplicador do direito, inclusive abordando diversas facetas e momentos de sua aplicabilidade:

Princípios constitucionais incidem sobre o mundo jurídico e sobre a realidade fática de diferentes maneiras. Por vezes, o princípio será fundamento de uma decisão. De outras vezes, sua incidência será indireta, condicionando a interpretação de determinada regra ou paralisando sua eficácia. Relembre-se que entre regras e princípios constitucionais não há hierarquia jurídica, como decorrência do princípio instrumental da unidade da Constituição, embora alguns autores se refiram a uma hierarquia axiológica, devido ao fato de os princípios condicionarem a compreensão das regras e até mesmo, em certas hipóteses, poderem afastar sua incidência.<sup>413</sup>

Inocêncio Mártires Coelho enfatiza a função dogmática dos princípios e diz que “embora se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, ajudam a resolver em verdade e quase sempre, os princípios da interpretação funcionam como fórmulas persuasivas, das quais se valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, sem o apoio desses cânones interpretativos se mostrariam arbitrárias ou desprovidas de fundamento.”<sup>414</sup>

Ou seja, os princípios servem como balizas na interpretação e aplicação das normas jurídicas. Neste mesmo norte, Luis Roberto Barroso aponta que os princípios têm parâmetro de guia para o intérprete, o qual deve pautar a sua atuação “pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar a formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.”<sup>415</sup>

Segundo Larenz, os princípios cumprem uma função positiva – que consiste no influxo que exercem em relação às decisões jurídicas e, assim, no conteúdo da regulação que

---

<sup>413</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318.

<sup>414</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97-98.

<sup>415</sup> BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 01, n. 01, 2002, p. 15-60, p. 43.

tais decisões instalam – e uma função negativa – que consiste na exclusão de valores contrapostos e das normas que repousem sobre esses valores.<sup>416</sup>

Demonstrada perfunctoriamente a relevância dos princípios, faz-se necessário trazer a assertiva de Humberto Ávila que “os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras.”<sup>417</sup> Até porque, como o intérprete buscará o silogismo da premissa maior com a premissa menor, neste momento de adaptação e racionalidade<sup>418</sup> jurídica deverá submeter os princípios à sua utilidade e necessidade em conjunto com as regras para o intérprete e aplicador do direito.

Quanto ao enfrentamento entre princípios e os efeitos da colisão, faz-se necessário impender que o raciocínio a seguir esposado não ecoa para as regras jurídicas também. Enquanto nas regras jurídicas existe o conflito de regras, nos princípios jurídicos prevalece a colisão de princípios. A diferença não é apenas semântica, mas sim de definições e repercussões jurídicas.<sup>419</sup>

O conflito de regras é conhecido e resolvido pelas regras de extirpação das antinomias jurídicas que estão prescritas no ordenamento pátrio na Lei de Introdução ao Código Civil, mais precisamente no artigo 2º.<sup>420</sup> Os critérios para a solução das antinomias jurídicas são: hierárquico, especificidade e cronológico. O conflito de regras é resolvido no critério hierárquico, quando prevalece a regra hierarquicamente superior em detrimento da inferior, a qual passa a ser inválida. Ou seja, a regra hierarquicamente superior prevalece sobre a inferior. O critério de especificidade ocorre quando a regra especial persiste no sistema jurídico em detrimento da regra geral, a qual é expurgada do mundo prescritivo. Já no

<sup>416</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 33.

<sup>417</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

<sup>418</sup> Ao falar em racionalidade, vale recordar dos comentários de Inocêncio Mártires Coelho: “Noutro dizer, se o objeto a ser interpretado – seja ele uma norma ou conjunto de normas – é algo que se considera racional por definição, então essa mesma racionalidade há de presidir o manejo dos princípios que regulam a sua interpretação.” (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101).

<sup>419</sup> Evita-se a expressão conflito normativo, isto porque, conforme leciona Virgílio Afonso da Silva, “o conceito de conflitos normativos é algo sobre o qual pairam diversas polêmicas. Sobretudo sua relação com outros conceitos afins, às vezes tomados como sinônimos, às vezes tomados como coisa distinta – como é o caso das colisões entre normas e das contradições normativas – é algo sobre o qual há poucos pontos pacíficos no debate jurídico.” E continua, o autor, a conceituar o que entende por conflito normativo, qual seja: “(...) conflitos entre regras e às colisões entre princípios. Nesse sentido, um conflito normativo nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47).

<sup>420</sup> “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”



critério cronológico, o conflito é dirimido pela regra temporal, isto é, a regra prescrita posteriormente persiste no sistema jurídico, enquanto a inferior é revogada.<sup>421</sup>

Com isso, tem-se que o conflito entre regras resolve-se pela revogação da regra geral pela regra especial, da regra posterior pela regra anterior e da regra inferior pela regra superior. Ou seja, não pode jamais persistir duas regras antagônicas e conflituosas.

Segundo Robert Alexy, fica bastante clara a necessidade de solucionar o impasse de um conflito de regras com uma cláusula ou com a declaração de invalidade de uma delas, quando menciona que “um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.”<sup>422</sup>

A tese de Alexy e de Dworkin no conflito de regras também é conhecida pela expressão, ou tudo ou nada, isto é, para representar a impossibilidade de serem válidas duas regras antitéticas.<sup>423</sup> Ou seja, por este raciocínio inclusive Dworkin assevera que a diferença entre tais espécies de normas decorre de natureza lógica. Ronald Dworkin aduz que as regras e os princípios apontam para decisões particulares sobre a obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, “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 ou 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.”<sup>424</sup> Já nos princípios não existe um conflito, e sim uma colisão de princípios. A diferença inicia-se pela denominação da expressão gramatical, isto porque, enquanto o conflito enseja a regra da invalidade de uma norma em face de outra, a colisão de princípios ocasiona a prevalência de um princípio sobre outro num dado caso concreto.<sup>425</sup> A colisão, nas palavras de Luis Roberto Barroso, de princípios decorre “do

---

<sup>421</sup> BARROSO, Luis Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 341-350.

<sup>422</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

<sup>423</sup> Salienta-se que existem diferenças entre as duas teorias.

<sup>424</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

<sup>425</sup> Na colisão de princípios, segundo Inocêncio Mártires Coelho, “diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável à mesma situação de fato, em vez de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com exclusão de outros que, *prima facie*, repete igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma ponderação entre os standards concorrentes – obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão -, optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça.” (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73).

pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição.”<sup>426</sup>

Como solucionar então a questão da colisão de princípios?

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta três soluções para o deslinde de colisão entre princípios: conciliação (a conciliação buscaria harmonizar e conciliar os dois), pertinência (prepondera o princípio que “concerne, mas de perto, à matéria em causa” e ‘peso’, segundo o jurista Manoel tal solução presume uma valoração e esta por sua vez, em severa crítica, é “sempre arbitrária e discutível, já que a Constituição não estabelece tal escala.”<sup>427</sup> Vale mencionar que o jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho realiza uma ferrenha crítica a idéia de ponderação de peso em razão da liberdade ao aplicador e intérprete do Direito, o que poderia ajudar no esvaziamento do positivismo.

Inocência Coelho ressalta que somente ocorre a colisão de princípios, visto que inexistente hierarquia entre eles. Sobre o assunto, menciona que “é intuitivo que a priori não exista uma hierarquia fixa e abstrata entre os diversos princípios, ressalvado – porque fora de cotejo axiológico – o valor incondicionado da pessoa humana como valor-fonte de todos os valores, como valor fundante da experiência ética ou, se preferirmos, como princípio e fim de toda ordem jurídica.”<sup>428</sup> Justifica ainda ao dizer que na aplicação de princípios:

(... ) ao contrário, a maioria entende que não se faz necessária a formulação de regras de colisão, porque essas espécies normativas – por sua própria natureza, finalidade e formulação – parece não se prestarem a provocar conflitos, criando apenas momentâneos estados de tensão ou de mal-estar hermenêutico, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do direito.<sup>429</sup>

E ainda aborda que para a solução da colisão, deve-se alvitrar da “idéia de um jogo concertado, de restrições e complementações recíprocas, entre os diversos cânones interpretativos eventualmente concorrentes, do qual resulta, ao fim e ao cabo, a sua mútua e necessária conciliação.”<sup>430</sup>

Já Luis Roberto Barroso destaca que a colisão de princípios possui as seguintes características:<sup>431</sup> “(i) a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para

<sup>426</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329. Apesar de o autor mencionar princípios constitucionais, o mesmo raciocínio prevalece para os princípios em geral, tanto constitucionais como infraconstitucionais.

<sup>427</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 397.

<sup>428</sup> COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 68.

<sup>429</sup> COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

<sup>430</sup> COELHO, Inocência Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 101.

<sup>431</sup> Tais características, segundo Luis Roberto Barroso, são comuns para as colisões entre princípios constitucionais, colisões entre direitos fundamentais e colisões entre direitos fundamentais e outros valores e

resolvê-los: (ii) a inadequação do método subsuntivo para formulação da norma concreta que irá decidir a controvérsia e (iii) a necessidade de ponderação para encontrar o resultado constitucionalmente adequado.”<sup>432</sup>

Por sua vez, Robert Alexy elucidada de modo bastante nítido como dirimir a colisão de princípios:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.<sup>433</sup>

Apesar das críticas de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, verifica-se que a técnica da ponderação, com o sopesamento dos princípios em colisão no caso concreto, é a que prevalece e qualifica-se como ímpar para a solução dos princípios colidentes, e inclusive não dá margem para uma solução fora das possibilidades jurídicas.<sup>434</sup>

Desse modo, pode-se concluir que a colisão de princípios não afeta a esfera da validade das normas jurídicas. Ademais, impende deduzir que tal embate é resolvido pelo peso a ser atribuído aos princípios colidentes pelo intérprete e aplicador do direito dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, o qual deverá buscar sempre uma concertação entre os princípios para que haja o menor sacrifício possível.

---

interesses constitucionais. (BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331).

<sup>432</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331.

<sup>433</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

<sup>434</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 397.

## 2.4 A técnica da ponderação como critério insofismável na solução da colisão de princípios

A técnica da ponderação usada para dirimir a rota colidente entre princípios exterioriza claramente a distinção entre regras e princípios, visto que a ponderação contrasta frontalmente com o método da subsunção.<sup>435</sup> A subsunção é utilizada para a interpretação e aplicação das regras jurídicas. Desenvolve-se pelo clássico silogismo em que a premissa maior incide sobre a premissa menor e produz um resultado, que por sua vez tem efeitos e repercussão jurídica. Luis Roberto Barroso, sempre fazendo um contexto histórico, pronuncia que “por muito tempo, a subsunção foi o raciocínio padrão na aplicação do Direito” e descreve que ela se “desenvolve por via de um raciocínio silogístico, no qual a premissa maior – a norma – incide sobre a premissa menor – os fatos, produzindo um resultado, fruto da aplicação da norma ao caso concreto.”<sup>436</sup> Ao analisar a subsunção e recordar das características diferenciadores das regras e dos princípios, verifica-se que a subsunção não é critério para analisar a validade dos princípios. Por isso, recorre-se à técnica da ponderação.

Ana Paula de Barcellos acentua que “sob o espectro metodológico, a ponderação é a alternativa à subsunção quando se aborda os princípios” e posteriormente ainda complementa que ponderação deve ser usada “quando há diversas premissas maiores igualmente válidas e vigentes, de mesma hierarquia e que indicam soluções diversas e contraditórias. Nesse contexto, a subsunção não tem elementos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes: sua lógica de funcionamentos tentará isolar uma única premissa maior para o caso, o que não será possível.”<sup>437</sup>

De certo modo, discordando de que a aplicação da ponderação dos princípios na realidade brasileira é um sucesso sem qualquer mácula, Daniel Sarmento aponta a existência, principalmente, de três objeções ao neoconstitucionalismo<sup>438</sup> para o Brasil: “(a) a de que o seu

---

<sup>435</sup> Salienta-se que Humberto Ávila faz uma análise crítica sobre a afirmação de que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios e que os princípios possuem uma dimensão de peso.” (AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52).

<sup>436</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333.

<sup>437</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 115.

<sup>438</sup> Segundo Daniel Sarmento, o neoconstitucionalismo marca uma mudança de paradigma no Direito Constitucional dos Estados, sendo que especificamente no Brasil ele é marcado por dois momentos: “constitucionalismo brasileiro da efetividade” e o pós-positivismo constitucional, o qual plasma a conjuntura em que os princípios possuem larga relevância. (SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos**

pendor judicialista é anti-democrático; (b) a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura; e (c) a de que ele pode gerar uma panconstitucionalização do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo.” A crítica que deve ser analisada e principalmente digerida, pois é integralmente procedente, refere-se ao fato de uma imersão de interpretações e decisões com base em princípios, as quais não tem sido motivadas. Além disso, a invocação de princípios muito vagos . O autor não pretende o afastamento da ponderação, mas sim uma justa medida para que seja usada no que for necessário e adequado, sem usos infundados e sem esquecer da subsunção das regras, ou seja, roga-se por uma responsabilidade no uso dos princípios e da ponderação com outros princípios para decisões.<sup>439</sup>

Humberto Ávila afirma que para se evoluir a uma ponderação intensamente estruturada, algumas etapas são fundamentais, quais sejam:

A primeira delas é a da preparação da ponderação (Abwägungs-vorbereitung). Nessa fase devem ser analisados todos os elementos e argumento, o mais exaustivamente possível. (...)

A segunda etapa é a da realização da ponderação (Abwägungs), em que vai se fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto de sopesamento. No caso de ponderação de princípios, essa deve indicar a relação de primazia entre um e outro.

A terceira etapa é a de reconstrução da ponderação (Rekonstruktion der Abwägungs), mediante a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso.<sup>440</sup>

Para ficar indene de dúvidas acerca das distinções, Luis Roberto Barroso explica pedagogicamente e sob uma clareza solar que a “subsunção é um quadro geométrico, com três cores distintas e nítidas. A ponderação é uma pintura moderna, com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que outras, mas formando uma unidade estética.” Alerta também que, como a ponderação depende do intérprete e do aplicador do direito, “a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna.”<sup>441</sup>

No sempre ideal de contribuir para o estudioso do Direito, Luis Roberto Barroso segmenta a ponderação em três etapas. Na primeira, “cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas.” Na segunda, “cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os

---

e possibilidades. Disponível em: [http://www.ediforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.ediforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993) Acesso em 16. fev. 2011.)

<sup>439</sup> SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <[http://www.ediforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.ediforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993)> Acesso em 16. fev. 2011.

<sup>440</sup> AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 132.

<sup>441</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

elementos normativos.” Já na terceira, há a dedicação à decisão, quando os “diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso.”<sup>442</sup>

É nesta última etapa em que “será preciso ainda decidir quão intensamente esses grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada.”<sup>443</sup> Para a adequada e justa ponderação, esta última etapa deve ser permeada e direcionada por dois princípios constitucionais, quais sejam, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.<sup>444</sup>

Os princípios da proporcionalidade<sup>445</sup> e da razoabilidade devem ser utilizados pelo intérprete e pelo aplicador do Direito para que a medida seja adequada, se dê na proporção justa e também não venha a ser desarrazoada de acordo com os meios e fins propostos.<sup>446</sup>

<sup>442</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 333.

<sup>443</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 334.

<sup>444</sup> Valeschka e Silva Braga assevera que “a proporcionalidade é verdadeiramente informadora e conformadora da ordem jurídica. Ela é uma garantia especial de que gozam os direitos fundamentais e demais princípios constitucionais para que toda intervenção estatal somente seja admitida se houver adequação, necessidade e proporcionalidade” (BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006, 155). Luis Roberto Barroso denomina que tais princípios são o fio condutor do intérprete.

<sup>445</sup> Ao segmentar o princípio da proporcionalidade nos princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, Suzana de Toledo Barros lembra que o “pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.” Já o juízo da adequação da medida adotada serve “para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do princípio da proporcionalidade”. O que quer dizer, “que sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado” (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 79). Quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, Canotilho pondera: “Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coativa do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 270)

<sup>446</sup> “A ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da razoabilidade-proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o intérprete deverá fazer concessões recíprocas entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer escolhas, determinando, in concreto, o princípio ou direito que irá prevalecer.” (BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338).

Ainda sobre o excesso de zelo na técnica de ponderação, visto que tal momento demanda uma serenidade e placidez para encontrar o caminho adequado e justo no caso concreto, ressalta-se que este cuidado deve ser ainda redobrado quando versar sobre um sistema jurídico permeado de princípios. A questão é aludida por Ana Paula de Barcellos ao dizer que “(...) o fato é que a ponderação acaba por conferir ao intérprete poderes especialmente amplos, mais ainda em um sistema jurídico rico em princípios que veiculam opções valorativas e políticas, bem como em cláusulas gerais, e esse é o ponto fundamental.” Logo, complementa a autora que a ponderação deve ser utilizada somente nas situações em que haja a factibilidade, isto porque “o emprego da ponderação deve ser reservado para as hipóteses que realmente a exijam e sua utilização envolverá especiais cautelas por parte do intérprete, cujas decisões, nesse ambiente, haverão de ser especialmente motivadas.”<sup>447</sup>

Eros Roberto Grau enaltece o momento da ponderação e do sopesar os princípios, tanto que assim explica:

O momento da atribuição de peso maior a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele – desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir – pondera-se o direito em seu todo, desde o texto da Constituição aos mais singelos atos normativos, como totalidade.<sup>448</sup>

O importante no aspecto da compreensão de princípios é ter pleno conhecimento de que, conforme lições de Geraldo Ataliba, jamais um princípio poderá ser “negado, diminuído, contrariado ou esvaziado por força de simples regra.” Ele ainda é mais enfático ao dizer que “É inadmissível e, pois, redondamente errada a conclusão de qualquer trabalho exegético contrastante com a direção apontada por um princípio. É inaceitável qualquer interpretação que importe ignorar, anular um princípio”, até porque, segundo o autor, “os princípios são as linhas mestres, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. (...) Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.”<sup>449</sup>

Portanto, vislumbra-se que a técnica da ponderação não é de fácil assimilação e quiçá de singela aplicação, deve o intérprete ser extremamente zeloso e estudioso para que a medida não se torne desproporcional ou desarrazoada no caso concreto.

<sup>447</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 117, 118.

<sup>448</sup> GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5. Ed. 2009, p. 54.

<sup>449</sup> ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41.

## 2.5 O histórico do princípio da eficiência no ordenamento normativo brasileiro e sua normatividade

A eficiência não é novidade para o sistema jurídico brasileiro quanto à Administração Pública. Em diversos textos normativos pretéritos à Emenda Constitucional nº 19/1998 que incluiu expressamente o princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição já existia menções à eficiência e até em decisão judicial.<sup>450</sup>

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa, prescreveu de modo explícito em seu artigo 26, inciso III, que a supervisão ministerial no tocante à Administração Indireta visa assegurar a eficiência administrativa. Além deste dispositivo, também houve a menção à eficiência neste diploma normativo nos artigos 27, *caput*; 30, § 2º, 100 e 116, inciso I.<sup>451</sup>

Tais alusões à eficiência somente referem-se à transcrição expressão dos vernáculos “eficiência”, “eficiente” ou “ineficiência”, isto porque em outras diversas oportunidades o Decreto-Lei nº 200/67 correlaciona ao desiderato da eficiência, porém com outras palavras.

A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Cíveis da União, estabelece em seu artigo 116 que são deveres dos servidores atender com presteza (inciso III) e zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público (inciso VII). Ou seja, diante dos preceptivos legais, infere-se que a eficiência é persecutida com um dever aos servidores públicos cíveis da União.

<sup>450</sup> “RMS - ADMINISTRATIVO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SERVIDOR PÚBLICO - VENCIMENTOS - PROVENTOS - ACUMULAÇÃO - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E REGIDA POR VÁRIOS PRINCÍPIOS: LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E PUBLICIDADE (CONST., ART. 37). OUTROS TAMBÉM SE EVIDENCIAM NA CARTA POLÍTICA. DENTRE ELES, O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.” (Superior Tribunal de Justiça, RMS 5590 / DF, Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, 6ª Turma, julg. 16/04/1996, DJ 10/06/1996)

<sup>451</sup> “Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: (...) III - A eficiência administrativa. (...) Art. 27. Assegurada a supervisão ministerial, o Poder Executivo outorgará aos órgãos da Administração Federal a autoridade executiva necessária ao eficiente desempenho de sua responsabilidade legal ou regulamentar. (...) Art. 30. Serão organizadas sob a forma de sistema as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central. (...) § 2º O chefe do órgão central do sistema é responsável pelo fiel cumprimento das leis e regulamentos pertinentes e pelo funcionamento eficiente e coordenado do sistema. (...) Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres (...) Art. 116. Ao Departamento Administrativo do Pessoal Civil (DASP) incumbe: I - Cuidar dos assuntos referentes ao pessoal civil da União, adotando medidas visando ao seu aprimoramento e maior eficiência.”



A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, estipula em seu artigo 6º, § 1º, que toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, sendo que este é entendido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

O Decreto Federal nº 1.171/94, que aprovou o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, preconizou em seu inciso I, como regra deontológica de todos os servidores públicos civis federais, que a dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor em sua atuação, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele. Abre-se um parêntese aqui para salientar que inexistente diferença no significado de eficácia e eficiência como será trabalhado em tópico próprio.

Além de todos estes dispositivos normativos infraconstitucionais, impende lembrar ainda que a própria Constituição da República já espelhava a eficiência. Tal reflexo encontra-se tanto no artigo 70 quanto no artigo 74, inciso II.

O artigo 70 prescreve que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta será aferida quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas e será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Já o artigo 74, inciso II, determina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de, dentre outras atribuições, comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

Diante das normas infraconstitucionais e constitucionais alinhavadas, verifica-se que o princípio da eficiência em que pese não estar expressamente prescrito no texto constitucional antes da Emenda Constitucional nº 19/1998, ele já estava presente e irradiava os seus efeitos iminentes apesar de constar com outras expressões. Ou seja, conquanto não estipulado de forma literal, o sentido da eficiência já estava na Constituição e na Administração Pública em si.

Neste sentido, insta frisar que Rui Cirne Lima destaca que o Estado Social, como é o caso do Brasil, possui dois objetivos, tanto no aspecto formal quanto material. O primeiro objetivo é a realização da justiça social, a qual reza favorável a todos os participantes da sociedade, a fim de que estes possam desfrutar de uma vida digna com a satisfação de suas necessidades econômicas e culturais num nível razoável e apropriado. O segundo objetivo é a eficiência da ação, o que significa que “a eficácia das medidas a serem tomadas para a realização do primeiro objetivo, no que concerne ao tempo, à sua abrangência e ao seu conteúdo.”<sup>452</sup> Da mesma forma, Ives Gandra da Silva Martins assenta que o princípio da eficiência é um corolário natural dos demais princípios e que já estava prevista implicitamente antes da Emenda Constitucional nº 19/98, posição compartilhada por Hugo de Brito Machado, o qual justifica que ‘o Estado é mantido pelos cidadãos como instrumento capaz de propiciar segurança e justiça, permitindo-lhe boa qualidade de vida.’<sup>453</sup> Já Paulo Modesto defende que o princípio da eficiência já existia em decorrência do Estado Democrático de Direito:

Reclama-se do Estado cada vez com maior impaciência, para que otimize o seu agir e conduza em termos adequados a realização dos fins prezados pela comunidade. Questiona-se a omissão no agir, a aptidão do agir e a qualidade do agir estatal. Essas exigências não são dirigidas a um Estado liberal, mas um Estado Democrático Social, executor e fomentador da prestação de serviços coletivos essenciais. É o Estado Social que não pode descuidar de agir com eficiência, justificando os recursos que extrai da sociedade com resultados socialmente relevantes. Essas exigências hoje não são mais percebidas em termos meramente políticos ou econômicos (...) juridicizaram-se como exigências do mandamento nacional.<sup>454</sup>

Emerson Gabardo enuncia que com “o advento do racionalismo administrativo característico da modernidade, a idéia de eficiência sempre esteve presente na Teoria do Estado e na Ciência da Administração, ainda que muito pouco dela se tenha tratado na doutrina, principalmente na do Direito Administrativo (que, é bom lembrar, conquistou seu locus epistemológico muito recentemente).”<sup>455</sup>

Quanto à prescrição explícita do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37, observa-se que a inserção decorreu da Emenda Constitucional nº 19/1998, chamada Reforma

<sup>452</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

<sup>453</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). Princípio da eficiência em matéria tributária. In: **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31; MACHADO, Hugo de Brito. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 52. No mesmo sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 330.

<sup>454</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. In: PAIVA, Mário Antônio Lobato de (Coord.). **Direito Administrativo (temas atuais)**. São Paulo: LED, 2003, p. 172-173.

<sup>455</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 94.

Administrativa.<sup>456</sup> Em razão da sua estipulação, Romeu Felipe Bacellar Filho pontua que a inteligência de tal princípio então gera duas conseqüências ao intérprete, quais sejam: (i) analisá-lo num processo contínuo de interpretação conforme a Constituição, “a fim de evitar rupturas ou fraudes constitucionais que atentem contra a identidade da Lei Fundamental e; (ii) respeitar a interação e ponderação com os demais princípios constitucionais da Administração Pública para a sua aplicação.<sup>457</sup>

A citada reforma foi efetivada pelo Governo de Fernando Henrique Cardoso. À época da efetivação quem esteve à frente foi o Ministro Bresser Pereira.<sup>458</sup> Neste momento histórico, a Reforma Administrativa estava fortemente arraigada com traços do neoliberalismo, tanto que os seus grandes objetivos, consoante dito por Silvio Luis Ferreira da Rocha, foram “reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos” por intermédio da desestatização, privatização e desregulamentação. O autor aduz ainda que os argumentos que justificaram essa redefinição das atividades do Estado foram “financeiros, jurídicos e políticos e partem da premissa, não comprovada por nenhuma experiência histórica recente, de que haveria, ao final do processo, uma melhoria da capacidade do Estado de atender as demandas sociais.”<sup>459</sup> Para tanto, arquitetou-se um Plano de Reforma do Estado, o qual previa o Estado em quatro setores, mais precisamente nos seguintes núcleos:

**NÚCLEO ESTRATÉGICO.** Corresponde ao governo, em sentido lato. É o setor que define as leis e as políticas públicas, e cobra o seu cumprimento. É, portanto, o setor onde as decisões estratégicas são tomadas. Corresponde aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e, no Poder Executivo, ao Presidente da República, aos ministros e aos seus auxiliares e assessores diretos, responsáveis pelo planejamento e formulação das políticas públicas.

**ATIVIDADES EXCLUSIVAS.** É o setor em que são prestados serviços que só o Estado pode realizar. São serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado - o poder de regulamentar, fiscalizar, fomentar. Como exemplos temos: a cobrança e fiscalização dos impostos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaportes etc.

**SERVIÇOS NÃO-EXCLUSIVOS.** Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem o poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos

<sup>456</sup> A título informativo, salienta-se que a primeira emenda constitucional com o propósito de realizar a reforma administrativa foi parcialmente rechaçada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Posteriormente, na sua reformulação havia constado o termo “qualidade do serviço prestado”, o qual foi modificado então depois para a inclusão do “princípio da eficiência”. (MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 33, set. 2008, p. 14).

<sup>457</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 194.

<sup>458</sup> Maria Paula Dallari Bucci critica a reforma administrativa ocorrida na década de 1990, pois segundo ela foi uma reforma de “fora para dentro” em razão das pressões exteriores. Sobre o assunto, vide BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas**. São Paulo: Saraiva, 202, p. 30-34.

<sup>459</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem "economias externas" relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado. As economias produzidas imediatamente se espalham para o resto da sociedade, não podendo ser transformadas em lucros. São exemplos desse setor: as universidades, os hospitais, os centros de pesquisa e os museus.

**PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO.** Corresponde à área de atuação das empresas. É caracterizado pelas atividades econômicas voltadas para o lucro que ainda permanecem no aparelho do Estado como, por exemplo, as do setor de infra-estrutura. Estão no Estado seja porque faltou capital ao setor privado para realizar o investimento, seja porque são atividades naturalmente monopolistas, nas quais o controle via mercado não é possível, tornando-se necessária, no caso de privatização, a regulamentação rígida.<sup>460</sup>

Acerca dos setores acima, salienta-se que o princípio da eficiência foi referência no Plano Diretor de Reforma do Estado, sendo citado por diversas vezes para embasar um modelo gerencial na Administração Pública ao invés do modelo burocrático, consoante se desprende do trecho abaixo carreado:

No núcleo estratégico, o fundamental é que as decisões sejam as melhores, e, em seguida, que sejam efetivamente cumpridas. A efetividade é mais importante que a eficiência. O que importa saber é, primeiro, se as decisões que estão sendo tomadas pelo governo atendem eficazmente ao interesse nacional, se correspondem aos objetivos mais gerais aos quais a sociedade brasileira está voltada ou não. Segundo, se, uma vez tomadas as decisões, estas são de fato cumpridas. Já no campo das atividades exclusivas de Estado, dos serviços não-exclusivos e da produção de bens e serviços o critério eficiência torna-se fundamental. O que importa é atender milhões de cidadãos com boa qualidade a um custo baixo.<sup>461</sup>

Quanto à eficiência na Reforma Administrativa, Arnold Wald preconiza que a mudança de mentalidade era fundamental para o sucesso da Reforma Administrativa, até porque não tratava “de diminuir o papel do Estado, mas sim de dar-lhe mais eficiência nos campos em que pode e deve atuar e excluí-lo da área em que restringe a liberdade individual e interfere indevidamente em setores que melhor são atendidos pela iniciativa privada.”<sup>462</sup>

Desta feita, infere-se claramente que a eficiência foi constantemente utilizada para justificar o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), além por óbvio de sua inserção no *caput* do artigo 37 da Constituição.

Quanto à palavra eficiência e sua extensão, esta não possui um significado estanque e unívoco para qualquer uso e em qualquer área. A dificuldade em conceituar eficiência se deve ao seu uso em diversas ciências. Por exemplo, as ciências da Sociologia,

<sup>460</sup> BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 07.nov.2010.

<sup>461</sup> BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 07.nov.2010.

<sup>462</sup> WALD, Arnoldo; MORAIS, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 33.

Economia, Administração e, mais recentemente, o Direito utilizam a “eficiência”,<sup>463</sup> no entanto como relata Emerson Gabardo não há um “conceito unívoco e concreto para a expressão.”<sup>464</sup>

Desse modo, a dificuldade de definição ora posta se deve às diversas facetas e compreensões que eficiência recebe em cada ciência. Acrescentando a esta situação, Emerson Gabardo, recorrendo ao escólio de Antônio Francisco de Souza, enquadra o princípio da eficiência como um princípio jurídico indeterminado, visto que possui extensão indeterminada e sua aplicação deve ser sopesada no caso concreto.<sup>465</sup> Mesmo que exista esta distinção da definição de eficiência de acordo com a ciência em trato, há que ressaltar que a partir do momento que tal é prescrito normativamente, então não se deve recorrer às outras ciências para emprestar ou copiar as definições, e sim deve cingir a interpretação e aplicação da eficiência de acordo com os ditames do Direito. Via de conseqüência, em que pese a curiosidade, os estudos e o conhecimento emprestados de outras ciências, não deve o aplicador do direito a partir do momento da prescrição da eficiência recorrer ou utilizar de raciocínio emprestado de outras ciências, pois cada ramo de conhecimento empresta “um conceito adequado aos seus propósitos.”<sup>466</sup>

Por esta razão, Paulo Modesto enfatiza que o temor eficiência não é exclusivo e nem privativo de nenhuma ciência, pois “é um termo da língua natural, apropriado pelo legislador em sua acepção comum ou com sentido técnico próprio. São os juristas, como agentes ativos no processo de construção do sentido dos signos jurídicos, os responsáveis diretos pela exploração do conteúdo jurídico desse princípio no contexto do ordenamento normativo nacional.”<sup>467</sup>

Corroborando com este raciocínio, Emerson Gabardo assevera que é um enorme equívoco considerar o conceito de eficiência como eminentemente econômico, pois (i) a sua etimologia é independente (o que pode ser denominado plutocrático) e se correlaciona à atividade racional, a qual perquire o encontro dos melhores meios para a busca do fim colimado; e (ii) conquanto fosse considerado um conceito intrinsecamente econômico,

---

<sup>463</sup> Sobre o assunto, vide: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n. 27, Revista dos Tribunais, abri/jun, 1999, p. 209-212.

<sup>464</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.

<sup>465</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 24.

<sup>466</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 33, set. 2008, p. 21.

<sup>467</sup> MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**. São Paulo: Notadez, n. 07, jul-set., 2000, p. 66.

perderia tal viés a partir do momento de seu albergue pela ordem jurídica.<sup>468</sup> No mesmo diapasão, Alinie da Matta Moreira descreve que o “conceito jurídico de eficiência deve ser construído a partir dos ditames da ciência do Direito, de sorte que não resulta da mera transposição dos significados atribuídos ao termo em outras esferas do conhecimento.”<sup>469</sup>

Doutro lado, oposto, Egon Bockmann Moreira compreende que, ainda que a eficiência esteja atualmente prescrita na Constituição da República de 1988, não pode ser encarada como norma jurídica, pois “não tem vínculo estrito e imediato com o mundo do Direito, nem tampouco faz parte da tradição histórica das Constituições Brasileiras (como se pode afirmar para os princípios da legalidade, moralidade, imparcialidade, publicidade, etc.)” Acrescenta ainda que a suscitada prescrição não trará qualquer benefício e considera que a sua inclusão enquadrou-se como um fenômeno da inversão normativa, aduzindo que “como se não bastasse subordinar a ação administrativa do Estado à mutação constitucional, à adaptação constitucional, dentro do lugar-comum da ingovernabilidade; inseriu-se na Constituição, como máxima do direito administrativo, norma peculiar à Economia e à administração privada.”<sup>470</sup>

O raciocínio de Egon Bockmann Moreira tem como substrato as três clássicas noções de eficiência que ele apresenta em sua obra, as quais podem ser detalhadamente escritas como: “(a) eficiência produtiva (ou técnica, vinculada à relação entre os fatores de produção e a quantidade de bens produzidos); (b) eficiência de Pareto (ou alocativa, vinculada à distribuição dos recursos em vistas à ampliação do bem-estar social); e (c) eficiência de Kaldor-Hicks (ou ‘princípio da compensação’, em que a alocação dos recursos é eficiente quando maximiza a riqueza, independentemente de sua distribuição social).”<sup>471</sup>

Não obstante o pensamento de Egon Bockmann Moreira, insta ressaltar que não se pode rechaçar a juridicidade do princípio da eficiência a partir do momento de sua prescrição. A prescrição originou a sua entrada ao ordenamento jurídico, não importa para a validade e para eficácia que se trata de um conceito advindo de outra ciência, estrangeiro ou qualquer outra peculiaridade possível. Negar a sua prescrição jurídica é o mesmo que decretar um critério de validade das normas jurídicas de acordo com o contexto histórico ou ainda analisar a reputação de cada inserção neo-normativa para somente depois atribuir-lhe a respectiva validade e eficácia. Neste senda, Emerson Gabardo alerta que é “questionável se

---

<sup>468</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 91.

<sup>469</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 33, set. 2008, p. 08.

<sup>470</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 159, 161.

<sup>471</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 158.

existe algum princípio que nasce como eminentemente jurídico, ontologicamente considerado.”<sup>472</sup>

---

<sup>472</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 91.

## 2.6. Definição e dimensão do princípio da eficiência

José Afonso da Silva descreve o referido princípio ao dizer que ele “consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do artigo 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores.” Consoante se verifica, o autor define o princípio num aspecto mais de racionalidade e organização dos meios e recursos humanos da Administração. Todavia, vale mencionar que o referido jurista expõe a dificuldade em transpor a eficiência para a atividade administrativa, visto que está arraigada a uma noção típica da atividade econômica, a qual leva em conta a relação *input/output* (insumo/produto), sendo que não raras vezes inexistente *output* (produto) identificável.<sup>473</sup>

Alexandre de Moraes define, de forma mais ampla, o princípio da eficiência como aquele que determina à Administração Direta e Indireta, bem como a seus agentes públicos, “a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.” O autor enfatiza que o princípio da eficiência não é uma relevação da tecnocracia, e sim ao contrário, posto que “dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para satisfação do bem comum.”<sup>474</sup>

Neste viés coletivista, Alexandre Santos de Aragão defende que a eficiência não pode ser encarada somente sob o viés econômico, e “sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos

---

<sup>473</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 672, 671.

<sup>474</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 317. De forma similar, Hugo de Brito Machado descreve que “como o objetivo fundamental do Estado é propiciar a realização dos valores da sociedade, e assim viabilizar o bem comum, tem-se que a eficiência da Administração Pública consiste na capacidade para alcançar esse objetivo.” (MACHADO, Hugo de Brito. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 53).



cidadãos.”<sup>475</sup> Em sentido similar, Marçal Justen Filho explica que “eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia permite organizar os fatores da produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário – o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico.” Por estes motivos “quando se afirma que atividade estatal é norteadada pela eficiência, não se impõe a subordinação da atividade administrativa à racionalidade econômica, norteadada pela busca do lucro e da acumulação da riqueza.”<sup>476</sup>

De forma diversa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro segmenta o princípio da eficiência sob dois viés: em relação ao modo de atuação do agente público e frente ao modo de organização, estruturação e disciplinamento da Administração Pública.<sup>477</sup> Ou seja, a autora dá um enfoque mais verticalizado sobre o aparato administrativo, inclusive os agentes públicos.

Odete Medauar correlaciona a eficiência, simplesmente, “à idéia de ação que leve à ocorrência de resultados de modo rápido e preciso; significa obter o máximo de resultado de um programa a ser realizado, como expressão de produtividade no exercício de atribuições.” A autora destaca que eficiência contrapõe-se à lentidão, a descaso, a negligência e à omissão.<sup>478</sup>

Já Maria Paula Dallari Ducci explana que eficiência é uma palavra que de forma imanente atrela-se à proporcionalidade material entre os fins e os meios. Além disso, segundo a autora, além do “aspecto econômico no conceito, expresso na relação entre custos e benefícios, a efetivação do princípio da eficiência deve ser mensurada também em termos dos custos sociais de determinadas estruturas e práticas administrativas e sua repercussão sobre a formação de uma consciência coletiva, de interesse público, nos cidadãos.”<sup>479</sup>

Por sua vez, Diogo Figueiredo Moreira Neto elenca os princípios da eficiência e da legitimidade como os novos princípios fundantes do novo conceito de administração pública, no que se refere à governabilidade. Para o autor, três novas circunstâncias levaram a

<sup>475</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 237, jul. 2004, p. 01-06, p. 01). Em sentido similar, Ives Gandra da Silva Martins define o princípio da eficiência, num viés pragmático ao ramo das finanças públicas, como “a obrigação da Administração Pública de utilizar os recursos públicos do Estado com a maior pertinência e adequação possível em prol da sociedade.” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31).

<sup>476</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.137.

<sup>477</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 98.

<sup>478</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 242.

<sup>479</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 183.

crise da governabilidade e à elevação de tais princípios, quais sejam: (i) a maior sobrecarga de demandas nos regimes democráticos em comparação com regimes autocráticos; (ii) a maior conflitualidade social nos regimes democráticos e sociais; (iii) a maior distribuição e desconcentração de poder nas sociedades democráticas.<sup>480</sup> Claus Offe também destaca que a manutenção da eficiência e da legitimidade nos modernos regimes democráticos é uma tarefa principal e por tal razão diversos ramos e instituições do sistema político são especializadas para fornecer estes requisitos funcionais.<sup>481</sup> Claus Offe indaga e inclusive alça como ponto nodal o seguinte questionamento: é possível o Estado desempenhar as suas funções com eficiência ou há contradições sistemáticas na própria atividade estatal que impedem o Estado de manejar com êxito as contradições do modo capitalista de produção?<sup>482</sup>

Quanto às características do princípio da eficiência, Alexandre de Moraes elenca como características do princípio da eficiência: (i) direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficiência, desburocratização e busca da qualidade.<sup>483</sup> Já Ubirajara Custódio Filho identifica três idéias ou características sobre o princípio da eficiência: (i) prestabilidade, “pois o antedimento prestado pela Administração Pública deve ser útil ao cidadão; (ii) presteza, “porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez”; e (iii) economicidade, “porquanto a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menos oneroso possível ao Erário Público.”<sup>484</sup>

Trespasadas tais posições doutrinárias, não se pode perder de vista que não há grandes debates jurídicos acerca do fato de o princípio da eficiência albergar tanto o procedimento quanto os resultados buscados pela ação administrativa. Nesta diretriz, Alinie da Matta Moreira ecoa que o princípio constitucional da eficiência “não se esgota, como pretende o ramo da administração, no correto e adequado emprego dos recursos disponíveis. Deve ser considerada, simultaneamente, a realização dos resultados previamente definidos.”<sup>485</sup>

<sup>480</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 18-19.

<sup>481</sup> OFFE, Claus. **Contradicciones en el Estado del Bienestar**. Trad. Antônio Escohotado. Alianza Editorial, 1990, p. 118.

<sup>482</sup> OFFE, Claus. **Contradicciones en el Estado del Bienestar**. Trad. Antônio Escohotado. Alianza Editorial, 1990, p. 121.

<sup>483</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 318-321.

<sup>484</sup> CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n. 27, Revista dos Tribunais, abri/jun, 1999, p. 214.

<sup>485</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 33, set. 2008, p. 09.

Entretanto, no que se refere à dimensão do princípio jurídico da eficiência, então tal tarefa não é da mais simples, porquanto em outras diversas ciências a eficiência possui diversos significados, bem como ela não se cinge ao modo de operação tão somente ou a busca dos resultados simplesmente. Para demonstrar estes fatos, alvitra-se que na seara da ciência da Administração, a eficácia correlaciona-se aos melhores fins alcançados em razão de uma conduta, por outro lado, a eficiência refere-se aos procedimentos e meios utilizados para a realização de uma conduta. Sobre o assunto, colaciona-se a explicação de Idalberto Chiavenato:

A eficiência significa a correta utilização dos recursos (meios de produção) disponíveis. (...) Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos de trabalho), a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas etc.) sejam aplicados de forma mais racional possível. A eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos mais indicados, que precisam ser planejados a fim de assegurar a otimização dos recursos disponíveis.<sup>486</sup>

Todavia, no campo jurídico, inexistente diferença entre eficácia e eficiência. Deve ser encarado como englobado na eficiência a finalidade da eficácia também. Tal raciocínio se deve ao fato de que na seara jurídica o princípio constitucional em xeque almeja o adequado emprego dos recursos disponíveis com o objetivo de alcançar resultados previamente definidos.<sup>487</sup> Por tal razão, “o princípio da eficiência transborda a exigência do melhor emprego dos recursos e meios disponíveis, estendendo-se à aptidão para alcançar resultados predeterminados.”<sup>488</sup>

Neste sentido, Ubirajara Custódio Filho descreve que se deve utilizar o conceito de eficiência abarcando tanto a otimização dos meios quanto à consecução dos fins. Ou seja, a opção recai sobre o sentido comum do vocábulo que lhe confere maior amplitude semântica. Este raciocínio embasa-se em quatro argumentos jurídicos, segundo o autor, quais sejam: pensar em eficiência em conformidade com o princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva; considerar o aspecto teleológico da norma; interpretar a prescrição do *caput* do artigo 37 sistematicamente frente outras normas constitucionais; conformar o princípio da eficiência ao princípio da indisponibilidade do interesse público.<sup>489</sup>

<sup>486</sup> CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria da Administração**. 4. Ed. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 67.

<sup>487</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 33, set. 2008, p.09.

<sup>488</sup> MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 33, set. 2008, p. 16.

<sup>489</sup> CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n. 27, Revista dos Tribunais, abril/jun, 1999, p. 212 e 213.

Além desta diferença entre eficiência e eficácia, vale lembrar ainda sobre as dessemelhanças existentes frente à efetividade.<sup>490</sup> Para tanto, recorre-se a Claus Offe, o qual elucida a existência de tais disparidades ante o conhecimento das disciplinas acadêmicas de administração empresarial e teoria organizativa. Para o autor:

*Las ganancias marginales en eficiencia se producen si es posible producir la misma cantidad de resultados con menores costos. Por otra parte, la efectividad mide la capacidad de una organización para alcanzar sus metas explícitas. El típico dilema para la dirección de una firma privada es hallar una combinación de ambos criterios operativos – a menudo relacionados inversamente – para elevar los beneficios al máximo. Tanto la eficiencia como la efectividad son sub-metas vinculadas a la meta principal de la rentabilidad de firmas privadas que compran y venden sus insumos (inputs) y productos (outputs) en mercados.*<sup>491</sup>

Vale ainda advertir sobre a posição cética de Celso Antônio Bandeira de Mello com relação ao princípio da eficiência, pois, segundo o autor, o princípio “não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência.” Nesta linha, o autor deduz que o princípio da eficiência “não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado.”<sup>492</sup> No mesmo diapasão, Lúcia Valle Figueiredo defende que a inserção do princípio da eficiência significou muito pouco de substancialmente novo.<sup>493</sup> Em contraponto ao Celso Antônio, Alexandre dos Santos de Aragão descreve o “princípio da eficiência de forma alguma visa mitigar ou ponderar o princípio da legalidade, mas sim embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados -, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.” Por esta razão que o suscitado autor enfatiza que a interpretação deve ser realizada não somente de acordo com a equidade, mas sim pelo exame das finalidades constitucionais e legais aplicáveis à espécie. Ademais, em razão do princípio da eficiência, não há a legitimação para a “aplicação cega de regras legais (ou de outro grau

<sup>490</sup> Roberto Dromi trata a eficiência e a eficácia como sinônimos, conforme se verifica: “*La eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento en la forma, cantidad e calidad, y con los medios e recursos que resultan idóneos para la gestión.*” (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 236)

<sup>491</sup> OFFE, Claus. **Contradicciones en el Estado del Bienestar**. Trad. Antônio Escohotado. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 123.

<sup>492</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

<sup>493</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 64.

hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários.”<sup>494</sup>

Além disso, Alexandre Aragão destaca ainda que o princípio da eficiência conflita positivamente com o princípio da proporcionalidade, haja vista que em razão dos elementos da “adequação” e “necessidade” não se pode impor a adoção de meio inadequado ou desnecessário para o alcance das finalidades legais com esteio num simples apego à legalidade formal. Com efeito, neste raciocínio, impõe-se uma legalidade material, a qual almeja-se na realização dos objetivos constitucionais com a menor perda possível dos interesses da coletividade em jogo.<sup>495</sup> Por outro lado, Alexandre de Moraes realiza uma interligação entre o princípio da eficiência e os princípios da razoabilidade e da moralidade, pois, para ele, o administrador deverá usar critérios razoáveis na realização de sua atividade discricionária e deve considerar como “imoralidade administrativa ineficiência grosseira da ação da administração pública.”<sup>496</sup>

Em que pese tais críticas alinhavadas, é inarredável a conclusão de que o princípio jurídico da eficiência refere-se, como dito por Emerson Gabardo, “à análise de todos os aspectos exclusivamente restritos à eficiência, no seu viés economicista e sociológico, incrementada por caracteres eminentemente jurídicos. Do resultado desta operação somatória é que nasce o princípio, que se qualifica ainda mais pela natureza constitucional.”<sup>497</sup>

---

<sup>494</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.237, jul. 2004, p. 01-06, p. 03.

<sup>495</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.237, jul. 2004, p. 01-06, p. 04.

<sup>496</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p.317.

<sup>497</sup> GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 98.

## CAPÍTULO III – AS MUDANÇAS NA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E OS CONVÊNIOS COMO INSTRUMENTOS PARA O DESENVOLVIMENTO

### 3.1 A consensualização na atuação da Administração Pública

Um dos primeiros escólios para os estudiosos do Direito Administrativo centra-se no regime jurídico-administrativo, no qual são corroboradas as posições de prerrogativas e sujeições da Administração Pública frente ao particular. Neste ideário, há o aprofundamento das qualificadoras que permeiam a Administração Pública quando está na busca do interesse público primário, razão pela qual se justifica uma posição privilegiada frente aos demais. Todavia esta superioridade deve ser compreendida frente ao Estado de Direito, razão pela qual não pode ser vista como um pedestal inalcançável e blindado de qualquer possível influência dos administrados. Como bem explica Celso Antônio Bandeira de Mello, talvez o grande equívoco subliminar que gera este raciocínio é o fato de falar em “poderes da Administração”, o que per se desencadeia um pensamento de uma blindagem ante os demais, entretanto o escorreito seria discorrer o Direito Administrativo como uma garantia aos administrativos face à prescrita contenção e limitação dos poderes da Administração Pública.<sup>498</sup> Posto isso, infere-se que o regime jurídico-administrativo não chancela uma carta branca à atuação da Administração Pública, sem qualquer limitador de seus comandos e quiçá lhe outorga uma incontestabilidade de suas condutas pelos administrados.

Aliada a esta concepção equivocada muitas vezes que permeia a prática do Direito Administrativo, é indispensável dizer que os atos administrativos como demonstração da atuação da Administração Pública representaram uma verdadeira característica que lastreou por diversas décadas. Em virtude desta marca, pode-se asseverar que a praxe da Administração Pública era desenvolver as suas atividades por intermédio de atos administrativos, imbricando assim numa verticalidade abissal e unilateralidade que se incompatibilizava com a participação de terceiros em sua atuação em si. Entrementes, a partir do final do século passado o Direito Administrativo começa a estereotipar-se por uma nova concepção da atuação da Administração Pública perante a sociedade e na cura dos interesses

---

<sup>498</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43. Neste mesmo raciocínio, Carlos Ari Sundfeld justifica a troca de rótulo do poder de polícia pela administração ordenadora, visto que: (i) a idéia de poder advém da Administração Pública à época anterior ao Estado de Direito e que com a implantação deste foi transferido para o legislador; (ii) o poder de polícia, e a idéia de poder em geral da Administração, está arraigada ao modelo do Estado liberal clássico, o qual determinava a participação do Estado na vida dos indivíduos mormente na regulação negativa e; (iii) transparece a idéia de poderio e intervenção estatal sobre a vida privada sem qualquer parâmetro. (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 17).

públicos. Nesta nova fase, há uma alavanca à participação da sociedade nos atos administrativos e na atuação da Administração Pública em si, o que per si repercute em uma mitigação das atividades administrativas com base na unilateralidade pura, sem qualquer participação de terceiros. Segundo Vasco Pereira da Silva, no período correspondente ao Estado Liberal de Direito, que se aproxima com o século XIX e inícios do século XX, “o modo normal (praticamente exclusivo) de actuação da Administração Pública era o acto administrativo”,<sup>499</sup> porém há uma mudança de paradigma, visto que, como dito por José Luiz Esquível, no “último quartel do século XX, o Estado Pós-Social, traz consigo uma Administração Pública que opta pela concertação e pela cooperação com a sociedade civil, para conseguir dar satisfação a um interesse público cada vez mais diversificado e planeado.”<sup>500</sup>

Jessé Torres Pereira Júnior e Marines Restelatto Dotti também comentam a mudança de concepção no Direito Administrativo, de uma visão unilateral para uma posição de diálogo, negociação, acordos, coordenação, descentralização, cooperação e colaboração. Nesta nova postura, segundo os autores o Estado busca por intermédio de novas atividades “atuar mais eficientemente e com menores custos, em relações de coordenação, valendo-se da sinergia com acordantes associativos, públicas e privados, do que o faria nas clássicas relações de subordinação. Em outras palavras, para o superior atendimento de políticas públicas é mais eficiente a parceria que a coerção.”<sup>501</sup>

Neste rumo, verifica-se que antes do final do século XX, a coordenação da Administração Pública era considerada com suspicácia pelos defensores da competência, os quais defendiam que face à indisponibilidade do interesse público não seria possível que uma entidade ou um órgão dela titular negociasse um pacto cooperativo para seu emprego, uma vez que estaria renunciando o seu exercício. Todavia, como bem explica Diogo Figueiredo, resguardado na idéia de que a titularidade de competência não implica em monopólio do interesse público e a delegabilidade não importa em alienação, mas sim partilha de responsabilidade, fica então desobstruída a via da coordenação de atividades e de esforços dos setores público e privado. Continuando, o autor explicita que no âmbito interno tais instrumentos, inclusive os convênios, foram sendo concretizadas para a feitura da gestão associada de serviços públicos “para superar os avelhentados mas renitentes emperramentos

---

<sup>499</sup> SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almeida, 1998, p. 40.

<sup>500</sup> ESQUÍVEL, José Luiz. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 19. Acerca desta tendência no Direito Inglês, Francês e Italiano, vide MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211-214.

<sup>501</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. **Convênios e outros instrumento de Administração Consensual na Gestão Pública do Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 11.

da hierarquia burocratizada”, bem como no âmbito externo da Administração Pública desenvolveu-se o conceito de colaboração para a estimulação de gestão em parceria de serviços públicos.”<sup>502</sup>

A mudança de concepção decorre de uma nova ideologia entre o Estado e a Administração Pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro enfatiza o tema ao dizer que há uma verdadeira transformação da postura do Estado face à demanda da sociedade, razão pela qual descreve que “não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado”.<sup>503</sup> Para a existência desta nova postura do Estado frente ao particular, segundo a autora, há a necessidade de se diminuir o tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço, deve existir uma flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, a fim de possibilitar maior eficiência, bem como se roga pela maior parceria entre o público e o privado para afastar a Administração Pública autoritária, verticalizada e hierarquizada.<sup>504</sup>

Conforme se assinala, o desiderato de um maior consensualismo nas relações negociais da Administração Pública não tem origem e fim somente em razão das parcerias, mas atinge melhorias numa visão ampla do Estado em si. Nesta linha, Diogo de Figueiredo Moreira Neto espousa a necessidade de consensualidade e da participação para o avanço da democracia contemporânea, pois tais “contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidas (ordem).”<sup>505</sup> Além destes aspectos, não se deve esquecer que a participação é “relevante para as finalidades da transparência da Administração Pública e, por

---

<sup>502</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 30-31.

<sup>503</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20.

<sup>504</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20.

<sup>505</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41.



isso mesmo, para o bom andamento e imparcialidade desta última, em razão da clarificação e da precisão do quadro cognoscitivo à disposição da Administração Pública.”<sup>506</sup>

Assim, o fortalecimento do consensualismo contribui para a efetivação de uma atuação estatal mais legítima. Diogo Figueiredo Moreira Neto realiza um breve paralelo para transluzir as vantagens da atuação estatal consensual, pois a “Administração Pública subordinativa é unilateral, hierarquizada e linear, sendo suas manifestações tradicionais praticamente esgotadas, enquanto a Administração Pública coordenativa é multilateral, equiordenada e radial, apresentando manifestações sempre novas e em plena expansão.”<sup>507</sup> Por esta razão, Caio Tácito descreve “o direito administrativo tende ao abandono da vertente autoritária com a acolhida da participação democrática da sociedade. O direito administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração.”<sup>508</sup> Como formas de expressão da Administração consensual, o modo de atuação estatal prima pela concertação administrativa e contratualização administrativa, as quais são explicadas por Gustavo Justino de Oliveira da seguinte forma:

Importa destacar que na concertação não há uma relação de subordinação entre a Administração e as entidades parceiras, pois subjacente a ela reside um processo de negociação para a composição de eventuais dissensos entre as partes, aspectos que pressupõe o reconhecimento da autonomia dos parceiros envolvidos. Daí empregar-se comumente a locução Administração paritária para caracterizar esta forma de administrar, fundada em módulos negociais. A contratualização administrativa retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca. (...) É a expansão do consensualismo administrativo que confere novos usos à categoria administrativa jurídica contrato no setor público. E em virtude da amplitude desse fenômeno, defende-se a existência de um módulo consensual da Administração Pública, o qual englobaria todos os ajustes – não somente o contrato administrativo – passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.<sup>509</sup>

Com efeito, verifica-se que a Administração Pública está mudando porque o Estado está se transformando, pressionado pela sociedade. Esta não é uma realidade brasileira,

<sup>506</sup> SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 140.

<sup>507</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42.

<sup>508</sup> TÁCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 214, p. 27-34, out-dez, 1998, p. 30. Sobre o avanço do consensualismo e a minoração do autoritarismo, Adilson Abreu Dallari avisa: “A tradicional Administração Pública rigorosamente formal, formidavelmente autoritária, assoberbada e quase sufocada por inócuos controles de processos, cedeu espaço para um Estado mais preocupado com os resultados, valendo-se do modelo gerencial na gestão administrativa e não hesitando em buscar colaboração para alcançá-los. Isso não representa, de forma alguma, a eliminação dos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, aos quais se agregaram outros emergentes, tais como o princípio participativo e o princípio da eficiência, todos convivendo em harmonia.” (DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02-03).

<sup>509</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 223-224.

e sim mundial. Neste último quartel do século passado, Moreira Neto realça existência da transformação por intermédio do polígono de mobilidades, até porque com as novas tecnologias há uma clara perda dos fatores tradicionais que determinavam a produção econômica, o que per si o autor qualifica como obsoleto o modelo fordista. O polígono é formado pela mobilidade da informação, da produção, financeira e social, as quais representam todas as conseqüências das mudanças provocadas pelo avanço da rápida mobilidade que permeia as diversas áreas. Vale destacar que os efeitos são o polifacetismo, o que representa na visão do autor a sociedade pluralista, a qual é uma “constelação de módulos de interesses diversificados em torno dos quais gravitam e se agregam, em câmbio permanente, os indivíduos e as entidades de sua criação.”<sup>510</sup> Tendo a sociedade pluralista, desta advém o Estado Pluriclasse que simplesmente reflete a busca coletiva, e não individual e egoística, da cobrança do espaço público. De todo este avanço nas mobilidades, duas decorrências devem ser aventadas, quais sejam, a consciência dos interesses e a participação política.<sup>511</sup> A consciência dos interesses e a participação revelam-se como verdadeiros avanços e mormente uma maior legitimidade da atuação estatal, isto porque dará aos agentes públicos uma certa estabilidade de sua atuação, pois do contrário haverá uma contestação imediata em razão de alguma forma. Sob este viés, porém com o enfoque do Estado Democrático de Direito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que a participação do cidadão e o aspecto da justiça material configuram atualmente o Estado Democrático de Direito, o qual procura substituir o Estado Legal puramente formalista por um Estado de Direito vinculado aos ideais de justiça.<sup>512</sup>

Além disso, os avanços nos veículos de informação tornam clarividentes que as pessoas têm tido cada vez mais acesso às informações da atuação estatal em si, o que per si por vezes desencadeia diversas revoltas que geram conseqüências e reflexos para a sociedade. Desta feita, deduz-se que é deveras produtivo e saudável para a sociedade que persevere o Estado Pluriclasse, até porque a sociedade pluralista estará zelando pelo interesse público primário.

Sobre os avanços, inclusive mencionados por Moreira Neto, está a questão da informática, a qual é muito bem explicitada por Fritjof Capra que descreve que a revolução da

---

<sup>510</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 37-39.

<sup>511</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 38. Sobre o Estado Pluriclasse, vide também Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanellla. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 27).

<sup>512</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanellla. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 32-33.

informática “não só deu origem a uma nova economia como também transformou de modo decisivo as relações do poder tradicionais.”<sup>513</sup> Além disso, o autor comenta que as redes de comunicação “que moldaram a nova economia não transmitem somente informações sobre transações financeiras e oportunidades de investimento, mas contam também com redes globais de notícias, artes, ciências, diversões e outras expressões. Culturais. Também essas expressões foram profundamente transformadas pela Revolução da Informática.”<sup>514</sup> Gustavo Justino de Oliveira, inclusive, utiliza as concepções de Estado em rede e de governança pública para contextualizar a Administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI, isto porque as citadas concepções, com esteio em Manuel Castells, consubstanciam-se em razão da era da informação e do galopante avanço das tecnologias de informação.<sup>515</sup>

Sob o enfoque do interesse público, Odete Medauar resume esta quebra de paradigma contextualizando que após “uma concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade.”<sup>516</sup> A realidade ora proposta não é fruto de um movimento ou de uma guerra, mas sim de uma conscientização do povo no que se refere à sua participação na atuação da Administração Pública. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández denominam a Administração neste contexto como Administração-concertada e aduzem que esta renúncia ao imperativo unilateral dos seus poderes para acordar com os particulares, a fim de obter uma maior participação dos particulares no exercício da atividade administrativa, bem como auxilia na minoração dos litígios envolvendo particular e Administração.<sup>517</sup> Sabino Cassese, por sua vez, descreve a existência de novos paradigmas do Estado, colocando em discussão “todas as noções, temas e problemas clássicos de direito público, da natureza do poder público e de sua atuação legal-racional orientada pela superioridade da lei, do lugar reservado à lei e de suas implicações (legalidade e tipicidade) para as relações público-privadas”<sup>518</sup> e seguindo este ideário descrito por Cassese, Gustavo

---

<sup>513</sup> CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 159.

<sup>514</sup> CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 163.

<sup>515</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 213-215.

<sup>516</sup> MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 192.

<sup>517</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. 1. Madrid: Civitas, 1999, p. 665.

<sup>518</sup> CASSESE, Sabino. Apud MEDAUAR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Consórcios públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30-31.

Justino de Oliveira e Odete Medauar endossam o fortalecimento da negociação na esfera da Administração Pública por via de acordos como um desses novos paradigmas.<sup>519</sup>

Neste sentido, segundo Diogo Figueiredo, incontroverso que existe uma mudança de concepção ao Estado nestas últimas décadas, sendo que tal mudança decorre de estudos e debates sobre Estado, os quais não se cingem sobre seu tamanho, mas sim sobre sua competência quanto às funções que deve desempenhar um Estado instrumental e competitivo.<sup>520</sup> Além disso, consoante o jurista, várias características podem ser retiradas das novas tendências do Estado e da Sociedade quanto à administração dos interesses públicos, dentre estas há o destaque para: a imparcialidade da Administração Pública em sua atuação; a abertura da administração pública à participação do administrado para dela receber orientação para que possa colaborar; a eficiência na ação administrativa, não se espera mais só eficácia (produzir os resultados esperados) e sim eficiência (melhor nível de qualidade e com o mínimo de dispêndio de recursos públicos) e; a preferência às atividades concertadas consensualmente pela Administração Pública sobrepunhando à coercitividade e o autoritarismo. Além destes, o autor menciona ainda outros aspectos como “a valorização da legitimidade e da licitude, *pari passu* com a legalidade, a ascendência da uniformização e da processualidade administrativas, o avênço da principiologia jurídica e da discricionariedade técnica”.<sup>521</sup> Diogo Figueiredo ainda comenta que “pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.”<sup>522</sup> Na mesma linha, assinala que a Administração concertada, com base no escólio de Rosario Ferrara, é uma fórmula sintética designativa para ‘os novos modelos da ação administração, ou seja, aqueles módulos organizativos e funcionais caracterizados por uma atividade consensual e negocial’.<sup>523</sup>

Por tais razões, Gustavo Justino de Oliveira utiliza a expressão “Administração Paritária” e aduz que a sua pertinência justifica-se por ser uma forma de administrar fundada no consenso, em módulos negociais, desse modo originam relações entre a Administração e

---

<sup>519</sup> MEDAUAR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Consórcios públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

<sup>520</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 123.

<sup>521</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 124-125.

<sup>522</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1029-156, jan-mar. 2003, p. 156

<sup>523</sup> FERRARA, Rosario. Apud MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1029-156, jan-mar. 2003, p. 146

particulares mais próximas à horizontalidade, o que per si reflete um tratamento mais isonômico.”<sup>524</sup> Inclusive, a expressão Administração Paritária parece se encaixar melhor no Direito Brasileiro, mais precisamente ao vernáculo português, ao invés da Administração concertada, ou seja, acaba transluzindo melhor o seu desidério.

Pelo exposto, pode-se dizer que a consensualidade mostra-se como uma realidade que permeia os Estados, inclusive o Estado Brasileiro, e que fortalece o Estado Democrático de Direito com uma elevada participação popular, a qual serve de fundamento legitimador para a atuação estatal, principalmente sob o enfoque de principal interessada na atuação em prol do interesse público primário. Nesta cadência, Emerson Gabardo salienta “que a participação deve ocorrer tanto no viés de mobilização política no plano das mentalidades, com ênfase na prática eminentemente cultural, quanto no sentido propriamente de atuação no Estado e, obviamente, fora dele, no espaço público não-estatal.”<sup>525</sup>

Entretanto, a consensualidade é representada pela participação popular não somente na fiscalização ou numa maior proximidade frente à atuação estatal, mas também serve como mola propulsora da parcerização da Administração Pública junto a terceiros para a prestação de serviços públicos ou para a realização de atividades administrativas que sejam de incumbência estatal. Nesta diretriz, os convênios são instrumentos típicos da consensualidade e que merecem uma atenção diferenciada, visto que são celebrados a partir da vontade livre e espontânea dos partícipes e visam a um interesse da coletividade, o qual será perquirido por tais, sejam todos integrantes da Administração, seja por um integrante da Administração Pública e um convenente particular. Isso não quer dizer que o consensualismo não traga reflexos também nos contratos administrativos e muito menos representa dizer que os convênios substituirão os contratos administrativos, pois isto jamais acontecerá, repisando que os casos e as finalidades dos convênios e dos contratos administrativos são distinguidos.

Quanto à importância das parcerias em si entre a Administração Pública e terceiros,<sup>526</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro comenta que:

---

<sup>524</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 223-224.

<sup>525</sup> GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p. 165.

<sup>526</sup> O termo parceria usado pela autora serve para identificar qualquer tipo de ajuste por parte da Administração Pública. Sobre o termo parceria, Odete Medauar explica que: “As tendências aí assinaladas não somente ocorreram como se ampliaram, sobretudo no tocante aos módulos consensuais e o surgimento de novas figuras contratuais. A expansão foi tamanha que surgiram locuções governo por contatos, direito administrativo pactualista, direito administrativo cooperativo, administração por acordos, contratualização das políticas públicas. Na década de 90 do século XX emergiu o termo parceria, vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores.” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 212-213).

(...) a parceria serve ao objetivo de diminuição do tamanho do aparelhamento do Estado, na medida em que delega ao setor privado algumas atividades que hoje são desempenhadas pela Administração, com a conseqüente extinção ou diminuição de órgãos públicos e entidades da administração indireta, e diminuição do quadro de servidores; serve também ao objetivo de fomento à iniciativa privada, quando seja deficiente, de modo a ajudá-la no desempenho de atividades de interesse público; e serve ao objetivo de eficiência, porque introduz, ao lado da forma tradicional de atuação da Administração Pública burocrática, outros procedimentos que, pelo menos teoricamente (segundo os idealizadores da Reforma), seriam mais adequados a esse fim de eficiência.<sup>527</sup>

Portanto, a pragmaticidade das parcerias por meio das relações negociais, ou também chamadas neste estudo simplesmente de ajustes ou parcerias,<sup>528</sup> da Administração Pública mostra-se impreterível para a gestão de qualquer Estado. A importância dispensa maiores comentários, já que o assunto tem sido constantemente debatido e estudado na seara do Direito Administrativo para exame de suas perspectivas.<sup>529</sup> Toda esta preocupação dos teóricos com o tema evidencia a relevância do seu debate para reflexões e, quiçá, para novos paradigmas sobre a contratualização ou parcerização administrativa, bem como para o aprimoramento do Estado Democrático, visto que envolve variadas formas de participação popular e legitimação dos poderes a partir de um maior envolvimento entre Estados e particulares.

No contexto brasileiro, Diogo Figueiredo assinala que a consensualidade é princípio constitucional, mais precisamente lastreado nos princípios fundamentais constitucionais expressos e nos artigos 3º e 4º.<sup>530</sup> Num sentido, mais amplo, Cláudio Cairo Gonçalves descreve que no campo da atuação da administração pública brasileira existem normas que prevêm a consensualidade entre ela e os administrados a partir de diversas figuras contratuais ou sistemas de transferência do exercício de certas atividades do ente estatal para entes da sociedade, tais como os convênios, termos de parcerias, franquias, dentre outros instrumentos.<sup>531</sup> Segundo o autor, para o sucesso de tais instrumentos, é imperioso um intenso incentivo à cooperação e colaboração com o setor público, sendo que “a participação e o envolvimento dos indivíduos e das comunidades depende principalmente de sua conscientização para atuação na esfera pública, e diretamente de sua organização, como

---

<sup>527</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 41.

<sup>528</sup> Neste ponto as expressões “ajustes ou parcerias” referem-se a todos os tipos de pactos ou acordos administrativos, sejam contratuais ou não contratuais.

<sup>529</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 27.

<sup>530</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1029-156, jan-mar. 2003, p. 156.

<sup>531</sup> GONÇALVES, Cláudio Cairo. O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito – Uma introdução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr-jun. 2003, p. 105-114, p. 110.

pessoas físicas ou jurídicas, nacional ou estrangeiras, que, constituídas com objetivos específicos, passam a travar relações diretas com a Administração Pública.” Ademais, a organização deve ser incentivada pelo Poder Público, “na estruturação de entidades voltadas para o exercício de atividades do chamado ‘terceiro setor’, entidades de interesse geral não estatais, como forma de incrementar a prestação, a fiscalização e o controle de atividades delegadas de poder públicos, atividades de mais alto interesse público, atuando no auxílio do próprio Estado, e no interesse da coletividade em geral.”<sup>532</sup>

Diogo Figueiredo Moreira Neto enaltece que as atividades consensuais devem ser coordenadas, o que significa “maximizar os meios dispostos pelos associados de modo a obter resultados de interesse comum com menos custos e mais celeremente, atuando cada associado em seu específico campo e com seus próprios meios”, sendo que para embasar a coordenação deve adstringir-se na cooperação entre a Administração Pública e administrados para a busca de “de fins comuns, desenvolvendo virtudes sociais como a tolerância e a confiança, possibilitando a concertação de vontades e o surgimento do consenso.” Para tanto, nesta missão da coordenação o jurista qualifica como instrumento adequado os atos administrativos complexos, nos quais os convênios estão inseridos, de acordo com a classificação sustentada pelo referido autor.<sup>533</sup> Acerca dos custos, salienta-se que os citados serviços e atividades quantificam elevados valores ao Estado, razão pela qual, conforme observa Ubiratan Aguiar, a conjugação de recursos técnicos e financeiros por meio dos convênios se torna singular, pois essa união viabiliza “a obtenção de serviços de alto custo a uma administração menos abastada, proporcionando-lhe o necessário desenvolvimento, além de implicar numa racionalização dos gastos públicos.”<sup>534</sup>

Quando se discorre sobre os atos consensuais, inclusive por meio dos convênios administrativos, não se pode olvidar-se da imprescindibilidade da aproximação Estado-Sociedade para a identificação e satisfação do interesse público, isto porque a Administração Pública não pode perquirir o interesse público sem examinar junto à sociedade qual é a demanda. Frente a isso, o consensualismo recebeu ultimamente maior ênfase pela participação da sociedade diante da Administração Pública, o que advém também face ao desenvolvimento e a aplicação do princípio (ou vetor) da subsidiariedade. Outra característica atual agregadora ao diálogo da Administração, e conseqüente diminuição do autoritarismo, refere-se à busca do

---

<sup>532</sup> GONÇALVES, Cláudio Cairo. O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito – Uma introdução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr-jun. 2003, p. 105-114, p. 111.

<sup>533</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1029-156, jan-mar. 2003, p. 151; 132; 151.

<sup>534</sup> AGUIAR, Ubiratan. **Convênios e tomadas de contas especiais: manuais práticos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 26.

Estado junto ao Mercado das alternativas passíveis para dirimir as suas seqüelas e satisfazer as suas respectivas necessidades. Não adianta o Estado instituir uma parceirização ou contratualização administrativa que seja estranha aos interesses e a possibilidade do Mercado. A minoração da distância entre Estado e Mercado reflete-se imprescindível para o sucesso das parceirizações ou contratualizações administrativas. Nesta linha, Gustavo Justino de Oliveira sinaliza que a nova contratualização administrativa ora em apreço é desenvolvida em bases negociais mais amplas se comparadas aos modelos contratuais tradicionais, direcionando-se “(i) para uma maior paridade entre Administração e particular e (ii) uma reforçada interdependência entre as prestações a cargo de ambas as partes”.<sup>535</sup> Neste diapasão, é inegável dizer que o maior diálogo e a abertura para consenso, evitam condutas arbitrárias ou inapropriadas, as quais por vezes tornam inviável ou sacrificante uma parceira ou contrato administrativo.

Compete pontuar também que a Administração consensual ou concertada não pode ser visualizada como um desprestígio do ato administrativo, como aponta Almiro Couto e Silva ao escrever que o “progresso da Administração Pública concertada ou consensual, da participação popular nas deliberações administrativas do Estado, que enriquecem o Direito Administração de nossos dias pelo saudável ar democrático que injetam, não pode ser visto como um fato de desprestígio do ato administrativo”, e sim pelo contrário, deve servir como “predicados que lhe permitem, com bons governantes, tornar ágil e eficiente a máquina administrativa do Estado Democrático de Direito.”<sup>536</sup>

Por todas estas razões, a Administração Pública tende a ser mais concertada, dialógica ou paritária, rechaçando a linha cética do autoritarismo e da verticalidade de postura, sendo que a linha interpretativa permeia os convênios, os quais são instrumentos hábeis e pragmáticos para a efetivação destes acordos administrativos consensuais, logo, por sua vez, almejam a satisfação dos interesses públicos.

---

<sup>535</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias públicos-privadas. In. SUNDFELD, Carlos Ari. (Org) **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 567-606.

<sup>536</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (coord). **Direito administrativo – Estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 271-292, p. 291.



### 3.2 O princípio da subsidiariedade e sua interface com os convênios administrativos

O princípio da subsidiariedade correlaciona-se com a atividade administrativa de fomento e estabelece “algo de novo entre a intervenção total do Estado e a supressão da autonomia privada e o liberalismo clássico e sua política de intervenção mínima do Estado.”<sup>537</sup> Segundo Margarida Salema D’Oliveira Martins, “não se configura como uma ideologia política ou como um novo sistema de pensamento – o subsidiarismo – mas pretende, isolada ou conjugadamente com outros princípios, como o da autonomia, contribuir como proposta para a superação da crise do Estado, e não para a superação deste.”<sup>538</sup> Em que pese a idéia da jurista portuguesa, verificar-se-á mais adiante que existe na subsidiariedade uma ideologia, para tanto é necessário recorrer ao seu aparecimento na história, já que não se trata de um princípio recente. Há informações de que a subsidiariedade já era utilizada em Aristóteles (A política), São Tomás de Aquino (Suma teológica), Dante (Da Monarquia) e autores do século XVIII e XIX, como Tocqueville, Stuart Mill e Kant.<sup>539</sup> Todavia, a visão atual de subsidiariedade fundamenta-se a partir da doutrina social da Igreja e do liberalismo econômico, sendo que nos dois casos, segundo descreve Emerson Gabardo com base em Luis Cabral Moncada, há “um ‘pendor personalista que integra o conteúdo da subsidiariedade’ e protege tanto o direito de propriedade quanto o de livre iniciativa, ambos como direitos fundamentais.”<sup>540</sup>

No que se refere à construção dogmática atual do princípio da subsidiariedade com esteio nos escólios da doutrina social da Igreja Católica, insta destacar que muitos estudiosos recorrem à Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII (1891) como sua fonte, entretanto, convém destacar que em estudo específico sobre o tema, Emerson Gabardo atribui à Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931) de Pio XI como a verdadeira raiz do princípio da subsidiariedade na doutrina social da Igreja Católica.<sup>541</sup> Na referida Encíclica, consta o termo

<sup>537</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 16. Sobre o assunto, vide na doutrina nacional: TORRES, Silva Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000; GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>538</sup> MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 40.

<sup>539</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 210. Sobre o assunto, recomenda-se leitura de: MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 41-61.

<sup>540</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 210.

<sup>541</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 216. Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que a *Quadragesimo Anno* contém a principal formulação do princípio

*subsidium* expressamente. Além disso, convém informar que posteriormente em outras Encíclicas houve a estipulação sobre a subsidiariedade, consoante se pode deduzir da *Mater et Magistra* (1961) de João XXIII e *Centesimus Annus* (1991) de João Paulo II. Sem adentrar ao mérito e demérito de cada Encíclica, impende aduzir que, de acordo com Emerson Gabardo, a subsidiariedade além de ser uma participação da Igreja na ideologia econômica sobre as finalidades do Estado, transparece a ideologia neoliberal preconizada pela última transição de século compreende “de forma marcante uma ‘tese moral’ (traduzida por uma concepção individualista dos direitos humanos) e uma ‘tese política’ (que valoriza as ações autônomas da sociedade civil como meio de desenvolvimento).” Desse modo, o autor propala que “o princípio da subsidiariedade torna-se tese de caráter eminentemente neoliberal, a eficiência passa a ser seu critério de aferição, a partir de uma concepção filosófica pragmática que passa a dominar as práticas estatais após a queda do muro de Berlim, bem como suas doutrinas de apoio.”<sup>542</sup>

Atualmente, o princípio da subsidiariedade transcende as fronteiras dos Estados, sendo que na União Européia recebeu tratamento específico no Tratado de Maastricht, assinado em 07 de fevereiro de 1992 e ratificado em 1º de novembro de 1993, além de receber tratamento distinguido para estudos e debates na seara do Direito Constitucional e Direito Administrativo, tanto que a partir de então a expressão Estado Subsidiário torna-se mais corrente.<sup>543</sup>

Quanto ao conteúdo do princípio da subsidiariedade, pode-se dizer que este propõe que uma entidade superior “não deve realizar os interesses da coletividade inferior quando esta puder supri-los por si mesmo de maneira mais eficaz; ou, sob uma perspectiva positiva, em que somente cabe ao ente maior atuar nas matérias que não possam ser assumidas – ou não o possam, de maneira mais adequada – pelos grupos sociais menores.”<sup>544</sup> Por sua vez, Emerson Gabardo indica, como núcleo do princípio da subsidiariedade, que é uma “forma de descentralização funcional em face do regime político e administrativo, bem como refere-se aos níveis de ‘concentração de poder’ relacionados aos ‘interesses’ em jogo para o fim de promover uma ‘repartição de competência entre a Sociedade Civil e o

---

da subsidiariedade. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 33).

<sup>542</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 221.

<sup>543</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 245. Sobre o princípio da subsidiariedade na Europa contemporânea, vide GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 232-242.

<sup>544</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17.

Estado’.”<sup>545</sup> Em sentido similar aos juristas citados, Roberto Dromi descreve que “*la subsidiariedad es un principio universal por el cual las estructuras mayores o superiores de un grupo no deben hacer lo que las menores o inferiores pueden realizar*” *Lo que pueden hacer las inferiores surge de la naturaleza de cada estructura, y para conocerlo debe analizarse cuál es la naturaleza de ambas, cuál su función específica y cuál su capacidad real de ejecución.*” Depois, o autor argentino arremata dizendo que “*al aplicar el principio al caso del Estado y los particulares (solo o agrupados) se sigue que el Estado no debe hacer lo que los particulares pueden llevar a cabo.*”<sup>546</sup> Comparando as posições colacionadas, infere-se que Roberto Dromi compreende da mesma forma que Emerson Gabardo e Silvio Luis Ferreira da Rocha, somente diferencia-se quando aponta que a subsidiariedade trata-se de um princípio universal, o que não é possível de aquiescer em razão dos diferentes modelos de Estados existentes no mundo, em que nem todos vergam para o modelo de Estado de Direito Social e Democrático.<sup>547</sup> Já para Romeu Felipe Bacellar Filho, a subsidiariedade “é um princípio geral de direito que não só limita a incidência de normas de Direito Público estatuidoras de sujeições, condicionamentos, sacrifícios ou limitações de direitos dos particulares como também serve de freio para juridicização da vida social pela imposição de normas de Direito Privado.” Quanto ao aspecto econômico, o jurista paranaense comenta que o referido princípio encontra guarida e manto constitucional no princípio da liberdade de iniciativa.<sup>548</sup>

Sobre a subsidiariedade e o Estado de Direito Social e Democrático, recordam-se das palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a qual defende que a subsidiariedade encontra albergue em qualquer Estado de Direito Social e Democrático. Além disso, diz que os direitos fundamentais do homem constituem-se na própria razão do Estado, razão pela qual este tem o dever de “promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente

<sup>545</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 212.

<sup>546</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 233. No mesmo sentido, vide MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a reforma administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22.

<sup>547</sup> Este mesmo posicionamento de Roberto Dromi é refletido por José Alfredo de Oliveira Baracho que defende que “a aplicação do princípio da subsidiariedade ultrapassa as fronteiras nacionais dos Estados para informar, do mesmo modo, a ação das organizações sociais ou políticas de âmbito internacional, multinacional ou supranacional.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 47). Ademais, Emerson Gabardo também entoa favoravelmente a não viabilidade dos seus efeitos e irradiações em todos os Estados, pois consoante alerta “o difícil é conseguir que um critério com tal nível não só de indefinição, como também de variação pragmática, possa retratar efetiva norma jurídica com poder de regulação social e política.” (GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 213).

<sup>548</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 91.

e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das entidades governamentais.”<sup>549</sup>

Impende salientar que a subsidiariedade subdivide-se em horizontal e vertical. O sentido vertical atrela-se às relações territoriais e ao governo, o que Emerson Gabardo delimita como “a regra de competência entre o Estado e as regiões ou entre o Estado e uma união comunitária (trata de uma norma de reorganização administrativa)”. Já o sentido horizontal retrata as relações entre grupos sociais e as relações entre público e privado, representando uma “regra de competência entre a intervenção pública e a iniciativa da sociedade (mediante uma priorização desta em detrimento do Estado).” Segundo Gabardo, “nos dois sentidos possuem como núcleo estruturante os critérios de residualidade, eventualidade e necessidade, sempre em favor das instâncias de menor abrangência.”<sup>550</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto delineia que em qualquer hipótese da sua aplicação “estará sempre proscria, pelo espírito do princípio, a ingerência de uma esfera superior sobre a inferior, pois a definição de uma relação de subsidiariedade jamais deverá legar à minimização, destruição ou absorção dos entes menores, por serem estes os mais próximos dos indivíduos e terem, assim, melhores condições de atenderem suas necessidades fundamentais.” Fazendo a correlação entre a subsidiariedade e a atividade administrativa de fomento, o autor esclarece que “a principal ação do ente maior em relação aos menores é sempre a de fomento, ou seja, a de criar condições de coordenação de atuação para que todos eles, estatais e não-estatais, pela cooperação ou pela colaboração, se desenvolvam em sua plenitude.”<sup>551</sup> Desse modo, a aplicação do princípio da subsidiariedade certamente não tem por objeto a igualdade linear, como querem alguns. Ela favorece a diversidade de opiniões e a

---

<sup>549</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 34.

<sup>550</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 212. Em sentido igual, Roberto Dromi explica a posição do Estado quanto ao princípio da subsidiariedade e seu dever de atuação: “*Así, el Estado sólo interviene cuando su fin de bien público no puede ser alcanzado sin su protagonismo; cuando se alcanza la gestión social autosuficiente, debe abstenerse de actuar, sin declinar la regulación y el control. Siempre debe velar, o cuidar solícitamente por el bien público, ante situaciones imprevistas que requieran de su actuación inmediata y concreta. En este orden, es responsabilidad de la Administración Pública el orden del reparto descentralizado de las competencias públicas. Una vez sentado, con arreglo al principio de subsidiariedad, que una atribución en particular es competencia del Estado, éste debe determinar a qué organismo o institución le compete, de modo que este valor administrativo sea asimismo observado dentro de la propia Administración.*” (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 234).

<sup>551</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre a reforma administrativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21-22.

múltipla capacidade de atuação na realização dos fins individuais e sociais, sendo o Estado responsável apenas pela igualdade de oportunidades.<sup>552</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta diversas tendências ocorridas no mundo que vergam para a aplicação da subsidiariedade, quais sejam: (i) ideal de diminuição do tamanho do Estado pelo instrumento fundamental da privatização, sobretudo a partir de 1980; (ii) necessidade de ampliação da atividade administrativa de fomento em razão de uma nova concepção do interesse público como interesse de todos da sociedade; (iii) aparecimento e majoração dos instrumentos de parceria do setor público com o privado; (iv) necessidade da desregulamentação para o estabelecimento de um novo equilíbrio entre liberdade e autoridade e;<sup>553</sup> (v) necessidade de a máquina administrativa e sua atuação ser propugnada em prol e em nome dos cidadãos.<sup>554</sup>

Por tais razões e pela própria definição do princípio da subsidiariedade, verifica-se que para o Direito Público a subsidiariedade tem por escopo a descentralização ou privatização. Fala-se em descentralização no sentido de transferências de atividade para o organismo mais próximo. Segundo Emerson Gabardo, esta linha justifica a subsidiariedade vertical, ou também chamado de sentido orgânico, o que representa que atribui ao organismo mais próximo a competência para a gestão da questão a ser tratada.<sup>555</sup> Uma frase que exemplifica este critério no mundo prático é “o que pode ser feito pela cidade, não deve ser feito pela região; o que pode ser feito pela região não deve ser feito pelo poder central.”<sup>556</sup> Já a privatização transluz o critério de subsidiariedade horizontal, também denominada de funcional, e “refere-se ao protagonismo do indivíduo e da sociedade civil na consecução das atividades que lhe são necessárias, relegando aos organismos institucionais público-estatais uma competência de caráter acessório (complementar e/ou suplementar).”<sup>557</sup>

Quanto ao princípio da subsidiariedade no sentido horizontal, Gustavo Justino de Oliveira enaltece a participação dos grupos sociais, inclusive as organizações não governamentais (ONGs), as quais “tradicionalmente vistas como antagonistas do Estado, (...)”

<sup>552</sup> MONTEBELLO, Mariana Souza Soares. **O princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do Estado no Brasil**. Disponível em: [www.cjf.gov.br/revista/numero17/prodacad1.pdf](http://www.cjf.gov.br/revista/numero17/prodacad1.pdf). Acesso dia 11/03/2005, às 17h 40min.

<sup>553</sup> Esta característica entrelaça-se com a posição de Carlos Ari Sunfeld com a concepção da necessidade de reconstrução da teoria da ação administrativa (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16).

<sup>554</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 35-39.

<sup>555</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 212.

<sup>556</sup> PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 105.

<sup>557</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 213.

passaram a desempenhar papel de protagonistas do desenvolvimento, tornando possível que suas atividades sejam executadas em colaboração com as atividades desempenhadas pelo Poder Público.”<sup>558</sup> Nesta mesma linha, Sandra Aparecida Lopes Barbon Lewis realça que há “(...) portanto, um compartilhamento de responsabilidades, não apenas em decorrência de uma abstração parcial do Estado como conseqüente das políticas públicas sociais, mas também em função da complexidade dos problemas sociais contemporâneos, passando, Estado e Sociedade Civil, em parceria, a desenvolver as políticas públicas sociais.”<sup>559</sup>

Vale destacar que Odete Medauar posiciona-se cética frente ao princípio da subsidiariedade, notadamente no seu sentido horizontal (na relação Estado-sociedade). Segundo Medauar, a presença pública não pode ser explicada em termos de alternatividade ou fungibilidade com as iniciativas dos sujeitos privados, isto porque as atividades públicas e privadas “não são homogêneas e intercambiáveis na base de um critério de maior eficiência ou adequação e qualquer outro; não exprimem as mesmas situações de partida e não apresentam as mesmas características; o princípio da subsidiariedade mostra-se inadequado para determinar o papel dos sujeitos públicos de uma determinada coletividade.”<sup>560</sup>

Deve-se recordar ainda, conforme aponta Diogo Figueiredo Moreira Neto, que a subsidiariedade “pode ser a principal chave, se corretamente empregada, não só para assegurar a racionalidade da escolha pública como para garantir a racionalidade na alocação de recursos públicos, reconhecidamente cada vez mais escassos. Esta racionalidade será o desejado imã, capaz de atrair, por outro lado, os cada vez mais abundantes e erráticos recursos privados em empreendimentos destinados ao atendimento dos interesses públicos.”<sup>561</sup>

Quanto ao princípio da subsidiariedade e o regime jurídico de Direito Público, poder-se-ia argumentar que tal princípio afetaria ou anularia o poder do Estado. Silvia Faber Torres, neste sentido, aventa um possível conflito entre um dever de não-ingerência e um dever de ingerência do Estado, o qual assenta de um lado os limites ao Estado e, doutro,

---

<sup>558</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O terceiro setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos. In: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Org.). **Direito do Terceiro Setor: atualidades e perspectivas**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006, p. 101-138, p. 106.

<sup>559</sup> LEWIS, Sandra Aparecida Barbon. Terceiro Setor, Políticas Públicas e Tributação. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). **Direito do Terceiro Setor: Atualidades e Perspectivas**. Curitiba: OAB-PR, 2006, p. 172.

<sup>560</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 256-246. A autora baseia-se no autor italiano Erminio Ferrari, todavia esta posição não é uníssona na doutrina italiana, como bem explica Emerson Gabardo inclusive citando Paolo de Carli (GABARDO, Emerson, **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 145).

<sup>561</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 142.

quando há o dever de ajudar e estimular a sociedade para prover suas necessidades.<sup>562</sup> Todavia, ressalta-se que o princípio da subsidiariedade não limita o poder do Estado, mas condiciona-o ou coloca-lhe limites de acordos com as situações.<sup>563</sup> Nesta senda, a atuação do Estado somente ocorrerá no momento em que não houver a feitura das necessidades pelos mais próximos. Assim, a subsidiariedade em geral “serve para fundamentar uma nova concepção de Estado, no qual o Poder Público deve ser delimitado com o fito de se resguardar a liberdade, a autonomia e a dignidade humana.”<sup>564</sup> Para identificar os momentos em que a subsidiariedade deverá estar presente frente ao Estado, pode-se utilizar a verificação da situação concreta a partir dos elementos propostos por Roberto Dromi, quais sejam:

*1) iniciativa privada intransferible; 2) impulso particular en la raíz del conjunto social; 3) deslinde de competencias públicas y privadas, 4) concurrencia estatal y no estatal en la gestión pública, 5) abstención del Estado cuando se logra la gestión social autosuficiente, 6) previsión estatal de velar por las necesidades públicas insatisfechas y 7) orden del reparto descentralizado de las competencias públicas.*<sup>565</sup>

A grande virtude do princípio cinge-se à primazia ao grupo social e ao indivíduo, com a devolução à sociedade civil de matérias de interesse geral que possam ser realizadas por ela, o que per si a eleva a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral em razão da idéia de solidariedade que se embasa na maior eficiência da ação social sobre a ação estatal junto a grupos menores.<sup>566</sup> Quanto à correlação da solidariedade, alvitra-se do pensamento de Margarida Salema a qual expõe que “a idéia de subsidiariedade permite a aceitação das diversidades sem comprometer a solidariedade, porquanto a idéia se funda numa sociedade plural num sentido mais profundo que o

---

<sup>562</sup> No tocante ao cunho histórico do mencionado princípio, Diogo de Figueiredo Moreira Neto comenta em sua obra “Apontamentos sobre a reforma administrativa” (Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 21): “O princípio da subsidiariedade diz respeito à relação entre os níveis de concentração de poder e os respectivos níveis de interesses a serem satisfeitos. Apresenta-se como um moderno e revolucionário princípio do poder, cuja origem histórica é relativamente recente, remontando à prática política da Confederação Helvética, e que teve sua divulgação estimulada pelo magistério da Igreja Católica, a partir da orientação da Encíclica Quadragesimo Anno, do Papa Pio XI, que nela o enunciou claramente, e, mais recentemente, por sua adoção no constitucionalismo alemão e no direito comunitário europeu.”

<sup>563</sup> MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 83.

<sup>564</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

<sup>565</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 233.

<sup>566</sup> TORRES, Silva Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 15.

concebido pela democracia, pois não se trata de diversidade de opiniões, mas de diversidade de capacidades, de ações e de prestações individuais e sociais.”<sup>567</sup>

No tocante à interconexão entre a subsidiariedade e os convênios administrativos, esta se visualiza evidente ante a realidade brasileira. Por intermédio de tais instrumentos jurídicos é que em inúmeras vezes concretiza-se a participação dos grupos sociais (subsidiariedade horizontal) ou a parcerização para que os serviços e as atividades administrativas sejam prestadas pela Administração Pública mais próxima dos cidadãos (subsidiariedade vertical). Alerta-se para o fato de que além das relações convenientes aqui estudadas, existem outros instrumentos jurídicos hábeis também para a aplicação da subsidiariedade no contexto jurídico brasileiro (v. g., contrato de gestão, termo de parceria, dentre outros). Por conseguinte, indissociável o conhecimento da subsidiariedade para fundamentar e explicitar a razão de inúmeros convênios administrativos formalizados diariamente pela Administração Pública, demonstrando assim o seu papel fundamental para o desenvolvimento das atividades administrativas e sua repercussão na vida dos cidadãos. Sobre o fundamento do repasse das atividades não privativas do Estado aos particulares e sua pertinência à subsidiariedade, Emerson Gabardo comenta que:

Como fundamento do repasse de atividades não privativas do Estado aos particulares está o pessimismo em face do ‘princípio da solidariedade’ (que ganha novos contornos ontológicos) e o otimismo em face do ‘princípio da subsidiariedade’. Segundo o padrão emergente, encontra-se em crise o sistema de solidariedade automática, sistemática e compulsória (financiada através de contribuições obrigatórias e executadas por entes estatais). O neoliberalismo instaurada por Reagan e Thatcher recuperou velhas teses desenvolvidas pela doutrina social da Igreja e introjetou na mentalidade do final de século a ideologia da crise do Estado de bem-estar mediante a promoção de um ‘novo sentido de comunidade e de solidariedade comunitária’ em que a organização política estatal deve ser entendida como uma associação de associações (indivíduo-família-corporações-regiões).<sup>568</sup>

Para Marcos Juruena, inclusive, enuncia que dentre as técnicas de descentralização para particulares, a mais simples é o convênio administrativo, visto que “dispensa a autorização legislativa (exigida para a criação de empresas estatais ou para a criação ou transformação de associação em serviço social autônomo) e a criação de nova pessoa jurídica (já que pode ser partícipe do convênio entidade representativa do setor).”<sup>569</sup>

<sup>567</sup> MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 87. Sobre o paradigma da solidariedade e o contexto ideológico do solidarismo, vide: CASTRO, José Fernando de. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 187-220.

<sup>568</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 142.

<sup>569</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 15-38, p. 20-30.



Apesar disso, uma dúvida que paira refere-se a quais atividades deverão ser deslocadas, transferidas, do Estado aos grupos sociais lastreando-se no princípio da subsidiariedade.<sup>570</sup> Baracho propõe que “todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado devem ser transferidas às coletividades”, o que não se pode concordar. Uma coisa é fomentar e incentivar, outra bem diferente é eximir de suas responsabilidades e simplesmente deixar a mercê da sociedade todas as atividades não privativas do Estado, ainda mais se tratando da realidade brasileira. Acredita-se que algum dia, poder-se-á colocar este raciocínio em prática para o Brasil, todavia não se visualiza qualquer amadurecimento da sociedade para suportar este encargo que seria deveras pesado e praticamente impossível a sua sustentação.<sup>571</sup>

Em sentido um pouco diverso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que deve ficar a cargo do Estado as atividades que lhe são próprias como ente soberano, as quais são ditas como indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, política) e as demais atividades devem ser norteadas pelo princípio da subsidiariedade como as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais e financeiras), sendo que o Estado deve aparecer de modo supletivo quando ela for deficiente, o que se discorda parcialmente.<sup>572</sup> O dissenso ora proposto encontra guarida na própria discrepância existente no Estado Brasileiro. Não se pode compreender, inclusive pela própria extensão territorial e pelos grandes abismos sociais existentes, que a realidade brasileira estaria apta a transferir para a sociedade serviços como àquelas pertinentes à assistência, indústria e o próprio comércio em si. Como dito por Tarso Cabral Violin, “pressupor, principalmente no Brasil e demais países periféricos ou semi-periféricos não desenvolvidos, que possa existir um Estado apenas subsidiário, uma intervenção estatal somente quando a iniciativa privada não produzir o bem comum é ‘fechar os olhos’ às desigualdades sociais existentes.”<sup>573</sup>

Para finalizar, após as noções sobre a subsidiariedade, abre-se parêntese para discutir se tal é um princípio ou um princípio jurídico em conformidade com o nosso

---

<sup>570</sup> Lembra-se que Diogo Figueiredo Moreira Neto enaltece a existência da delegação social por parte do Estado quando a “transferência se opera em favor de entes criados pela própria sociedade, dedicados à colaboração no atendimento de interesses legalmente considerados como públicos” (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 129-130).

<sup>571</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23-42.

<sup>572</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 37-38.

<sup>573</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 70.

ordenamento, mormente frente a Constituição da República de 1988. Como discorrido no item 2.2 deste trabalho, os princípios jurídicos são normas jurídicas ao lado das regras e tais podem ser explícitos ou implícitos. A par desta definição, não se vislumbra qualquer princípio ou regra jurídica explicitamente prescrevendo a subsidiariedade, no entanto pode-se interpretar que o suscitado princípio jurídico decorre de diversas normas constitucionais e infraconstitucionais as quais vergam para os escopos da subsidiariedade horizontal e vertical, como, por exemplo, a questão da complementariedade da saúde preconizada no artigo 199, § 1º, da Constituição da República.<sup>574</sup>

---

<sup>574</sup> Emerson Gabardo discorda deste posicionamento, defendendo a ideia de que a subsidiariedade não é um princípio jurídico. Sobre o assunto, vide: GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 203-209.

### 3.3 A formalização de convênios e a atividade administrativa de fomento

O enaltecimento à atividade administrativa de fomento tem aparecido como um dos aspectos mais comentados da reforma estatal das últimas décadas. Sobre o assunto, Diogo Figueiredo Moreira Neto qualifica que se trata de um “direcionamento não coercitivo do Estado à sociedade, em estímulo das atividades privadas de interesse público. É uma atividade que se sistematiza e ganha consistência acoplada ao planejamento dispositivo.”<sup>575</sup> Por esta relevância, o autor infere que é “inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado”<sup>576</sup> Na mesma diretriz, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conduz que diversas alterações têm se destacado em razão do Estado Subsidiário, dentre estas o crescimento de técnicas de fomento e o debate sobre o dever do Estado em fomentar, mais precisamente ajudando, estimulando, criando condições a fim de que os vários grupos de interesses busquem os seus próprios objetivos conciliados com o interesse público. Por tais razões, a autora descreve que com tais modificações:

objetiva-se a “reforme do Estado”, com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: de um lado, visto do lado do cidadão, quer-se restaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência; isso leva às idéias de privatização, fomento, parceria com o setor privado; visto do lado do Estado, quer-se alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos, o que leva à idéia de desburocratização. Na realidade, poder-se-ia falar apenas em ‘privatização’ em sentido amplo, na qual se inserem todos esses objetivos.<sup>577</sup>

Carlos Ari Sundfeld sustenta a necessidade de reconstrução da teoria da ação administrativa, a qual perpassa por três grandes setores, quais sejam: a administração de gestão, a administração fomentadora e a administração ordenadora. Desse modo, advoga explicitamente favorável à administração fomentadora como impreterível para uma nova concepção e análise da teoria da ação administrativa, sendo que ela deverá ser compreendida como “a função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos.”<sup>578</sup>

<sup>575</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45.

<sup>576</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45.

<sup>577</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 39.

<sup>578</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16. Em sentido análogo, Célia Cunha conceitua a administração fomentadora “como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despojado do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.” (MELLO, Célia Cunha.

Ao seu lado, José Roberto Pimenta Oliveira explana que para o cumprimento dos objetivos constitucionais inerentes à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pela Constituição, não há como a função administrativa restringir-se, na atualidade, ao campo ordenador e sancionatório. Via de conseqüência, o autor descreve que:

Postulou-se da Administração uma crescente e cada vez mais complexa intervenção estatal no domínio social e econômico, formalizada, pela ordem jurídica, com a positivação de dever de prestar serviços públicos nos diversos campos em que o interesse da coletividade mandava uma presença ativa da atividade administrativa, considerados como atividades materiais vinculadas à existência da própria sociedade, passíveis de fruição direta pelos administrados, fornecidos pela Administração, sob regime de direito público.<sup>579</sup>

Consoante se verifica o crescimento do fomento para a atuação das atividades administrativas e para a satisfação das necessidades coletivas, é indispensável que se possa delinear uma noção de atividade administrativa de fomento. Um dos principais autores e referência acerca do tema, Silvio Luis Ferreira da Rocha circunscreve-a como uma atividade teleológica, pautando-se pela finalidade a ser perseguida – satisfação das necessidades coletivas. Quanto à definição, o autor define a atividade de fomento de maneira descritiva e excludente, a partir da exposição de que a Administração poderá alcançar a satisfação das necessidades coletivas a partir de sua atuação de modo direto e imediato ou de modo indireto e mediato quando as atividades são prestadas pelos particulares, as quais foram incentivadas pela Administração, e servem para alcançar as necessidades coletivas.<sup>580</sup>

Fernando Garrido Falla descreve a atividade de fomento como “*aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen.*”<sup>581</sup> Ecoando a mesma finalidade, porém pontuando que poderá alcançar os estabelecimentos particulares, Roberto Dromi define o fomento administrativo como uma “*acción dirigida a proteger o promover las actividades y establecimientos de los particulares, que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general.*” O autor argentino posiciona-se ainda que a idéia predominante do fomento é que versa sobre uma atividade persuasiva ou de estímulo, sendo

---

**O fomento da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38). Nos mesmos termos, vide GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público.** 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 647.

<sup>579</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 514-515.

<sup>580</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

<sup>581</sup> FALLA, Fernando Garrido. Apud ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 187.

que a sua finalidade será obtida com o convencimento para que se faça algo ou se omita.<sup>582</sup> De forma um pouco diferente, no mínimo quanto ao modo para a descrição, Manuel Maria Diez aponta que a atividade de fomento pode ser estudada partindo de uma idéia negativa ou positiva. Pelo lado negativo, a Administração mediante o fomento persegue fins públicos sem o emprego de coação e sem a realização de prestações. Já pelo positivo, o fomento é considerado como ação administrativa encaminhada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares ou de outros entes públicos que satisfação necessidades públicas ou visem utilidade geral.<sup>583</sup> Revela-se interessante esta divisão, apesar que não se visualiza óbice para a junção de tais idéias negativa e positiva para uma noção única, bem como diferenças substanciais com as demais noções apresentadas.

Postas estas noções sobre a atividade de fomento, fica incontroverso pelas definições alinhavadas que a sua finalidade sempre será o interesse geral, o legítimo interesse público primário. Silvio Luis Ferreira da Rocha qualifica a atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral como ilícita, já que o fomento legítimo e justificado “é aquele que visa a promover ou a estimular atividades que tendem a favorecer o bem estar geral.”<sup>584</sup> Por esta razão, Dromi aponta que o objeto pode recair tanto em atividades de particulares como de entidades públicas, mas “*el fin del fomento es la satisfacción indirecta de necesidades públicas.*”<sup>585</sup> Convém registrar a idéia de José Pimenta de Oliveira, a qual defende acertadamente que o interesse público primário é a mola propulsora do fomento, sendo que o excesso às custas de recursos públicos escoima a sua validade.<sup>586</sup>

Segundo Silvio Luis Ferreira da Rocha, a atividade administrativa possui algumas características, como: (i) é uma atividade administrativa que visa à satisfação das necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado; (ii) não procura alcançar imediata e diretamente tais fins, e sim objetiva que estes sejam alcançados pelas atividades dos particulares mediante a proteção e a promoção dessas atividades, excluída qualquer forma de intervenção coativa; (iii) a determinação concreta das atividades particulares a serem

<sup>582</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1027.

<sup>583</sup> “*Se puede estudiar la actividad de fomento partiendo de una idea negativa y de una idea positiva. Si se parte de la idea negativa, mediante el fomento, la administración persigue fines públicos, sin el empleo de la coacción y sin la realización de prestaciones. En cuanto a la idea positiva, el fomento debe ser considerado como la acción administrativa encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas de los particulares u otros entes públicos que satisfagan necesidades públicas o se estimen de utilidad general.*” (DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 231).

<sup>584</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31.

<sup>585</sup> DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1027.

<sup>586</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 527

fomentadas caracteriza-se como uma questão política de conveniência e política, escapando ao campo estritamente jurídico e; (iv) a participação é voluntária, ou seja, depende da vontade dos particulares.<sup>587</sup> Quanto à inexistência de compulsoriedade, José Pimenta alerta a imperiosidade de um marco normativo diferenciado como condição, mas não suficiente, “para implementação do fomento e consecução do fim estatal isto porque, sem nota de compulsoriedade, a relação de fomento depende, em derradeira instância, do consentimento e engajamento dos particulares na buscas das finalidades pretendidas, nos moldes legais.”<sup>588</sup> Já Célia Cunha Mello utiliza o aspecto voluntário para justificar a diferença entre a atividade de fomento e a tradicional atividade de polícia.<sup>589</sup>

Como dito por Gustavo Justino de Oliveira, vale destacar que a transferências de recursos públicos a entidades privadas também pode ser uma das possíveis técnicas de fomento, até porque presta-se a dois fins: “a) para incentivar que tais entidades privadas, quando lucrativas, por meio do exercício de atividade econômica acabem gerando benefícios públicos e b) para incentivar que entidades não lucrativas passem a realizar atividades de interesse público, gerando igualmente benefícios (sobretudo de modo direto) para a comunidade.”<sup>590</sup>

Em razão das diversas espécies e meios que uma atividade administrativa de fomento poderá incidir, há uma classificação no campo doutrinário. Para demonstrar a referida, alvitra-se da posição de Roberto Dromi que segmenta os meios (ou espécies)<sup>591</sup> de fomento em positivos e negativos, segundo o critério da forma de atuação sobre a vontade do particular. Os primeiros concretizam-se pela outorga de prestações, bens ou vantagens; já os segundos constituem-se em obstáculos ou cargas impostas para dificultar, por meios indiretos, as atividades contrárias às quais se pretende fomentar. Além disso, divide-se também o fomento em quatro meios, de acordo com as vantagens outorgadas aos particulares: meios honoríficos, quando se consegue uma atuação particular de interesse público mediante o

---

<sup>587</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26. Célia Cunha Mello define a atividade de fomento pela existência de quatro caracteres fundamentais, quais sejam: exercício de função administrativa; proteção e/ou promoção de seu objeto; ausência de compulsoriedade e; satisfação indireta das necessidades públicas. Compete destacar que a satisfação é indireta das necessidades públicas em razão de não ser realizada diretamente pela Administração fomentadora, e sim pelo agente fomentado. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 26-27, 31).

<sup>588</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 516.

<sup>589</sup> MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29.

<sup>590</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado**: novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 213-259, p. 226.

<sup>591</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34-38.

incentivo de títulos, condecorações, menções especiais, etc.; meios psicológicos, quando o Estado por intermédio dos órgãos oficiais desenvolve propaganda de fomento a uma determinada atividade e em razão desta há a realização voluntária das atividades pretendidas; meios jurídicos, quando há a outorga de uma condição privilegiada a determinadas pessoas que indiretamente cria diversas vantagens econômicas e de segurança; meios econômicos, quando há a subvenção a terceiros, mais precisamente com vantagens econômicas que podem ser reais (aproveitamento, uso ou disposição de um bem público por um particular) ou financeiras (auxílios diretos e indiretos, como subvenção direta, isenção fiscal, proteção aduaneira, etc.).<sup>592</sup> Silvio Luis Ferreira da Rocha descreve uma classificação sem o fomento psicológico e critica o aspecto de classificar em tais modos suscitados, visto que, segundo o autor, todos os fomentos são jurídicos, visto que estão calcados em normas jurídicas. Sob este espectro, o autor descreve que a referida classificação “não é correta, pois se a atribuição das vantagens honoríficas e econômicas está prevista em normas, essa espécie de fomento não deixa de ser jurídica.”<sup>593</sup>

Quanto à exteriorização da atividade de fomento no Direito Brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca como uma modalidade de intervenção estatal na ordem econômica, caracterizada pelos incentivos fiscais e financiamentos, e na ordem social por meio do fomento da prestação de serviços públicos de natureza social e mediante trespasse de recursos a particulares a serem aplicados em fins sociais.<sup>594</sup> Desta feita, verifica-se o grande espectro de atividades e serviços que poderão ser fomentados, já que estão arraigadas na ordem social e na ordem econômica. Somado a isso, Carlos Ari Sunfeld expõe que os atos da administração fomentadora não se cingem “a conferir aos particulares possibilidades de autuações que estes já não tenham” e sim “consiste em prestações produzidas pela Administração – sejam positivas (ajuda financeira a cientistas, créditos subsidiados a empresas estratégicas) ou negativas (isenção de impostos) – para tornar mais fáceis ou eficazes atividades que, não obstante, os indivíduos são livres para explorar.”<sup>595</sup> Ademais, insta lembrar também “a atividade de fomento não pode mais ser compreendida como benevolência do Estado, deixando de ser considerada mera liberalidade, favor ou graça, para

---

<sup>592</sup> DROMI, Roberto. Derecho administrativo. P. 1027-1028. No mesmo sentido, vide: GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 649-650; DIEZ, Manuel María. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 233-234.

<sup>593</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35.

<sup>594</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 799-803.

<sup>595</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

apresentar-se como poderosos mecanismo de apoio, promoção e auxílio das iniciativas socialmente significantes, voltada ao desenvolvimento socioeconômico.”<sup>596</sup>

Nesta linha, em razão da escassez de recursos públicos e da própria (re)discussão do tamanho do aparelho estatal, o fortalecimento da atividade administrativa de fomento aparece como uma excelente alternativa para a melhor prestação de certos serviços e atividades públicas visando à efetivação e satisfação da sociedade como um todo. Inclusive, revela-se imbuída a atividade administrativa de fomento já em novas atuações dos representantes brasileiros, consoante se desprende da recente legislação, Lei nº 12.349/2010,<sup>597</sup> que alterou a Lei n, 8.666/1993 e trouxe uma série de dispositivos de fomento ao incremento tecnológico no Brasil. Portanto, em tempos de mudanças e crescimento econômico,<sup>598</sup> não se pode deixar de aprofundar os estudos e debates sobre a atividade administrativa de fomento, até para servir de justificativa para inovações e melhorias na vida dos cidadãos brasileiros. Como visto, o fomento não tem um caráter puramente econômico e nem visa somente incentivar atividades em que a iniciativa privada está carente, como defende Manuel Maria Diez, isto porque a atividade administrativa de fomento é mais ampla que o mero caráter econômico, alcançando em diversos objetos um caráter essencialmente social, isso sem falar que não necessariamente serve o precípua de ajudar e incentivar somente atividades “carentes” na iniciativa privada.<sup>599</sup>

Vale apontar que a atividade fomentadora é uma das modalidades de interferência<sup>600</sup> ou intervenção da Administração Pública no campo privado. Nesta toada, Carlos Ari Sundfeld qualifica que a interferência da Administração Pública no campo privado poderá ocorrer por três modalidades diversas: a) por intermédio de estímulos à iniciativa privada para induzi-la numa determinada direção; b) quando assume atividades particulares, passando a atuar em substituição a eles e; c) pela ordenação dos seus comportamentos via

<sup>596</sup> MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 36.

<sup>597</sup> Decorrente da conversão da Medida Provisória n. 495/2010. Sobre a medida provisória e seus impactos, vide os seguintes artigos: RIGOLIN, Ivan Barbosa Lei das licitações é novamente alterada. **Revista Zênite de Licitações e Contratos** nº 199, Curitiba, set.2010, p. 871; NIEBUHR, Joel Menezes. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – repercussões da medida provisória n. 495/2010. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 198, ago.2010, p. 777; TOLOSA FILHO, Benedicto de. Os efeitos da MP 495/2010 nas contratações públicas. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 202, dez.2010, p. 1203.

<sup>598</sup> Sobre a diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico, vide tópico seguinte.

<sup>599</sup> DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 232.

<sup>600</sup> “Qualquer ação estatal que repercuta na sociedade, criando, modificando ou extinguindo direitos e situações, pode ser concebida como uma forma de interferência do Estado.” (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 01).



comandos cogentes advindos do poder de autoridade.<sup>601</sup> Abre-se parêntese que não se pode furtar de conhecer que as atividades administrativas de fomento podem gerar um rechaço ou receio de alguns em razão da interferência e intervenção do Estado na atuação de terceiros, a qual poderia culminar em algum desrespeito aos direitos individuais, os quais foram tão duramente conquistados pelo Estado de Direito.<sup>602</sup> Entretanto este temor não pode gerar a inaplicabilidade ou o apagamento de um insumo tão importante para a atividade econômica, para a atuação estatal e para a satisfação e efetivação de interesses e necessidades da coletividade. Por conseguinte, refutando qualquer possível receio, deve-se preferir a cautela e responsabilidade na atuação estatal fomentadora a simplesmente repeli-la. O mesmo raciocínio de muito zelo deve prevalecer em razão da corrupção suscetível na transferência de atividades públicas para o setor privado, pois como destaca André Borges “a passagem de atividades públicas para o setor privado, em vez de reduzir as oportunidades de corrupção, acaba por criar novas ‘rendas’ passíveis de serem caçadas.”<sup>603</sup>

Outro aspecto importante a ser destacado, refere-se ao uso distorcido do fomento pela Administração Pública para se esquivar das suas missões legais. Para mitigar qualquer pensamento errôneo, José Roberto Pimenta Oliveira, com propriedade, comenta que “o fomento constitucional legítimo é norteado pelo princípio da subsidiariedade, não autorizando mera e desvirtuada substituição do aparelho administrativo, por figurino jurídico privatístico, mantida a significativa participação de recursos públicos (verbas, bens e pessoal) no exercício da atividade.”<sup>604</sup> No mesmo caminho, Carolina Zancaner também entoa que o ato de fomentar atividades particulares não significa desoneração do Estado de suas missões constitucionais.<sup>605</sup> Desta feita, não é legítima e nem legal o uso da atividade fomentadora para a transferência integral da atuação estatal preconizada pela Constituição e pela legislação infraconstitucional.

Quanto à correlação entre a atividade administrativa de fomento e os convênios administrativos, tal interface é visível de forma clarividente, isto porque esses são

---

<sup>601</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

<sup>602</sup> Sobre a luta pelo Estado de Direito, vide: VERDU, Pablo. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129-154.

<sup>603</sup> BORGES, André. Ética, Burocrática, Mercado e Ideologia Administrativa: Contradições da Resposta Conservadora à “Crise de Carácter” do Estado. **Revista de Ciências Sociais**, vol. 42, nº 1, Rio de Janeiro, 2000.

<sup>604</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 531. Sobre a proximidade entre o fomento e a subsidiariedade, Silvio Luis Ferreira da Rocha descreve que “o fomento, dentre as atividades administrativas do Estado, é a que sofre maior influência do princípio da subsidiariedade; constitui-se em um dos instrumentos da subsidiariedade.” Ou seja, a subsidiariedade é fundamento para o fomento. (ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 20).

<sup>605</sup> ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 188.

instrumentos jurídicos que tem por objeto a cooperação e a colaboração entre a Administração Pública e um conveniando (seja integrante da Administração Pública ou uma entidade privada) para a consecução de uma finalidade pública, a qual deve satisfazer a necessidade ou interesses da coletividade.<sup>606</sup> Ou seja, a satisfação das necessidades ou interesses da coletividade serve como missão finalística da atuação fomentadora e tal poderá ser alcançada via convênios administrativos, logo inexistente qualquer dúvida acerca da proximidade entre o modo de atuação estatal e o instrumento ora analisado. Inclusive, sobre os convênios cooperativos (entre sujeitos da Administração Pública), Marçal Justen Filho recorda que a própria “existência dos convênios decorre do postulado de que a competência é outorgada a diversos sujeitos administrativos, mas para a realização de um único interesse público. na sua pluralidade, esses entes podem (devem) atuar conjugada e harmonicamente para multiplicação de esforços e realização mais eficiente dos interesses comuns.”<sup>607</sup>

Sobre o enquadramento das parcerias em sentido lato como fomento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro descreve que há no âmbito do direito pátrio inúmeras formas de parcerias em que está presente de modo nítida a atividade de fomento, como, por exemplo, “no âmbito social, podem-se referir os ajustes (convênios, termos de parceria, contratos de gestão) com entidades do terceiro setor, tais como as declaradas de utilidade pública, as filantrópicas, as organizações da sociedade civil de interesse público, os serviços sociais autônomos, as organizações sociais; no âmbito econômico, pode-se enquadrar a parceria público-privada”<sup>608</sup>

Salienta-se que se revela equivocado dizer que os convênios, independentemente de quem seja o conveniando (natureza privada ou pública), estar-se-á diante de uma delegação de serviço público. Isto é, não se pode admitir que um convênio seja simplesmente um instrumento jurídico apto para a delegação de serviço público a um particular, e sim se deve analisá-lo como forma de incentivo da iniciativa privada e que a sua finalidade seja de interesse público. Nada obsta que o convênio envolva a descentralização ou delegação de serviço público, caso figure como partícipes somente entidades públicas. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tais distinções fundamentam-se pelas características do serviço

---

<sup>606</sup> Célia Cunha descreve um debate sobre a possibilidade ou não de o agente fomentado ser uma entidade pública, mais precisamente entre os juristas espanhóis Garrido Falla e Jordana de Pozas, sendo que conclui pela plena factibilidade de ser uma entidade pública, pois nada obsta que tal receba vantagens e incentivos para a promoção do objeto fomentado. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 32).

<sup>607</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista Trimestral de Direito Público** 15, 1996, p. 74-84, p. 78.

<sup>608</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 28-29.

público, porque neste o Estado assume como sua uma atividade de atendimento a necessidades coletivas, a fim de exercê-la sob regras total ou parcialmente públicas; já no fomento, o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade de interesse público, já que traz algum benefício para a coletividade. Quanto aos mencionados incentivos, a autora descreve que estes poderão ser sob forma de “auxílios financeiros ou subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos, que realizam atividades úteis à coletividade, como os clubes esportivos, as instituições beneficentes, as escolas particulares, os hospitais particulares, etc..”<sup>609</sup> A título complementar, informa-se que a atividade administrativa de fomento, ou também denominada de promoção para os autores hispanos, pode almejar a promoção industrial, investimento estrangeiros, transferência de tecnologia ou criação de zonas francas.<sup>610</sup> Além destes desígnios, Marcos Juruena Villela Souto exemplifica outros tipos de fomento hábeis de serem desenvolvidos pelo Estado, como: garantias; subsídio; empréstimos em condições favoráveis; assistência técnica; privilégios especiais; desenvolvimento do mercado de títulos; protecionismo à produção nacional; pólos industriais e comerciais e sociedades de capital de risco.<sup>611</sup>

No tocante à transferência dos serviços e atividades, Diogo Figueiredo chama genericamente de “transferência ao cometimento do exercício de certas atividades estatais de administração de interesses públicos a entes da sociedade” e ainda classifica a transferência com ou sem delegação, bem como em delegação burocrática (transferência sobre entes instituídos pela própria Administração) e delegação social (transferência a entes criados pela própria sociedade com o desígnio de colaboração). Dentre estas classificações, o autor qualifica a transferência de atividades públicas a terceiros por intermédio de convênios e outros atos complexos (entendimento do autor) como transferência administrativa com ou sem delegação, tendo em vista que tais instituições visam à integração de recursos de diversas naturezas, disponíveis por entidades públicas ou privadas, sob a direção pública, almejando o

---

<sup>609</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 248-249. A título complementar, Emerson Gabardo descreve que a descentralização deve ser interpretada como um instrumento, uma vez que se justifica para o atendimento dos fins constitucionais que são preenchidos com valores e princípios de ordem material. (GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 147).

<sup>610</sup> GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 654-666.

<sup>611</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 15-38, p. 20-30.

atendimento de interesses públicos “altamente demandantes em termos técnicos, financeiros e organizativos, geralmente disseminados entre os pactuantes e raramente (e cada vez menos) monopolizados por um só deles.”<sup>612</sup> Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro prefere utilizar o vernáculo descentralização, o qual pode possuir um significado no sentido político ou no sentido administrativo. O sentido político denota formas de organização do Estado (Estado unitário e Estado federal), já o administrativo, formas de organização da Administração Pública (Administração Direta e Indireta, nos termos do Decreto-Lei nº 200/67). A descentralização administrativa “pode ser exercida diretamente por meio dos seus próprios órgãos (centralização administração ou Administração direta) ou indiretamente, por meio da transferência de atribuições a outras pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas (descentralização administrativa ou Administração Indireta).”<sup>613</sup>

Assim, não importando qual expressão a utilizar (descentralização ou transferência), a prestação dos serviços prestados de forma indireta pelo Estado, mais precisamente por intermédio das relações convenientes, não gera a legitimação e nem a possibilidade de transferência total dos serviços ao setor privado. As atividades deverão ser prestadas pelo Estado, o qual poderá buscar a colaboração de terceiros. Ou seja, não se pode conceber como legítimo o repasse integral de serviços puramente estatais para o setor privado a partir da formalização de convênios. Consoante explicita Célia Cunha, o limite da interferência estatal está pautado pela principiologia constitucional.<sup>614</sup>

Os convênios deverão servir para a execução de atividades e serviços complementares à atuação estatal, e não serem utilizados como uma forma de fuga da realização dos deveres estatais. Silvio Luis Ferreira da Rocha destaca que “a atividade administrativa de fomento, enquanto subsidiária, não desonera a Administração de atuar de modo direto, na prestação de serviços, como os de saúde e os de educação.”<sup>615</sup> Além disso, de forma precisa Emerson Gabardo descreve que “o repasse dos serviços públicos não privativos do Estado para o mercado ou para o terceiro setor exige como contrapartida uma ampliação da atuação do Estado na área de regulação e fiscalização.”<sup>616</sup>

---

<sup>612</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 129, 140.

<sup>613</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 61.

<sup>614</sup> MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 10.

<sup>615</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21. No mesmo sentido, vide: DIAS, Maria T. Fonseca. Políticas públicas e terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana.; ESTEVES, Júlio C. dos Santos; DIAS, Maria T. Fonseca (org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 261-291, p. 281.

<sup>616</sup> GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 140.

Neste assunto, valioso realizar uma ponderação sobre a saúde e a educação, as quais devem ser estudadas e debatidas com ressalvas, pois não se podem afastar os comandos constitucionais aplicáveis à espécie a fim de afastar a responsabilidade estatal. Portanto, a saúde e a educação poderão ser fomentadas e prestadas pelos particulares, porém em conformidade com a Constituição da República Federativa de 1988. Por exemplo, a saúde poderá ser fomentada a terceiros em caráter complementar, o que per si não afasta a responsabilidade e o dever do Estado em prestá-la nas suas características essenciais.

Para finalizar, alvitram-se dos comentários de Silvio Luis Ferreira da Rocha ao alertar que outro princípio da atividade administrativa de fomento e ligado ao princípio da subsidiariedade, é o princípio da repartição de riscos ou do risco compartilhado, pelo qual deve haver o impedimento de considerar o fomento como uma mera transferência de responsabilidade integral ou liberdade administrativa que exonere o beneficiário de todo o risco ou da obrigatoriedade de aportar recursos próprios para a atividade fomentada. Este comentário se mostra imprescindível para a realidade brasileira e principalmente como recomendação de extremo cuidado para os agentes imbuídos do controle de tais entidades, a fim de evitar que tais sejam criadas para sobreviver literalmente com o “repasso de custeio” da Administração Pública ou ainda para possuir uma maior elasticidade na sua administração, alijando-se de algumas burocracias constitucionais e legais sobre o dinheiro público imanescentes ao caixa de qualquer entidade pública.<sup>617</sup> Denomina-se “repasso de custeio” as transferências financeiras e vantagens destinadas aos conveniados que simplesmente não tem, e infelizmente nem buscam, alternativas para a realização de suas atividades. Diante deste cenário preocupante, Silvio Luis Ferreira da Rocha aponta que a “atividade promocional empreendida pela Administração Pública não pode prescindir do investimento de recursos pelos particulares em favor da atividade que se quer incentivar ou promover.”<sup>618</sup> Além disso, o alerta se faz para repulsar qualquer idéia de discricionariedade no fomento, isto porque, quando tais atividades forem preconizadas pela Constituição ou legislação infraconstitucional, inexistente qualquer margem de liberdade do agente público em utilizá-la, e sim estar-se-á diante de uma obrigatoriedade.<sup>619</sup>

Pelo exposto, infere-se que a atividade administrativa de fomento poderá, e deverá, ser incrementada pela formalização de convênios, haja vista a proeminência dos interesses e das necessidades persecutidos em cada atividade fomentadora, bem como pelo

---

<sup>617</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33.

<sup>618</sup> ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33.

<sup>619</sup> MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29-30.

fato de tal atividade ostentar a consensualização da atuação estatal a partir da participação e conscientização popular.

### 3.4 A busca do desenvolvimento social no estado brasileiro por intermédio de uma atuação estatal eficiente via convênios administrativos

Antes de qualquer comentário ou o relacionamento entre eficiência, desenvolvimento e os convênios administrativos, é indispensável cotejar alguns aspectos conceituais e históricos sobre o desenvolvimento.

O primeiro grande estigma a ser feito é separar desenvolvimento de crescimento, já que não são sinônimos. Consoante Luis Carlos Bresser Pereira, “o desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo.”<sup>620</sup> Não se pode falar apenas desenvolvimento econômico, sem falar em social, político, etc., ou seja, é indispensável que se alie sempre todos os setores do local a ser analisado, não podendo analisar somente o aspecto econômico ou social, por exemplo.<sup>621</sup> Neste sentido, Bresser esclarece que “quando falamos em desenvolvimento, temos sempre como objeto um sistema social determinado, o qual se localizará geograficamente em uma região, um país, um continente. Será sempre, porém um sistema social. Suas partes, portanto, serão interdependentes. Quando houver modificações reais na estrutura econômica, estas repercutirão na estrutura política e social, e vice-versa.” Ou seja, o verdadeiro desenvolvimento poderá originar mudanças na estrutura econômica, mas também deverá surtir repercussões na esfera política e social. Não se esconde que o aspecto econômico é preponderante para o desenvolvimento, sendo que as demais transformações e conseqüências (como, por exemplo, o desenvolvimento social) são reflexos dele.<sup>622</sup> Sobre o assunto, Carla Abrantkoski Rister expõe que o crescimento alia-se a mudanças quantitativas, não refletindo necessariamente em melhorias na vida da população, já o desenvolvimento “consiste num processo de mudança estrutural e qualitativa da realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica da sustentabilidade,

---

<sup>620</sup> PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977, p. 21.

<sup>621</sup> Neste mesmo passo, vide: NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24, p. 17-18; RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 01-03.

<sup>622</sup> PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977, p. 21-22. A título complementar, o autor também alerta que dependendo “o setor político pode transformar-se, em determinados momentos, no foco dinâmico do processo de desenvolvimento, como, paradoxalmente, aconteceu nos países comunistas. Esses fenômenos, porém, revestem-se sempre do caráter de exceção. A regra geral é que o desenvolvimento tenha como aspecto dominante de seu processo a transformação econômica e como resultado por excelência o crescimento do padrão de vida da população no seio da qual ocorre o desenvolvimento.”

entendida esta como a capacidade de manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.”<sup>623</sup>

No mesmo sentido, explicando de modo pormenorizado, Fábio Nusdeo aduz que o crescimento a rigor não conduz em si o país ao desenvolvimento em razão de duas justificativas: ou já ocorreram transformações estruturais no país que está crescendo e, portanto, não é mais subdesenvolvido; ou a transformação face o crescimento econômico não se está produzindo, o que transluz ser a elevação da disponibilidade de bens e serviço apenas transitória e sem condições de sustentabilidade. Além deste viés, o autor comenta que em tais situações o crescimento é decorrente de um fator exógeno, externo à economia do país, sendo que cessada a ação do fator que deu origem ao crescimento, ocorrerá a regressão, mais precisamente contraindo-se a renda, o emprego, a produção e tudo mais. Exemplifica tais casos de crescimento, sem desenvolvimento, com a situação brasileira à época da economia colonial, quando ocorria altas nos preços de insumos e produtos agrícolas que geravam uma expansão extraordinária naquele momento e tão somente nas zonas produtoras.<sup>624</sup>

Desse modo, não importa aos Estados somente o crescimento econômico, mas sim o desenvolvimento. Do contrário, o crescimento econômico poderá gerar uma riqueza efêmera, a qual não repercutirá sobre a sociedade e, em muitas vezes, deixará o Estado em sua condição precária, típica de países subdesenvolvidos, ou atualmente denominados de países em desenvolvimento, expressão que gera a sensação de desenvolvimento em curso, o que nem sempre é verdade.<sup>625</sup>

Para o processo de desenvolvimento, segundo Amartya Sen, é indispensável liberdade como ponto central, por duas razões: (i) a razão avaliatória que é a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas e; (ii) a razão da eficácia, haja vista que a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas.”<sup>626</sup> Para o autor citado, a expansão da liberdade é considerada o fim primordial e também o meio, instrumento, do desenvolvimento,

<sup>623</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento:** antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36.

<sup>624</sup> NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. *In:* SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24, p. 18.

<sup>625</sup> “Designa-se por subdesenvolvimento o estado das sociedades cujas economias não atingiram o estágio de crescimento auto-sustentado ou, dito de outra forma, que não realizaram ainda sua ‘decolagem’ ou evolução industrial e, dada a dificuldade de aferir com exatidão tal passagem a economias desenvolvidas, caracteriza-se habitualmente o fenômeno do subdesenvolvimento por uma série de indicadores econômicos e sociais, dentre eles, o mais corrente é o rendimento nacional per capita.” (RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento:** antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 21).

<sup>626</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.



o que é chamado de ‘papel constitutivo’ e o ‘papel instrumental’ da liberdade no desenvolvimento. Compete frisar que o papel constitutivo atrela-se à relevância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana, a qual engloba capacidades elementares “como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez inevitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc”. Portanto, nesta perspectiva, “o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de basear-se nessa consideração.” Já o papel instrumental da liberdade inclui “vários componentes distintos, porém inter-relacionados, como facilidades econômicas, liberdades políticas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Esses direitos, oportunidades e intitamentos instrumentais possuem fortes encadeamentos entre si, que podem se dar em diferentes direções.”<sup>627</sup> Por intermédio desta concepção da liberdade sinteticamente abordada, Amartya Sen preconiza que a liberdade deve ser estudada e resguardada para o alcance do desenvolvimento, raciocínio este que deve ser sobrelevado frente às características brasileiras.

Fazendo o recorte ao desenvolvimento social, insta apontar que este é vislumbrado como “a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, mediante a realização para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito do trabalho, o direito à educação em todos os níveis, o direito à seguridade social, o direito à habitação, o direito de fruição de bens culturais.”<sup>628</sup> Na mesma linha, porém falando sobre o desenvolvimento em sentido lato, Amartya Sen concorda com a necessidade de mudanças radicais na esfera social para o alcance do desenvolvimento, pois este “requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.”<sup>629</sup>

De todo modo, pode-se deduzir que a utilização das liberdades como fim e instrumento, consoante escólio de Amartya Sen, revela-se coerente e, principalmente, congruente ao sistema constitucional brasileiro para a busca do verdadeiro desenvolvimento. Compete frisar que a falta de respaldo jurídico não será desculpa para o seu alcance, haja vista que, consoante posicionamento doutrinário, a Constituição da República de 1988 em diversas

---

<sup>627</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 52, 71.

<sup>628</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 56.

<sup>629</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

oportunidades protege e augura o desenvolvimento.<sup>630</sup> Para tal mister, inevitável recorrer às palavras de Gilberto Bercovici, o qual explana que “o subdesenvolvimento exige uma política nacional de desenvolvimento, planejada e de longo prazo, abrangendo todos os setores da vida social. No desenvolvimento brasileiro, o papel do planejamento foi fundamental. O Estado desenvolvimentista brasileiro se impôs como tarefa a coordenação, dinamização e reorientação das transformações econômicas e sociais.”<sup>631</sup> Não obstante, deve-se também alvitrar que para o planejamento é imprescindível que se conheça os obstáculos à atuação do Estado brasileiro e busque alternativas para superá-los. Neste raciocínio, o autor ainda comenta que em uma democracia, “o ponto fundamental é entender o povo como sujeito da soberania, ou seja, há uma completa identificação entre soberania estatal e soberania popular. Fortalecer o Estado brasileiro na superação do subdesenvolvimento, neste sentido, é também, em nossa opinião, fortalecer (para não dizer instaurar) o regime republicano e democrático da soberania popular do Brasil”<sup>632</sup>

Dentro deste contexto de fortalecimento do regime republicano e democrático da soberania popular do Brasil merece destaque e utilidade os acordos administrativos que são marcados pela consensualidade da Administração Pública, isto porque a partir do ideal republicano os cidadãos devem ater-se também de suas responsabilidades. Inclusive, vale lembrar os fatores ditos por Welber Barral como relevantes para a promoção do desenvolvimento econômico no século XXI: a) capital humano, representando por uma população com alto nível de qualificação e de educação; b) alto grau de liberdade política e econômica; c) promoção da tecnologia e da inovação; d) estrutura logística que minore custos de produção e os impactos para o meio ambiente; e) alto nível de civismo e de comprometimento com a comunidade, o que denominado de capita social e; f) instituições com credibilidade e que consigam garantir os fatores acima citados. Dentre os fatores referidos, exalta-se o capital social que é alcançado e constatado pelos laços de comprometimento entre os membros de uma dada comunidade a partir do raciocínio de que,

---

<sup>630</sup> Dentre outros, vide: SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29-64, p. 40; RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 231-336 e 389-440; LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 95-118.

<sup>631</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-162, p. 145.

<sup>632</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-162, p. 161.

quanto menores os laços, menor a probabilidade da realização de objetivos comuns e de valorização de atividades não egoísticas.<sup>633</sup> Ou seja, verifica-se por intermédio destes fatores e principalmente pelo dito “capital social” a relevância do comprometimento da comunidade, a qual deve participar, bem como deve ser fomentada pelo Estado para que terceiros assumam e, assim, participem, o que pode ser visto e instrumentalizado pelas relações convenientes. Por esta razão, pode-se defender a necessidade de conscientização dos cidadãos para a feitura dos acordos administrativos com a Administração Pública, os quais ecoam a noção do papel dos cidadãos no republicanismo até para a legitimação do poder por meio da aceitação dos envolvidos.<sup>634</sup>

No mesmo diapasão, enquadrando pelo viés da gestão pública, Roberto Dromi descreve que paira uma revolução do desenvolvimento com inovações e quebras de paradigmas. Segundo o autor, *“no es sólo un golpe y una ruptura con ‘la lógica de los antecedentes’, sino también la instalación de un nuevo orden de los usos administrativos, de forma de la gestión pública, con renovadas categorías de eficacia, transparencia y austeridad en la satisfacción de todas las necesidades públicas.”*<sup>635</sup> A mencionada revolução do desenvolvimento, conforme relata Dromi, redefine as vértebras da República, exigindo um *“giro protagónico en asuntos de la agenda pública sobre educación, seguridad, ambiente, vivienda, salud, energía, infraestructura, autonomía, regiones, integración, economía, instituciones, para cumplir con las cosas públicas pendientes.”*<sup>636</sup> Para alcançar as consequências desta revolução do desenvolvimento, é necessário atentar para alguns verbos, chamados de “verbos para o desenvolvimento”, os quais são estudados a partir da realidade argentina, porém extensíveis em grande parte ao Brasil: reconstruir a autoridade, pensar a agenda das coisas públicas pendentes, desenvolver a agenda do desenvolvimento, consensualizar as políticas do Estado, promover as ações consequentes, planificar as políticas do Estado, definir um novo contrato social redistributivo, explicitar as causas da ação política, executar políticas públicas ativas, liderar a inovação e a criatividade, dinamizar a gestão pública, trabalhar com verdade e esperança pela justiça social, aliar os valores da ação

---

<sup>633</sup> BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 31-60, p. 43.

<sup>634</sup> Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 228.

<sup>635</sup> DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: innovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 22.

<sup>636</sup> DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: innovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 24.

política, aplicar as regras existentes, perseverar pelo desenvolvimento sustentável e equilibrado e identificar o desenvolvimento.<sup>637</sup>

Especificadamente sobre o enlace entre os convênios administrativos e o desenvolvimento social, sobressai que tal está fundamentado inclusive na própria doutrina de Amartya Sen, pois a liberdade deve ser vista como um fim do desenvolvimento e o alcance de tais liberdades poderão ser incrementadas por intermédio do uso adequado e escorreito dos convênios para a concretização das atividades administrativas, referindo-se nesta passagem exclusivamente por óbvio àquelas atividades que possam ser transferidas para um conveniente, seja público ou privado. Ademais, Amartya Sen esclarece que a “ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas.”<sup>638</sup>

Desta feita, para a efetivação dos inúmeros direitos sociais assegurados na Constituição da República de 1988, logo para resguardar as liberdades mínimas dos cidadãos, é indispensável que o Estado conheça o seu papel, bem como desenvolva políticas públicas eficientes e utilize os instrumentos jurídicos existentes para a consolidação de atividades que venham a guarnecer a sociedade. Salienta-se que os convênios mostram-se como excelentes instrumentos jurídicos para a feitura de enlaces com o setor privado ou entre a própria Administração Pública para o desenvolvimento de projetos atinentes à educação, saúde, ciência e tecnologia, assistência social, dentre outras atividades. Quanto às políticas públicas, vale ressaltar que o seu fundamento “é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando as demais”, razão pela qual Gilberto Bercovici expressa que o desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado inclusive uma síntese dos objetivos históricos nacionais.<sup>639</sup>

Somado a esse ponto, impende pontuar também que tanto o Estado como a sociedade possuem papéis cabais no fortalecimento das capacidades humanas e na proteção

---

<sup>637</sup> DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: innovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 27-60.

<sup>638</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 19.

<sup>639</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-162, p.144.

de tais fins sociais, pois, se de um lado cabe ao Estado utilizar os instrumentos jurídicos, doutro lado incumbe à sociedade participar e fiscalizar, enfim realizar o seu papel no Estado. Não se pode mais consentir, inclusive com as tecnologias de informação e o avanço das tecnologias, que os cidadãos esperem e aguardem o Estado em suas mais diversas atividades, porquanto cabe a todos como concidadãos pleitear as atividades administrativas que lhe são assistidas pelo ordenamento jurídico e num papel ativo formalizar parcerias, dentre elas os convênios administrativos, para a aplicabilidade destes ideais. Todo este raciocínio não pode esquecer que o papel ativo dos cidadãos originará uma maior legitimidade inclusive nas funções fiscalizatórias e nas próprias reclamações e pedidos vindouros.

Quanto às repercussões sociais, repisa-se que o “sucesso do processo conduzido pelo custeio público realmente indica que um país não precisa esperar até vir a ser muito rico (durante o que pode ser um longo período de crescimento econômico) antes de lançar-se na rápida expansão da educação básica e dos serviços de saúde.”<sup>640</sup> A justificativa desta assertiva encontra guarida, pois “a qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito dos baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais.”<sup>641</sup> Além disso, ressalta-se que as políticas de desenvolvimento, via convênio administrativo ou por meio de outro instrumento jurídico apto, devem priorizar o ser humano em si, isto porque tais condutas refletiram num verdadeiro desenvolvimento social. Infelizmente, concordando com o comentário de André Vinicius Tschumi, o Estado na maioria das vezes não visa ao ser humano, pois os seus resultados não são visíveis a curto prazo, e sim pelo contrário são de longo prazo.<sup>642</sup> Logo, acaba sendo desinteressante para finalidades egoísticas, bem como confrontantes ao verdadeiro interesse público primário, dos governantes, o que é lamentável. Para excitar a feitura de parcerias, enfatiza-se a obrigação de controle externo eficiente na atuação da Administração Pública em prol do desenvolvimento social.

Posto isso, aquiesce-se com Carla Rister na conclusão de substituir a “preocupação econômica com os resultados pela preocupação jurídica com os valores, o que importaria uma mudança relevante. Igualdade de oportunidades, inclusão no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais e cooperação passariam a compor o

---

<sup>640</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 66.

<sup>641</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 66.

<sup>642</sup> TSCHUMI, André Vinicius. Políticas de desenvolvimento regional. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direto e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 143-165, p. 1653. 165.

quadro valorativo de construção de uma democracia econômica.”<sup>643</sup> Para a concretização do desenvolvimento social, os convênios revelam-se em excelentes instrumentos jurídicos para materializar a cooperação entre sujeitos da Administração Pública ou a colaboração entre Administração Pública e terceiros, tendo por objetivo a efetivação de direitos e garantias constitucionalmente preconizadas na seara social aos cidadãos. A cooperação entre os entes federados é reportada por Carla Rister quando explana que “a cooperação revela-se tão importante em virtude do fato de que, em qualquer cenário, o indivíduo, os povos e os Estados nunca atuam isoladamente, mas sempre em conjunto com os demais, incumbindo ao direito aprimorar as formas de cooperação, pois isso atende ao anseio de atingimento da igualdade de oportunidades.”<sup>644</sup>

O mesmo raciocínio supra aplica-se aos convênios celebrados entre a Administração Pública e um terceiro, porém utiliza-se a expressão colaborativa ao invés de cooperativa já que não se trata de um sujeito integrante da Administração Pública, razão da distinção ora enunciada. O sucesso entre as parcerias entre as entidades do setor privado e o Estado rende grandes frutos para os cidadãos, como integrantes da sociedade, isto porque diversas políticas públicas são implementadas somente pela colaboração com entidades privadas, como exemplifica Maria Fonseca Dias: “no setor de cultura, com as associações de amigos dos museus; na saúde, por intermédio das santas casas de misericórdia; em ciência e tecnologia, mediante as fundações de apoio às universidades públicas; em educação (ensino supletivo e treinamento de mão-de-obra, por exemplo); e na assistência social (através, dentre outros, de creches e assistência ao idoso).”<sup>645</sup>

Em que pese o discurso persuadido favorável aos convênios como instrumentos hábeis para o desenvolvimento social, não se pode acreditar que a simples celebração de incontáveis convênios será a solução para o Brasil. Este é somente um passo que poderá contribuir, mas, mesmo assim este auxílio somente será possível se a Administração Pública agir com eficiência neste propósito.<sup>646</sup> Com isso, refuta um pensamento simplista de que o

---

<sup>643</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento:** antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 244.

<sup>644</sup> RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento:** antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 260.

<sup>645</sup> DIAS, Maria T. Fonseca. Políticas públicas e terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana.; ESTEVES, Júlio C. dos Santos; DIAS, Maria T. Fonseca (org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 261-291, p. 276.

<sup>646</sup> Lembra-se que o “primeiro reflexo da eficiência condiz com os atos administrativos, a recomendar que estes, na condição de decisões tomadas pela Administração, produzam seus efeitos da maneira mais eficiente possível”, ou seja, como os convênios administrativos são atos administrativos, inexistente qualquer dúvida, e sim uma obrigação, de realizar os seus atos administrativos com eficiência, sob pena de prejuízos ao interesse

Estado resolveria seus problemas e propalaria o desenvolvimento a partir da feitura de convênios e do repasse de recursos públicos para os convenientes, já que transferira para outrem o dever de solucionar. Deve-se lembrar que a Constituição Brasileira de 1988 prevê inúmeros direitos sociais a serem garantidos e aliado a isso a realidade que permeia a Administração Pública convive com a escassez de recursos públicos, portanto, diante deste cenário, deve-se pautar a atuação estatal, a qual poderá socorrer-se dos convênios administrativos para a instrumentalização, em prol do desenvolvimento sempre com o deveras cuidado de ser substancialmente eficiente, e não formalmente eficiente.

## CONCLUSÃO

Após a exposição sobre os convênios administrativos e a sua utilização, eficiente, para o desenvolvimento social, pode-se chegar às seguintes sínteses conclusivas:

01. Os convênios administrativos não são instrumentos jurídicos recentes no ordenamento brasileiro. Sua relevância é patente na história brasileira desde a Constituição de 1934, que já estabelecia a existência de “acordos” (na realidade, verdadeiros convênios). No plano infraconstitucional, acredita-se que o Decreto-Lei nº 200/1967 denota-se como o marco para a estipulação e valorização dos convênios administrativos no Brasil.

02. Inexiste uma posição uníssona sobre a natureza jurídica dos convênios administrativos na doutrina brasileira, destacando-se três linhas: (i) a que nega a natureza de contratos administrativos; (ii) a que os filia como espécie de contratos administrativos e; (iii) a que os enquadra como atos administrativos complexos e/ou acordos administrativos.

03. A definição preconizada para os fins deste estudo é que os convênios administrativos são atos administrativos unilaterais complexos introdutórios de normas jurídicas infralegais individuais, concretas, obrigatórias para os sujeitos de uma relação jurídica obrigacional, sendo que necessariamente no mínimo um dos sujeitos deve ser integrante da Administração Pública.

04. Como os convênios administrativos são atos administrativos, logo, a partir da classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, é plenamente possível aferir se a situação concreta caracteriza um convênio administrativo válido por intermédio dos elementos e pressupostos de existência e de validade, segmentação de muita utilidade no controle de tais atos administrativos.

05. Os convênios são instrumentos jurídicos de cooperação e colaboração para a consecução de atividades e serviços de interesse da coletividade, sendo considerados cooperativos quando ajustar-se entre sujeitos da Administração Pública e colaborativos quando celebrar-se entre a Administração Pública e um particular.

06. Há grande divergência sobre qual dispositivo constitucional é o competente para versar sobre a competência legislativa dos convênios administrativos, todavia é certo que as normas gerais cabem à União, seja com esteio no art. 22, inciso XXVII ou art. 24 da Constituição.

07. Um processo administrativo prévio deverá anteceder a celebração do convênio administrativo, não havendo a imperiosidade de obediência às normas licitatórias, mas sim a



submissão da escolha da Administração Pública via um processo administrativo seletivo que assegure os princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.

08. Os convênios administrativos entre sujeitos da Administração Pública prescindem de um processo administrativo seletivo, o que não significa exonerar-se de um procedimento administrativo para a sua materialização.

09. Quanto à aprovação do Poder Legislativo sobre os convênios firmados pelo Poder Executivo, salienta-se que: (i) há desnecessidade de anuência do Poder Legislativo quando o Poder Executivo celebrar um convênio que não envolva repasses financeiros; (ii) há desnecessidade também caso envolva repasses financeiros, porém todos estes com previsão legislativa, mais precisamente no mínimo na lei orçamentária anual, que ampare a transferência de recursos para terceiro, seja entidade pública ou privada, salvo os casos previstos no artigo 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal que precisam também de uma lei específica autorizativa; (iii) há indispensavelmente que ocorrer a aquiescência do Poder Legislativo quando o Poder Executivo firmar um convênio que envolva transferência de recursos financeiros, os quais não estejam previstos na lei orçamentária anual.

10. Os princípios jurídicos são espécies de normas jurídicas, diferentes das regras jurídicas, sendo que o seu enaltecimento gera a concepção de uma fase pós-positivista.

11. Os conflitos normativos entre regras e os conflitos entre princípios possuem meios e conseqüências diversas para o seu deslinde. Enquanto, a conflituosidade de regras é dirimida pelas antinomias, a de princípio pela ponderação a colisão de princípios não afeta a esfera da validade das normas jurídicas. Ademais, impende deduzir que tal embate é resolvido pelo peso a ser atribuído aos princípios colidentes pelo intérprete e aplicador do direito dentro das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, o qual deverá buscar sempre uma concertação entre os princípios para que haja o menor sacrifício possível.

12. O princípio da eficiência administrativa foi concebido expressamente por intermédio da Emenda Constitucional n. 19/1998, conhecida como Reforma Administrativa. Em que pese a sua prescrição explícita quando da alteração do artigo 37 da Constituição, diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais já dispunham sobre a eficiência, razão pela qual até decisões judiciais já assentiam tal princípio.

13. É necessário propulsar um novo paradigma para o Direito Administrativo no século XXI, afastando-se do autoritarismo e da verticalidade nas relações entre a Administração Pública e os administrados, a fim de exaltar uma Administração Pública mais consensual, concertada, dialógica ou paritária, razão pela qual os convênios relevam-se instrumentos hábeis e pragmáticos para a efetivação de acordos administrativos consensuais.

14. A aplicação do princípio da subsidiariedade, seja no sentido vertical ou horizontal, está diretamente correlacionada aos interesses da coletividade, haja vista que a transferência de atividades e serviços e sua disposição vergam para o interesse público.

15. A relação da subsidiariedade e os convênios administrativos é notadamente estreita, porquanto muito das atividades e serviços prestados em uma gestão compartilhada são instrumentalizados pelos convênios.

16. A atividade administrativa de fomento poderá, e deverá, ser incrementada pela formalização de convênios, haja vista a proeminência dos interesses e das necessidades persecutidos em cada atividade fomentadora do Estado, além do aspecto que tal atividade ostenta a consensualização da atuação estatal a partir da participação e conscientização popular.

17. Os convênios administrativos são instrumentos jurídicos úteis e necessários para o desenvolvimento nacional e regional. Ademais, para o real atingimento desta finalidade constitucional, a atuação da Administração Pública na celebração dos convênios, deverá pautar-se de forma destacada pelo princípio da eficiência administrativa.

Finalmente, ressalta-se que nos últimos anos pode ser observada a ampliação do interesse e debate sobre os convênios administrativos no Brasil. Infelizmente tal notoriedade, por vezes, decorre de escândalos na sua malversação e não em face dos frutos positivos que deles podem advir. O fato é que não se pode negar imprescindibilidade dos convênios para a gestão da Administração Pública brasileira, em todas as esferas federativas. Neste contexto, o presente trabalho teve o intuito de aclarar controvérsias doutrinárias existentes e expor criticamente os posicionamentos já alçados em publicações e também decisões prolatadas nas Cortes de Contas e no Poder Judiciário, delimitando seus contornos e nuances sem, contudo, pretender o exaurimento do objeto.

**REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO**

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AGUIAR, Ubiratan. **Convênios e tomadas de contas especiais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In PEREIRA JÚNIOR, Antônio e JABUR, Gilberto Haddad (coords.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier, 2008.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocqua. **Controle das transferências financeiras da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALMEIRA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Teoria do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.237, jul. 2004, p. 01-06.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Do negócio jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 01, n. 01, 2002, p. 15-60.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, São Paulo, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-162.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de direito administrativo e constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Marcos Vinicius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. 3. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>. Acesso em 07.nov.2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos** : orientações e jurisprudência do TCU /Tribunal de Contas da Uniao. 4. ed. Brasília : TCU, Secretaria Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoracao e Publicacoes, 2010.

BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Znt, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, ano 04, n. 16, jul-set. 1996, p. 173.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1991.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Metodologia do Direito**. Trad. Dr. Frederico Paschoal. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. Ed. Salvador: Editora Juspodium, 2009.

CASTRO, José Fernando de. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria da Administração**. 4. Ed. São Paulo: Makron Books, 1993.

CITADINI, Antonio Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 7, n. 27, Editora Revista dos Tribunais, abri/jun, 1999, p. 209-212.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 09, fevereiro/março/abril de 2007. Disponível na internet <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>. Acesso em: 04 de dezembro de 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. (Org.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, Maria T. Fonseca. Políticas públicas e terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio C. dos Santos; DIAS, Maria T. Fonseca (org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 261-291.

DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. I. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981.

DROMI, Roberto. **Curso de Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Depalma, 2004.

\_\_\_\_\_. **La revolución del desarrollo: inovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2007

DURÃO, Pedro. **Convênios e consórcios públicos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. 1. Madrid: Civitas, 1999.

ESCOLA, Hector Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

ESQUÍVEL, José Luiz. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosh, 1961.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macede Nery. **Direito Municipal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente – uma exegese do artigo 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 07, 1994, p. 16-20.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Carlos Mauricio e NÓBREGA, Marcos. **Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios – licitações. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 08, São Paulo, 1994, p. 24- 39, p. 28.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981.

FREIRE, André Luiz. **Manutenção e Retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. A qualificação econômico-financeira na licitação por itens. **Revista Zênite de Licitações e Contratos** nº 130, Curitiba, dez.2004, p. 1114-1120.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo**. Presunção de validade e a questão do ônus da prova. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FURTADO, Lucas. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho publico**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

GARCIA, Maria; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos; TANAKA, Sônia Yukiro. **Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito – Uma introdução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr-jun. 2003, p. 105-114.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: F. D. A., 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Licitação sem objeto - Lei 8.666 e Estados e Municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10, São Paulo, 1995, p. 88-102.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 112.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – Críticas e propostas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, janeiro/fevereiro/março de 2010. Disponível na internet <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIO-GUERRA.pdf> . Acesso em: 04 de agosto de 2010.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 02, 1993, p. 06-20.

HUPSEL, Edite Mesquita. Convênios administrativos – anotações. **Revista JAM Jurídica Administração Municipal**. Salvador, ano IV, n. 08, ago/99.

IVO, Gabriel. O processo de formação da Lei Orçamentária Anual – A rejeição do Projeto de Lei e o princípio da inexauribilidade da lei orçamentária. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 34, São Paulo, 2001, p. 164-180.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10. ed. São Paulo: 2006, p. 36.

\_\_\_\_\_. Contratos entre órgãos e entidades públicas. **Revista Trimestral de Direito Público** 15, 1996, p. 74-84.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KNOERR, Cibele Fernandes Dias Knoerr e KNOERR, Fernando Gustavo. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord). **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 3. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

- LASO, Enrique. **La licitación pública**. Montevideo: Julio Cesar Faira Editor, 2005.
- LEWIS, Sandra Aparecida Barbon. Terceiro Setor, Políticas Públicas e Tributação. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.). **Direito do Terceiro Setor: Atualidades e Perspectivas**. Curitiba: OAB-PR, 2006.
- LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo, Malheiros, 2007.
- LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 95-118.
- MACHADO, Hugo de Brito. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MAJADAS, Márcia Fratari. **Discricionariedade e desvio de poder em face de princípios constitucionais da Administração Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 247-250.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Normas gerais de licitação – doação e permuta de bens de estados e de Municípios – aplicabilidade de disposições da Lei Federal 8.666/93 aos entes federados. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 12, São Paulo, 1995, 173-191.
- MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo, Universidade de São Paulo, Vol. 100, 2005.
- MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito USP**. São Paulo, Universidade de São Paulo, Vol. 100, 2005, p. 555).
- MARTINS, Alzemer. Convênios – legítimos meios de fomento e delegação administrativa ou fossos de irregularidade? **Revista JAM Jurídica Administração Municipal**. Salvador, ano IV, n. 11, nov/99.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). Princípio da eficiência em matéria tributária. In: **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, Margarida Salema D’Oliveira. **O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. 2. ed. Tomo I. Buenos Aires: Editora Depalma, 1982.
- MEDAUAR, Odete. Convênios e Consórcios Administrativos. **Revista Jurídica da Prefeitura Municipal de São Paulo**. São Paulo, n. 02, jun. 1996, p. 69-89.
- \_\_\_\_\_. **Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno**. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.



\_\_\_\_\_. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

\_\_\_\_\_. Inaplicabilidade da nova regulação sobre licitações a Estados e Municípios e inconstitucionalidade radical do Dec.- lei 2.300/86. **Revista de Direito Público**, vol. 83, São Paulo, Malheiros, jul. 1987, p. 16-28.

\_\_\_\_\_. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado** Tomo XLVI – Direito de Obrigações. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Sandra Julien. **Do ato administrativo complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. In: PAIVA, Mário Antônio Lobato de (Coord.). **Direito Administrativo (temas atuais)**. São Paulo: LED, 2003.

MONTEBELLO, Mariana Souza Soares. **O princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do Estado no Brasil**. Disponível em: [www.cjf.gov.br/revista/numero17/prodacad1.pdf](http://www.cjf.gov.br/revista/numero17/prodacad1.pdf). Acesso dia 11/03/2005, às 17h 40min.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei n 11.079/2004**. São Paulo, 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Digo 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). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 214, out/dez. 1998, p. 35-53.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. Competência concorrente limitada. Brasília. **Revista de Informação Legislativa**, ano 25, n. 100, out/dez 1988.

\_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1029-156, jan-mar. 2003,

MOREIRA, Alinie da Matta. O princípio da eficiência e sua aplicabilidade na Administração Pública. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 33, set. 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MOTTA, Fabrício. **Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 14, abril/maio/junho, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em: 15. fev. 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zenite, 2008.

\_\_\_\_\_. **Pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite, 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 241, jul-set. 2005, p. 209-240.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24.

OFFE, Claus. **Contradicciones en el Estado del Bienestar**. Trad. Antônio Escohotado. Alianza Editorial, 1990.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias públicos-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org) **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 567-606.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 213-259.

\_\_\_\_\_. O terceiro setor e a gestão privada de recursos públicos para fins públicos. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (Org.). **Direito do Terceiro Setor: atualidades e perspectivas**. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006, p. 101-138.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato administrativo**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORZIL, Alexandre. **Convênios públicos: a nova legislação**. Brasília: Orzil Consultoria, 2010, Apresentação.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. **Convênios e outros instrumento de Administração Consensual na Gestão Pública do Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 58.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. **Convênios e outros instrumento de Administração Consensual na Gestão Pública do Século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 11.

- PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ativa, 1962.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume III. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PEREIRA, José Matias. **Finanças públicas**. São Paulo: Atlas, 1990.
- PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977.
- PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- PONDÉ, Lafayette. **Estudos de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. Noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema no conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- RIBEIRO, Jorge Miranda. **Curso Avançado de Convênios da União**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Dr. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte geral das obrigações. Vol. II. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: [http://www.ediforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=56993](http://www.ediforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993) Acesso em 16. fev. 2011)
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (coord). **Direito administrativo – Estudos**

**em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 271-292, p. 291.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Poder Constituinte e Poder Popular.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Almeida, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros, 2009.

SKALOWSKY, Leon Fredja. Convênios, consórcios administrativos, ajustes – outros instrumentos congêneres. **Boletim de Direito Municipal.** São Paulo: NDJ, ano 11, nov/2000, p. 705-708.

\_\_\_\_\_. Os convênios administrativos. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 80, jul/1991, vol. 669, p. 39-46.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo em Parcerias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Estímulos positivos. *In:* OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord). **Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 15-38.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador.** São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de direito público.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Licitação e contrato administrativo.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público,** n. 01, 1993, p. 272-281.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais.** Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

TÁCITO, Caio. **O abuso de poder administrativo no Brasil.** Rio de Janeiro, 1959.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito público.** 2. vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

\_\_\_\_\_. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, n. 214, p. 27-34, out-dez, 1998.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2002.

TODERO, Domingos Roberto. **Dos convênios da Administração Pública.** Porto Alegre, 2006. 627 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Silva Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TSCHUMI, André Vinicius. Políticas de desenvolvimento regional. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 143-165.

VERDU, Pablo. **A luta pelo Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WALD, Arnoldo; MORAIS, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação do ato administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. Inaplicabilidade do Dec.-lei 2.300/86 a Estados e Municípios. **Revista de Direito Público**, vol. 82, São Paulo, Malheiros, abr-jun. 1987, p. 167-173.

ZOCKUM, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.