

GUSTAVO ALEXANDRE MAGALHÃES

CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS:

uma proposta de reeleitura do seu regime jurídico à luz de sua natureza contratual

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do grau de doutor em Direito, sob a orientação do professor doutor Florivaldo Dutra de Araújo.

Belo Horizonte

2011

Tese defendida e aprovada, em _____, pela banca
examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor Florivaldo Dutra de Araújo – Orientador

Professora Doutora Cristiana Fortini

Professor Doutor Luciano Ferraz

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

*Dedico este trabalho à Aninha, minha esposa, amiga e conselheira,
presente nos momentos difíceis e nas grandes conquistas.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão desta tese de doutorado demandou grande esforço intelectual e profissional de muitas pessoas, às quais devo enorme gratidão. Em especial, agradeço àqueles que diretamente participaram da elaboração do trabalho:

Ao meu orientador, Professor Florivaldo Dutra de Araújo, símbolo de dedicação à Faculdade de Direito da UFMG e à ciência do Direito, agradeço pelo comprometimento e seriedade durante todo o desenvolvimento desta tese de doutorado;

À Ana Alvarenga Moreira, agora também Magalhães, agradeço por todo o amor, incentivo e paciência;

À minha mãe, Jacyra, poço de fortaleza e de ternura, minha eterna gratidão por todo o apoio, o amor e o carinho;

À minha família, suporte permanente para qualquer jornada pessoal ou profissional, mais uma vez o meu muito obrigado aos queridos: Giovanni, Giselda, Joanna e Ícaro; Jorginho, Giovanna, João Pedro e Camila; George, Marta e Felipe; Gilson e Luana;

Ao César, Margarida e Tina, nova extensão da minha família, agradeço pelo acolhimento caloroso;

Aos Professores Luciano Ferraz e Cristiana Fortini, pelas conversas ao longo da elaboração da tese e, principalmente, pelos ensinamentos e críticas apresentadas ao trabalho no exame de qualificação;

Ao Professor Carlos Pinto Coelho Motta, agradeço pela disponibilidade e desprendimento ao me fornecer material pessoal de preparação de aulas e palestras. Agradeço também aos professores Antônio Cota Marçal, Vinícius Marins, Sirlene Aredes, Bruna Colombarolli, Maria Tereza Fonseca Dias, Élide Graziane Pinto e Luís Henrique Vieira Rodrigues, pelas conversas de extrema importância para o desenvolvimento do trabalho;

Agradeço ao Procurador Geral do Município de Belo Horizonte, Dr. Marco Antônio de Rezende Teixeira, pela confiança e pelos ensinamentos ao longo de todos esses anos de trabalho sério e produtivo.

Aos colegas e amigos da Procuradoria do Município de Belo Horizonte, companheiros da advocacia pública de alto nível e responsabilidade jurídico-social. Gratidão especial aos amigos Luiz Gustavo Levate, Camila Pyramo, Fernando Couto,

James Henrique, Hércules Guerra, Flávio Marcos, Roberto Paiva, Rúsvel Beltrame, Conrado Prado, Marcelo Borges, Heloísa Carvalho, Virgínia Kirchmeyer, Ingrid Andrade e Cláudia Melgaço;

Agradeço também aos alunos e colegas da Faculdade de Direito da UFMG, da Escola Superior Dom Hélder Câmara, das Faculdades Del Rey e do Curso de pós-graduação e preparatório para concursos Aprobatum;

Aos colegas do MR&CL Advogados, agradeço os instigantes debates diários e a verdadeira satisfação de trabalhar em equipe. Registro meu muito obrigado aos amigos David Oliveira Lima Rocha, Gustavo Landi, Henrique Costa, Luis André de Araújo Vasconcelos, Luís Henrique Batagini, Rafael Castro, Alexandre Câmara, Gabriela Dourado, Mara Gouvêa e Rubi Mota;

Agradecimento especial aos advogados Iúlian Miranda, Pedro Magalhães Lima, Luiz Henrique Almeida, Renato Rosa, Marcela Campos Jabôr, Natália Campos e Cecília Bretas, pelas discussões, pesquisas e debates sobre o trabalho. Apesar de jovens, vocês demonstraram que têm um futuro brilhante pela frente;

Ao Dr. Elpídio Donizetti, agradeço a amizade e o incentivo no desenvolvimento de projetos pessoais e profissionais;

Agradeço também ao Professor Ivagner Ferreira, amigo e parceiro na luta diária pela consolidação dos projetos acadêmicos e educacionais;

Ao Érico Andrade, Fernando Rola, Rodrigo Esteves, Pedro Lima, Breno Mello, Gustavo Lopes, agradeço pela amizade e pelas corridas nas ruas de Belo Horizonte;

Aos grandes “intelectuais do Arc’anjo Maleta”, Leonardo Spencer, Lourenço Capanema, Estevão Mello, Frederico Horta, Santana, pelas conversas e debates homéricos regados por cerveja gelada e *comida di buteco*;

Aos amigos do “Pesqueiro do Jairinho” e dos butecos de Pouso Alegre, Paulo Marivo, Eduardo Lapa, Luciano, Anderson, Maicon, Bruno Coldibelli, Naoki, Júnior Fagundes, Thiago Emílio, Rodrigo Cabeça e Walter Lage, que sempre me acolhem nos finais de semana na terra natal.

A todos, meu sincero *muito obrigado*.

RESUMO

Os convênios administrativos (ou convênios de cooperação) constituem espécies de contratos administrativos, tendo por peculiaridade a inexistência de lucro para as partes. É necessário analisar de maneira distinta os regimes jurídicos dos convênios celebrados entre entes públicos (convênios públicos) e dos convênios celebrados entre a Administração e entidades privadas (convênios público-privados).

No caso dos convênios públicos, todas as partes são vinculadas institucionalmente ao regime jurídico-administrativo, de modo que não existe a persecução de interesses privados. Os convênios públicos representam a cooperação necessária entre entes estatais para atingir o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (art. 23 da CR/88). É nesse contexto que as pessoas políticas se unem por meio da celebração de consórcios públicos e de convênios para a gestão associada de serviços públicos, conforme dispõe o art. 241 da Constituição.

A análise dos convênios público-privados, por outro lado, deve partir da premissa de que em um dos pólos da relação existe uma entidade privada, (ainda que sem finalidade lucrativa), criada por particulares, para atender às finalidades incluídas no estatuto social de acordo com a vontade de seus associados. Trata-se de instrumento de grande importância a ser utilizado pelo Estado no intuito de fomentar as organizações do terceiro setor. Nesse sentido, a sociedade civil organiza-se por meio de organizações sem finalidade lucrativa (ONGs) para satisfazer às necessidades da coletividade de maneira desvinculada do Estado: trata-se, exatamente, do “interesse público não estatal”. Considerando a pluralidade de interesses públicos consagrados pela Constituição de 1988, torna-se importante a participação popular na definição das prioridades a serem atendidas pelo Poder Público.

Deve-se observar, no entanto, que cada organização não governamental integrante do terceiro setor busca a efetivação do interesse público segundo sua própria concepção, ou seja, a busca do interesse público sob a ótica de um grupo privado.

Concebido o terceiro setor como segmento em que a sociedade civil passa a ter legitimidade para buscar o interesse público de maneira desvinculada do Estado, é imprescindível que a Administração assegure a todas as entidades não governamentais o igual direito de celebrar um convênio administrativo e, conseqüentemente, a igualdade de acesso a repasses de verbas públicas.

Os princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade administrativa e eficiência determinam, independentemente de norma proibitiva específica, que os convênios público-privados devem observar, como regra, a realização prévia de licitação.

O regime jurídico dos convênios deve ser analisado a partir da expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei nº 8.666/93. Dessa forma, terão plena aplicabilidade todas as normas jurídicas aplicáveis aos contratos que sejam compatíveis com a natureza não lucrativa dos convênios.

RIASSUNTO

Gli convenzioni (o accordi amministrativi) sono una specie di contratti amministrativi, con la particolarità che non c'è alcun profitto da condividere. Ci vuole analizzare diversamente i sistemi giuridici di convenzioni tra enti pubblici (contratti pubblici) e gli accordi conclusi tra l'Amministrazione e soggetti privati (partenariato pubblico-privato).

In caso dei convenzioni pubblici, tutte le parti sono istituzionalmente legati all'ordinamento giuridico-amministrativo, in modo che non ci sia presente il perseguimento degli interessi privati. I convenzioni pubblici rappresentano la necessaria cooperazione tra gli enti statali per raggiungere "l'equilibrio dello sviluppo e del benessere a livello nazionale" (art. 23 del CR/88). È in questo contesto che le persone politiche se uniscono attraverso la celebrazione di partnership pubbliche e accordi per la gestione congiunta dei servizi pubblici, come previsto dall'art. 241 della Costituzione.

L'analisi dei partenariati pubblico-privato, dall'altro, deve partire dal presupposto che da una parte della relazione giuridica c'è un soggetto privato (anche se non profit), creati da persone private, per soddisfare i obiettivi inclusi nel statuto, secondo i desideri dei suoi soci. Le partenariati pubblico-privato è strumento molto importante ad essere utilizzato per lo Stato, al fine di incoraggiare le organizzazioni non profit. In questo senso, la società civile si organizza attraverso le organizzazioni non-profit per soddisfare le esigenze della comunità in modi alternativi allo Stato: questo è esattamente il "pubblico interesse non statali". Davanti della diversità degli interessi pubblici incarnati nella Costituzione del 1988, è importante la partecipazione popolare nella definizione delle priorità ad essere osservate dalla Pubblica Amministrazione.

Va notato, tuttavia, che ogni organizzazione non profit del terzo settore persegue l'interesse pubblico secondo il suo proprio punto di vista, ossia, il perseguimento dell'interesse pubblico è realizzato dalla prospettiva di un gruppo privato.

Pensato il terzo settore come il segmento in cui la società civile è legittimata a perseguire l'interesse pubblico in modo svincolato dallo Stato, è indispensabile che l'Amministrazione assicuri a tutti i soggetti del terzo settore uguale diritto a concludere un accordo amministrativo e, quindi, la parità di accesso ai trasferimenti di fondi pubblici.

I principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità, moralità e efficienza amministrativa determinano, indipendentemente dalla esistenza di specifica norma proibitiva, che i partenariati pubblico-privato devono osservare, come regola, la realizzazione de offerte pubbliche (concorrenza).

Dunque, la regolazione dei partenariati deve essere analizzata da l'espressione "se del caso", presente nell'art. 116 della Legge n. 8.666/93. Fato questo, saranno pienamente applicabili ai partenariati le norme sui contratti che siano compatibili con la natura non-profit di questo tipo di accordo.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABONG: Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais

ADCT: Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

ALMG: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais

ampl.: ampliada

CADIN: Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal

CEMPRE: Cadastro Central de Empresas

CF/88: Constituição de 1988

CGU - Controladoria Geral da União

CLT: Consolidação das Leis Trabalhistas

CNPJ: Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas

CONAMA: Conselho Nacional do Meio Ambiente

Coord.: Coordenador (a)

CPI: Comissão Parlamentar de Inquérito

CR/88: Constituição de 1988

CTN: Código Tributário Nacional

DF: Distrito Federal

DJ: Diário de Justiça

DOU: Diário Oficial da União

E.C.: Emenda Constitucional

ed.: edição

e. g.: *exempli gratia*

FASFIL: Fundações Privadas e Associações sem fins lucrativos.

FGTS: Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

GIFE: Grupo de Institutos, Fundações e Empresas

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IN: Instrução Normativa

IN/STN: Instrução Normativa editada pela Secretaria do Tesouro Nacional

INSS: Instituto Nacional da Seguridade Social

IPEA: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

IPTU: Imposto predial e territorial urbano

ISSQN: Imposto sobre serviços de qualquer natureza

LC: Lei Complementar

LDO: Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA: Lei Orçamentária Anual

LOAS: Lei Orgânica da Assistência Social

LRF: Lei de Responsabilidade Fiscal

MARE: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado

MF - Ministério da Fazenda,

MG: Minas Gerais

MP: Ministério Público

MS: Mandado de Segurança

nº: número

ONG: Organização Não Governamental

op. cit.: *opus citatum*

Org.: Organizador

OS: Organização Social

OSCIP: Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

PIB: Produto Interno Bruto

Portaria Interministerial MP/MF/MCT: Portaria editada conjuntamente pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, pelo Ministério da Fazenda e Ministério do Controle e da Transparência

PMI: Procedimento de Manifestação de Interesse

PPP: Parceria público-privada

QUANGO: *Quasi Autonomous Non Governmental Organisation*

Rel.: Relator

RE: Recurso Extraordinário

REsp: Recurso Especial

R.O.: Recurso Ordinário

rev.: revista

RJ: Rio de Janeiro

SIAFI: Sistema Integrado de Administração Financeira

SICONV: Sistema de gestão de Convênios

SP: São Paulo

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STN: Secretaria do Tesouro Nacional

SUS: Sistema Único de Saúde

TCE-MG: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

TCU: Tribunal de Contas da União

TJDF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJMG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TSE: Tribunal Superior Eleitoral

TST: Tribunal Superior do Trabalho

UFMG: Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO METODOLÓGICA.....	19
1. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONVÊNIOS ENTRE ENTES PÚBLICOS E AOS CONVÊNIOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES PARTICULARES.....	28
2. CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: o convênio administrativo como instrumento de efetivação do federalismo de cooperação.....	45
2.1. O Federalismo de Cooperação consagrado pela Constituição de 1988.....	45
2.2. Os convênios e consórcios públicos como instrumentos da gestão associada entre entes federativos.....	49
2.2.1. Os convênios administrativos (convênios de cooperação).....	51
2.2.2. Consórcios públicos como espécie de convênios administrativos.....	62
3. O CONVÊNIO COMO INSTRUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE O TERCEIRO SETOR E O ESTADO.....	71
3.1. Introdução.....	71
3.2. Terceiro setor: terminologia.....	75
3.3. Terceiro setor: definição e abrangência.....	82
3.4. Características do terceiro setor	85
3.4.1 Impossibilidade de conceber como híbrida a natureza do regime jurídico das entidades do terceiro setor.....	90
3.4.2. Finalidade não lucrativa.....	92
3.4.2.1 A possibilidade de entidades com finalidade lucrativa (empresas) celebrarem convênios administrativos.....	93
3.4.3 Desvinculação do Estado (autonomia).....	102

3.4.4 Realização de Atividades de Interesse Público.....	106
3.5. O terceiro setor sustentado pelo Estado.....	111
3.6. A aproximação entre o regime jurídico dos contratos administrativos (gênero) e o dos convênios celebrados com entidades privadas.....	122
3.7. Natureza dos acordos celebrados entre as entidades do terceiro setor e o Estado.....	140
4. A NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS.....	148
4.1. Concepção tradicional.....	148
4.2. Análise crítica dos convênios em face da teoria geral do negócio jurídico...150	150
4.2.1. Introdução	150
4.2.2. Teoria do negócio jurídico	152
4.2.2.1. Fato jurídico, Ato Jurídico e Negócio Jurídico.....	152
4.2.2.1.1. O ato jurídico em sentido estrito.....	154
4.2.2.2. Negócios jurídicos unilaterais e plurilaterais	162
4.2.2.2.1. Negócios jurídicos unilaterais	162
4.2.2.2.2. Negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais.....	164
4.2.3. Contratos.....	167
4.2.3.1. Definição e requisitos.....	167
4.2.3.1.1. Consenso e produção de efeitos jurídicos.....	168
4.2.3.1.2. Necessidade de produção de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial...169	169
4.2.3.1.3. Liberdade das partes como requisito do contrato.....	171
4.2.3.1.4. O contrato como acordo reflexivo: divergência de interesses.....	177
4.2.3.2. Institutos contratuais.....	179
4.2.3.2.1. Ato coletivo.....	179
4.2.3.2.2. Ato-união.....	183
4.2.3.2.3. Instituição.....	189
4.2.3.3. Classificação dos contratos.....	196
4.2.3.3.1. Contratos unilaterais e plurilaterais — formação e eficácia.....	197
4.2.3.3.2. Contratos onerosos e gratuitos.....	201

4.2.3.3.3 Contrato administrativo.....	204
4.3. O convênio como espécie de contrato administrativo.....	207
4.3.1. Insuficiência do argumento de que nos convênios os interesses das partes são comuns e nos contratos os interesses são sempre contrapostos.....	208
4.3.1.1. Distinção entre “interesses contrapostos” e complementariedade de interesses: o contrato como acordo reflexivo.....	211
4.3.1.2. A impossibilidade de existência de meros “interesses comuns” nos negócios jurídicos plurilaterais: atecnia do termo “partícipe”.....	214
4.3.2. Necessidade de desvincular o contrato da ideia de delegação de serviços públicos.....	221
4.3.3. Impossibilidade da distinção entre contratos e convênios com base na precariedade do vínculo.....	224
4.3.3.1. A impossibilidade de celebração de permissão de serviço público por tempo indeterminado: a exata compreensão do termo “precariedade” previsto no art. 40 da Lei nº 8.987/95.....	226
4.3.3.2. Impossibilidade de celebração de convênios com natureza precária.....	231
4.3.4. O convênio como contrato plurilateral.....	235
5. REGIME JURÍDICO DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS.....	240
5.1. Introdução.....	240
5.2. Espécies de convênios administrativos.....	242
5.2.1. Convênios públicos.....	243
5.2.2. Convênios público-privados.....	244
5.2.3. Convênios financeiros e convênios não financeiros.....	247
5.3. Os convênios no direito positivo brasileiro.....	250
5.4. Alcance da expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei nº 8.666/93.....	255
5.5. Características dos convênios administrativos.....	259
5.5.1. Posição de Supremacia da Administração: aplicabilidade das cláusulas exorbitantes.....	260
5.5.1.1. Alteração Unilateral.....	262

5.5.1.2. Rescisão Unilateral	265
5.5.1.3. Fiscalização	267
5.5.1.4. Exigência de Garantia	269
5.5.1.5. Aplicação de Penalidades.....	270
5.5.1.6. Anulação dos convênios irregulares.....	271
5.5.1.7. Inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido.....	272
5.5.2. Finalidade vinculada ao interesse público.....	275
5.5.3. Obediência à forma e aos procedimentos previstos em lei.....	276
5.5.4. Natureza de contrato de adesão.....	278
5.5.5. Natureza <i>intuitu personae</i>.....	278
5.6. O dever de a Administração Pública licitar para selecionar o partícipe privado do convênio	280
5.7. Análise das modalidades de licitação em face da expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei nº 8.666/93.....	285
5.7.1. Modalidades comuns de licitação: Concorrência, tomada de preços e convite.....	287
5.7.2. Modalidades especiais de licitação: Concurso.....	288
5.7.2.1. Exigência de lei em sentido estrito para a criação de modalidades de licitação.....	290
5.7.2.2 Regulamentação da modalidade de licitação concurso no âmbito dos convênios administrativos e termos de parceria: o “chamamento público” (Decreto nº 6.170/07) e o “concurso de projetos” (Decreto nº 3.100/99).....	292
5.7.2.3 Possibilidade de utilização do “chamamento público” como forma de credenciamento de instituições sem finalidade lucrativa.....	296
5.7.3. Modalidades especiais de licitação: leilão.....	298
5.7.4. Modalidade de licitação prevista em lei específica: pregão.....	298
5.8. Análise dos critérios de julgamento das propostas (tipos de licitação) à luz da expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei nº 8.666/93.....	299
5.9. Licitação como condição para celebração de contrato de gestão celebrado com as OSs e de termo de parceria com as OSCIPs.....	301
5.9.1. O contrato de gestão e o termo de parceria como espécies de convênio.....	301

5.9.2. Não cabimento da contratação direta das OSs e das OSCIPs com fundamento na necessidade de qualificação específica.....	302
5.9.3. Inconstitucionalidade do concurso de projetos previsto no Decreto nº 3.100/99 como forma de seleção das OSCIPs.....	305
5.9.4. O concurso de projetos previsto no Decreto nº 3.100/99 como forma de seleção das OSCIPs: aplicação da modalidade de licitação concurso (art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93).....	307
5.9.5. A contratação de organizações sociais por dispensa de licitação (art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93).....	308
5.10. Celebração de convênios com entidades de apoio.....	314
5.11. Contratação de entidades do terceiro setor por inexigibilidade de licitação.....	317
5.11.1. Não cabimento da equiparação dos convênios com o terceiro setor às hipóteses de inexigibilidade de licitação (credenciamento).....	320
5.12. Os contratos administrativos (gênero) celebrados irregularmente sob a forma de convênios.....	321
5.13. Necessidade de realização de processo de seleção <i>pelas</i> entidades privadas.....	324
5.13.1. Contratações realizadas <i>pelas</i> OSCIPs, OSs e Fundações de Apoio.....	333
5.14. Requisitos de validade dos convênios.....	337
5.14.1. Identificação das carências locais e do objeto a ser conveniado.....	337
5.14.2. Do plano de trabalho.....	338
5.14.3. Da contrapartida.....	342
5.14.4. Desnecessidade de prévia autorização legislativa para a celebração de convênios.....	348
5.15. Procedimento do convênio.....	351
5.15.1. Da proposta.....	353
5.15.2. Da análise.....	356
5.15.3. Da aprovação (homologação).....	360
5.15.4. Da formalização propriamente dita (assinatura do convênio).....	361
5.15.5. Da publicação.....	362

5.16. Prazo de vigência dos convênios.....	363
5.17. Inexecução do convênio.....	368
5.17.1. Devolução dos valores previstos no convênio como decorrência da sua inexecução.....	370
5.18. Convênios entre entes públicos: discricionariedade de cada ente na escolha do partícipe.....	373
6. CONCLUSÕES.....	386
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	393
7.1. Jurisprudenciais.....	393
7.2. Legislativas.....	402
7.3. Monografias, publicações periódicas e documentos eletrônicos.....	408

INTRODUÇÃO METODOLÓGICA

O presente trabalho tem o propósito de analisar criticamente o instituto dos convênios, tradicionalmente utilizado para se efetivar o federalismo de cooperação entre entes públicos. Nas últimas décadas, no entanto, tornou-se também um meio bastante eficaz na execução conjunta de atividades sociais entre a Administração Pública e as organizações particulares pertencentes ao terceiro setor.

Como **objetivo geral** do trabalho, procurou-se analisar criticamente o instituto dos convênios. Para tanto, fez-se um estudo aprofundado de sua natureza jurídica e do regime jurídico aplicável aos convênios celebrados entre entes públicos e entre a Administração Pública e organizações privadas.

Como objetivos específicos, procurou-se demonstrar possíveis diferenças, impostas pelo ordenamento jurídico, entre os convênios celebrados por entes da própria Administração Pública e aqueles em que há uma organização particular figurando como partícipe.

Buscou-se também extrair do ordenamento jurídico vigente critérios objetivos para a escolha das entidades, públicas e privadas, beneficiárias de verbas públicas e da quantificação dos valores repassados.

Os objetivos foram postos devido ao **problema** considerado no trabalho. Questionou-se, na pesquisa ora proposta, se os acordos celebrados pela Administração Pública sob a forma de convênios, obedecem aos princípios constitucionais da isonomia e da moralidade administrativa, haja vista a inexistência de critérios objetivamente aferíveis pelos órgãos de controle e pela sociedade.¹

Como problema acessório, questiona-se, quanto à natureza jurídica, se os convênios enquadram-se na categoria dos contratos ou se constituem categorias

¹ “Os *convênios de cooperação* que o Poder Público celebra com particulares, ou mesmo entre órgãos públicos, são francamente mal compreendidos pela administração, em geral superestimados e – acredite-se – temidos mesmo, e isso se dá antes por desconhecimento das regras que o conformam que por serem de fato de perigosa ou de arriscada celebração, como são arriscados, considerando-se fiscalização dos Tribunais de Contas, certos contratos celebrados sem licitação.” RIGOLIN, Ivan Barbosa. Desmistificando os convênios. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. [on line]. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=36442>>. Acesso: em 23 julho de 2010, p. 01.

autônomas.² Para tanto, pretendeu-se abordar o instituto do contrato tendo em vista sua evolução desde o Estado Liberal até os dias de hoje.

Dessa forma, ao considerar que os convênios administrativos possuem natureza jurídica de contratos administrativos, afirma-se que se impõe a observância do art. 37, XXI da Constituição de 1988 (que exige licitação como condição para a celebração de contratos), também para a celebração de convênios administrativos.

A partir dessa **hipótese** adotada, impõe-se, como variável independente, a exigência constitucional de licitação como condição para a celebração de contratos administrativos, art. 37, inciso XXI, da C.R./88.

Ao que se refere à **metodologia** utilizada no presente trabalho e às reformulações que se fizeram necessárias em razão de condicionamentos e fatos não esperados, destaca-se que ao longo do estudo foram abordados casos hipotéticos e fatos isolados, de forma esparsa, que não têm a pretensão de adquirir o *status* de amostragem de pesquisa de campo e nem a pretensão de se apresentarem como estudo de casos específicos.

Especialmente quanto à metodologia, filia-se ao posicionamento adotado pelas professoras Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias. Dessa forma, entende-se que além de ser um conjunto de técnicas utilizadas para a elaboração de um trabalho científico, a Metodologia incorpora também a dimensão teórica dada à investigação.³

Propõem as autoras três grandes vertentes teórico-metodológicas aplicáveis à pesquisa jurídica: (1) a vertente jurídico-dogmática, que “considera o direito com auto-suficiência metodológica e trabalha com elementos internos do sistema jurídico”, (2) a jurídico-sociológica ou empírica, que se propõe a “compreender o fenômeno

² Na verdade, com o advento da Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, a qual dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios, há que se discutir a própria distinção ontológica entre convênios e consórcios, tendo em vista que o novo diploma normativo admite a celebração de consórcios entre entes federativos de natureza diversa, ao passo que a doutrina tradicional considerava a existência de convênio (e não de consórcio) em tais hipóteses.

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 64. Cumpre observar ainda que o presente trabalho optou por formalizar as citações em nota de rodapé, nos termos da NBR 10520/2002. Seguindo orientação das professoras Miracy Barbosa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, na primeira citação de cada obra, as referências serão apresentadas no formato completo [AUTOR (ES). *Título*: subtítulo. Edição. Local (cidade): Editora, data. Número de páginas ou volumes/cadernos. Explicitação sobre a origem do trabalho acadêmico (teses, dissertações), se for o caso]. Nas citações seguintes, será adotado o formato simplificado [AUTOR, *Título*. subtítulo. Número de página]. GUSTIN; DIAS, *op. cit.* p. 150-151.

jurídico no ambiente social mais amplo. Analisa o direito como variável da sociedade e trabalha com as noções de eficácia e de efetividade das relações direito-sociedade” e (3) a jurídico-teórica, a qual “acentua os aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários de determinado campo que se deseja investigar. Essa vertente relaciona-se, mais diretamente, com a esfera da Filosofia do Direito e com as teórico-gerais dos demais campos jurídicos”.⁴

A pesquisa ora proposta inseriu-se em maior medida na *vertente jurídico-dogmática*, valendo-se de *investigações* dos tipos *jurídico-histórico* e *jurídico-comparativo*. Por meio da investigação do tipo jurídico-histórico, procurou-se investigar a evolução do instituto do contrato e sua repercussão no âmbito dos convênios e consórcios.

Já a investigação do tipo jurídico-comparativo foi utilizada, principalmente, na análise da natureza contratual dos convênios administrativos (capítulo 4), em especial no que concerne às principais características do contrato no plano da teoria geral do direito.

Outrossim, cumpre destacar que parte dos dados e informações apresentadas tem origem em trabalhos acadêmicos (fontes indiretas), não tendo sido utilizadas somente fontes diretas. No período de desenvolvimento desta tese, alguns sítios oficiais não se encontravam mais disponíveis, impedindo o acesso às fontes originárias.

Embora o presente trabalho tenha por objeto o estudo sobre o regime jurídico dos convênios administrativos, a análise das entidades do terceiro setor apresentou-se de extrema importância. É que o convênio tem sido utilizado como instrumento de formalização do vínculo e dos repasses de verbas públicas a tais entidades privadas. Considerando a impossibilidade de acessarem alguns dados estatísticos sobre o terceiro setor em fontes oficiais, optou-se por trabalhar com a base de dados obtida em pesquisas anteriores, constantes de trabalhos científicos especializados.⁵

⁴ GUSTIN; DIAS, *op. cit.* p. 23-24.

⁵ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Ver também: CRUZ, Rachel Pellizzone. Da. LEI ROUANET: incentivo fiscal para que cultura? *IN: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. (Coord.). Terceiro setor, Empresas e Estado: Novas fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Deve-se ressaltar também a inexistência de uniformização de dados atuais no que se refere ao número de entidades do terceiro setor (capítulo 3). Não foram realizadas nos últimos anos pesquisas específicas sobre as instituições privadas integrantes do terceiro setor, a exemplo do que foi apresentado no início dos anos 2000 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Dessa forma, por sua especificidade e sistematização temática, os estudos datados de 2002 a 2005 apresentam maior utilidade para o presente trabalho. A título de ilustração, vale mencionar o estudo realizado no ano de 2002 pelo (IBGE), a partir dos dados do Cadastro Central de Empresas (CEMPRE), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG) e o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE). Segundo esse trabalho, de 2002 a 2005 houve um acréscimo de 22,6% no número de associações e fundações sem fins lucrativos, que passaram de 275,9 mil em 2002 para 338,2 mil em 2005.⁶

Ocorre que após 2005 foram encontradas dificuldades de interpretação dos dados oficiais apresentados, tendo em vista, principalmente, a inexistência de critérios oficiais utilizados pela Administração Pública em todo território nacional para conceber uma associação ou fundação como entidade do terceiro setor. Não se sabe ao certo, pois, o número atual de organizações componentes do terceiro setor ou o vulto financeiro repassado a essas entidades. No “Portal Transparência”, do Governo Federal, afirma-se que o montante repassado pela União, por meio de convênios, no período 01/01/1996 a 26/10/2010, foi de R\$ 277.783.446.886,80 (duzentos e setenta e sete bilhões, setecentos e oitenta e três milhões, quatrocentos e quarenta e seis mil, oitocentos e oitenta e seis reais e oitenta centavos). No entanto, como não houve distinção entre os destinatários com personalidade jurídica de direito público e as instituições privadas, não há como saber qual foi o percentual destinado ao terceiro setor.⁷

⁶ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) et al. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2004, p. 13. (Estudos e Pesquisas: Informação Econômica). Disponível em : www.ibge.gov.br. Acesso em: 4 de out. 2010.

⁷ BRASIL. Controladoria Geral da União. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/convenios/convenioslistageral.asp?ordem=-1&Pagina=25472>. Acesso em: 02 de julho de 2010.

A partir de 2007, a Secretaria do Tesouro Nacional, por meio do COINT – Coordenação-Geral de Análises e Informações das Transferências Financeiras Intragovernamentais, passou a apresentar os relatórios com as transferências voluntárias da União para os demais entes federativos. Os repasses financeiros às entidades privadas, no entanto, não foram abrangidos pelo estudo apresentado.⁸

Deve-se mencionar ainda a existência de várias críticas apresentadas por pesquisadores privados aos dados oficiais levantados pelo IBGE. Por exemplo, o IBGE incluiu, pela primeira vez, em maio de 2007, o terceiro setor nas contas nacionais, apontando a participação dele em 1,4% na formação do Produto Interno Bruto Brasileiro (PIB), o que representa aproximadamente 32 bilhões de reais.⁹ Há outros estudos, no entanto, que divergem dos dados apresentados pelo IBGE, o que evidencia a dificuldade metodológica no presente trabalho:

[...] o número apresentado pelo IBGE é menor do considerado por um estudo recente do Programa de Voluntários das Nações Unidas (UNV) em parceria com o Centro de Estudos da Sociedade Civil da Universidade Johns Hopkins. O levantamento, já divulgado pelo rede GIFE, mostrou que o setor sem fins lucrativos no Brasil representa hoje [2007] 5% do PIB nacional.” cf: IBGE calcula participação econômica do terceiro setor.¹⁰

Outra dificuldade encontrada quanto às fontes pesquisadas diz respeito a obras originais em língua alemã e francesa, haja vista a incapacidade de leitura do autor em tais idiomas.¹¹ Foram acessados diretamente na fonte, por outro lado, os textos em língua portuguesa, inglesa, espanhola e italiana.

⁸ BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Transferências voluntárias a Estados, DF e Municípios — Novembro/2010*. Brasília: STN, 2010. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/download/TV2010.pdf. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

⁹ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *IBGE calcula participação econômica do terceiro setor*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/acaosocial/article14a4.html?id_article=389. Acesso em: 22 de outubro 2010.

¹⁰ GRUPO DE INSTITUTOS, FUNDAÇÕES E EMPRESAS (GIFE). *IBGE calcula participação econômica do terceiro setor*. Disponível em: http://site.gife.org.br/artigos_reportagens_conteudo11939.asp. Acesso em: 22 de outubro 2010.

¹¹ Nesse sentido, merece referência especial a substanciosa dissertação de mestrado da professora Teresa Cristina de Souza, intitulada *A natureza contratual da relação de função pública*, que permitiu o acesso aos textos dos autores franceses Léon Duguit e Maurice Hauriou, cf. SOUZA, Teresa Cristina de. *A natureza contratual da relação de função pública*. 2004. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) —Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

Ao longo do presente trabalho, o autor se deparou com alguns fatos pelos quais não se esperava, o que demandou maior aprofundamento em questões jurídicas específicas.

No capítulo 4, por exemplo, em que se discorreu acerca da natureza jurídica dos convênios, mostrou-se imperioso realizar pesquisa ampla no campo da teoria geral do direito, haja vista a variedade de negócios jurídicos bilaterais cuja natureza contratual sempre foi negada.

Quanto à **divisão do trabalho**, salienta-se que a disposição dos capítulos possui uma sequência natural, de modo que todo o estudo parte de uma visão geral estabelecida pela doutrina dominante acerca do instituto dos convênios, buscando-se, em seguida, uma separação dos convênios celebrados entre entes públicos e aqueles firmados com uma organização privada.

Dessa forma, foi elaborado estudo sobre a natureza jurídica dos convênios, para, por fim, analisar criteriosamente o regime jurídico do instituto, concluindo-se o presente estudo.

Ao longo do primeiro e do segundo capítulos, apresentou-se uma distinção necessária entre os convênios celebrados entre entes públicos e aqueles firmados entre organizações privadas e a Administração Pública.

Entende-se no presente trabalho que a doutrina majoritária não faz a necessária distinção entre os convênios que envolvem entes privados e os convênios genuinamente públicos, do que decorre a falsa concepção de que o regime jurídico seria idêntico, seja com um particular na relação, seja só com entes estatais.

Ocorre que a Administração Pública, ao celebrar convênios com organizações particulares, deve observar o interesse público que melhor deve ser tutelado em dada situação, pois devido à pluralidade de valores dispostos na Constituição, é comum que interesses públicos diversos entrem em colisão.

Observa-se, assim, a necessidade de se estabelecerem critérios concretos, isonômicos e que preservem o interesse público melhor tutelado em determinado caso, quando da celebração de um convênio com o particular.

Mostra-se imprescindível, portanto, a necessidade de discorrer sobre o regime jurídico aplicável aos convênios, pois haverá distinções relevantes na hipótese

de existir ou não um particular como parte. Os fundamentos jurídicos que embasam a celebração de um convênio privado são diversos daqueles que fundamentam os convênios públicos.

Os convênios celebrados entre entes públicos fundamentam-se na necessidade de efetivação do federalismo de cooperação, segundo mandamento constitucional observado nos artigos 23 e 241 da Constituição de 1988.

Ademais, o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispostos no art. 3º da Constituição, só será possível mediante a atuação conjunta dos entes da Federação.

Quanto aos convênios celebrados entre o Estado e entidades particulares, entendeu-se necessário analisar criticamente as atividades desempenhadas pelas organizações não governamentais. É justamente no terceiro setor, que figura ao lado do Estado (primeiro setor) e do mercado (segundo setor), que as organizações privadas sem finalidade lucrativa são inseridas e atuam a fim de atenderem ao interesse público.

Haja vista a relevância das atividades realizadas pelas ONGs, seja sob o aspecto social ou mesmo econômico, deve-se apontar o modo como os acordos celebrados entre o Estado e as organizações do terceiro setor são desenvolvidos.

Dessa forma, independentemente do título jurídico que determinada entidade possui, ou mesmo da nomenclatura utilizada para se denominar determinado acordo (se convênio, termo de parceria ou contrato de gestão, por exemplo), fez-se imprescindível observar as atividades desenvolvidas por essas organizações e a legalidade dos acordos celebrados.

Deve-se deixar de lado a concepção utópica que envolve as organizações que compõem esse setor, especialmente quanto aos seus fins. Assim, o estudo acerca das organizações do terceiro setor perpassa, necessariamente, pela análise crítica da legitimidade especial atribuída a essas instituições, no intuito de efetivarem políticas públicas.

Para que tal crítica fosse construída, foi necessário analisar criticamente o que se entende por “interesse público não estatal”, expressão disseminada no Brasil a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, realizado pelo Ministério

da Administração Federal e Reforma (MARE) e dirigido pelo então ministro Luis Carlos Bresser Pereira, no ano de 1996.

Nesse ponto, mostrou-se imprescindível adentrar na discussão acerca das definições utilizadas do termo “interesse público”, cujo conceito jurídico é indeterminado e extremamente carente de concretização pelo intérprete do Direito.

Ademais, sob a ótica da pluralidade de valores adotados pela Constituição de 1988, analisou-se a concepção de interesse público não estatal. Haja vista a “pluralidade de interesses públicos” existentes na sociedade brasileira, observou-se a gama de interesses defendidos pelas organizações do terceiro setor, os quais se apresentam, muitas vezes, conflitantes entre si.

Outros aspectos relevantes das organizações do terceiro setor foram igualmente avaliados, a fim de entender a forma com que essas entidades podem legitimamente celebrar convênios com a Administração Pública.

Constatou-se, assim, o quanto as organizações do terceiro setor são dependentes dos recursos públicos transferidos pelo Estado, por meio dos convênios. Dessa forma, devido ao volume financeiro envolvido nos convênios com organizações particulares, fez-se imperioso fazer uma análise crítica dos procedimentos pelos quais a Administração Pública escolhe uma organização privada, bem como a fiscaliza.

Realizada essa análise, conclui-se pela inexistência de critérios isonômicos na escolha do partícipe, bem como na falta de clareza quanto às atividades executadas por essas organizações.

Depois de demonstrada a distinção entre convênios públicos e privados, fez-se imprescindível caracterizar o convênio como um instituto de natureza contratual (capítulo quarto), refutando-se, assim, os argumentos doutrinários no sentido de constituir o convênio um acordo de vontades não contratual, com características próprias, em que as partes cooperam a fim de atingir um interesse público.

Cumprido destacar que as premissas adotadas para sustentar a natureza não contratual dos convênios não são compatíveis com a teoria geral do direito, em especial quanto aos institutos do fato, ato e negócio jurídico.

Para a presente tese, portanto, a análise dos convênios à luz da teoria do negócio jurídico acarreta a inevitável natureza contratual do instituto. A divergência de

interesses como requisito para a pluralidade de partes em um negócio jurídico demonstra a fragilidade da negativa de natureza contratual aos convênios com base na inexistência de interesses contrapostos. Assim, a existência de interesses diversos e complementares (reflexivo) entre as partes é condição para que haja negócio jurídico bilateral.

No quarto capítulo defende-se ainda a aplicabilidade do regime jurídico dos contratos administrativos aos convênios, haja vista a sua natureza contratual. Apesar de o artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelecer que aos convênios e demais ajustes, aplicam-se as disposições desta Lei apenas “no que couber”, entende-se que o âmbito de aplicação da Lei de Licitações sobre o instituto dos convênios dependerá da presença ou não de particulares na relação jurídica.

Dessa forma, considerando-se o convênio como espécie de contrato, aplicam-se as disposições da Lei nº 8.666/93 em tudo a que o art. 116 não tenha conferido tratamento especial. Não havendo regras específicas, incidem todas aquelas previstas para o gênero contratos administrativos.

Ao adotar como premissa que os convênios são espécies de contratos administrativos, inicia-se o capítulo 5 discorrendo sobre a incidência de algumas regras e princípios dispostos na Lei nº 8.666/93.

Discute-se a escolha do partícipe de um convênio, indagando se o procedimento deverá ou não ser realizado por meio de licitação prévia. Questionam-se também os requisitos de validade do convênio, tais como a identificação das carências locais e do objeto a ser conveniado, o plano de trabalho a ser apresentado pelo partícipe, a contrapartida e a desnecessidade de autorização legislativa.

Analisa-se, ainda, de forma crítica, o prazo de vigência dos convênios, a possibilidade de prorrogação, a renovação e a extinção dos convênios. Observa-se que todo o regime jurídico dos convênios será detalhadamente averiguado, para ao fim, concluir pela necessidade de distinção entre os convênios celebrados entre entes da Administração Pública e entre organizações particulares e o Poder Público, sendo estes contratos administrativos precedidos necessariamente pelo procedimento licitatório.

1. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO DO REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS CONVÊNIOS ENTRE ENTES PÚBLICOS E AOS CONVÊNIOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ORGANIZAÇÕES PARTICULARES

O convênio administrativo é definido pela doutrina como acordo de vontade celebrado entre entidades públicas ou entre um ente estatal e um particular, no intuito de atender a objetivos de interesse comum.¹²

No que tange aos acordos celebrados entre os entes públicos, o instituto tem fundamento nos artigos 23 e 241 da Constituição, considerando-se a necessidade de maior efetivação do princípio federativo.¹³ Os convênios, nesse sentido, constituem instrumentos de cooperação entre as pessoas políticas para atender aos fundamentos e objetivos do Estado brasileiro.

Com o advento da Constituição de 1988, o número de convênios administrativos celebrados continuou a crescer em razão da concentração de renda em favor da União e, ao mesmo tempo, do estabelecimento de várias obrigações sociais para Estados e Municípios (art. 23 da Constituição, *e. g.*). Nesse sentido as observações de Roque Antônio Carrazza: “Realmente, hoje é público e notório que os Estados, os Municípios e o Distrito Federal estão — uns mais, outros menos — sucumbindo à míngua, sendo obrigados a pechinchar as benesses da União”.¹⁴

Dessa forma, com a queda nas transferências obrigatórias decorrentes do sistema de repartição de receitas tributárias, os entes federativos tornaram-se

¹² Na clássica definição de Hely Lopes Meirelles, os convênios administrativos são “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 358. No mesmo sentido: “Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas entidades e particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 243.

¹³ Como bem observa o professor Raul Machado Horta, existem modelos federativos mais centralizados (federações centrípetas) e mais descentralizados (federações centrífugas), do que decorre menor ou maior autonomia para os Estados-membros. No Brasil percebe-se grande autonomia dos Estados e Municípios quanto à repartição de competências, o que faz com que todos os entes tenham que atuar conjuntamente, cf: HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, nº 02, p. 5-20, abr-jun. 1993, p. 18.

¹⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 675.

extremamente dependentes das transferências voluntárias provenientes da União.¹⁵ Registre-se ainda que, após a promulgação da Constituição da República, houve um grande número de municípios emancipados (ou desmembrados, nos termos do art. 18, § 3º da Constituição) sem que houvesse necessariamente a análise de sua capacidade de auto-sustentação econômica.¹⁶ Esse processo desenfreado de emancipação de municípios constatado nos oito primeiros anos de vida da Constituição de 1988 agravou ainda mais a dependência de transferências voluntárias provenientes da União.

O convênio apresenta-se, pois, como importante instrumento de cooperação entre os entes da federação e também entre o Estado e as organizações particulares, a fim de “executar políticas públicas, por meio da gestão associada de serviços públicos”.¹⁷

Importa observar que a doutrina e a jurisprudência tratam da mesma maneira os convênios celebrados entre entes da Administração Pública e entre o Estado e entidades privadas. Em razão de se conceber como premissa fundamental para o regime jurídico dos convênios a busca pelo interesse público, costuma-se não

¹⁵ Conforme estudo apresentado pela Secretaria do Tesouro Nacional, no ano de 2009, a União transferiu a Estados e Municípios R\$ 7.854.445.000,00 (sete bilhões, oitocentos e cinquenta e quatro milhões, quatrocentos e quarenta e cinco mil reais). BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Transferências voluntárias a Estados, DF e Municípios — Novembro/2010*. Brasília: STN, 2010, p. 3. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/download/TV2010.pdf. Acesso em: 22 de dezembro de 2010.

¹⁶ “Em 1940 existiam 1.574 (um mil quinhentos e setenta e quatro) municípios, sendo que havia 31 (trinta e um) municípios com até 5 (cinco) mil habitantes. Em 1970 havia 3.952 (três mil, novecentos e cinquenta e dois) municípios, sendo que havia 658 (seiscentos e cinquenta e oito) municípios com até 5 (cinco) mil habitantes. Já em 1993 havia um total de 4.974 (quatro mil, novecentos e setenta e quatro) municípios, sendo que 1.067 (um mil e sessenta e sete) municípios tinham até 5 (cinco) mil habitantes”. SHIKIDA, Cláudio Djissey. *A economia política de emancipação de municípios em Minas Gerais*. Brasília: ESAF, 1998. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/iiipremio/financas/2lugar_topicos_III_PTIN/SHIKIDA_Claudio_Djissey.pdf. Acesso em: 31 de maio de 2010. Além disso, cumpre observar que “590 municípios brasileiros foram emancipados entre 1997 e 2005. O maior número de emancipações ocorreu em Minas Gerais, onde surgiram 97 novas cidades, o equivalente a 11% do total no Estado. O estudo é da Confederação Nacional de Municípios. Proporcionalmente ao total de municípios existentes hoje, Roraima é o estado com o maior número de novos municípios no período, com 47%, seguido pelo Maranhão, Piauí, Paraíba e Rondônia.” SHIKIDA, *op. cit.* p. 42. “É interessante observar que 94,5% dos 1.405 municípios instalados entre 1984 e 2000 têm menos de 20 mil habitantes. Entre os 1.018 municípios instalados entre 1991 e 2000, apenas 40 possuíam mais de 20 mil habitantes. O movimento de emancipação de municípios alterou significativamente a distribuição dos municípios por tamanhos da população e por regiões. Enquanto em 1940 apenas 2% dos municípios possuíam menos de cinco mil habitantes e 54,5% menos de 20 mil habitantes, em 2000 esses números passaram para 24,10% e 72,94%, respectivamente, segundo dados do IBGE.” MAGALHÃES, João Carlos. *Emancipação político-administrativa de municípios no Brasil*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/livros/dirur/dinamica_dos_municipios/Capitulo%201.pdf. Acesso em: 06 de março 2010.

¹⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº. 11.107/2005. IN: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz; (Coord.). *Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 143.

fazer qualquer distinção acerca do regime jurídico do instituto em função da presença de uma entidade particular.

Vale transcrever a definição de Sílvio Luís Ferreira da Rocha: “Os *convênios* como regra, são definidos como acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações privadas, para a realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.¹⁸

Ocorre que a celebração de um acordo com instituições privadas (ainda que sem finalidade lucrativa) não pode receber o mesmo tratamento conferido aos convênios celebrados entre entes públicos, haja vista a incidência de normas específicas que regulam as relações do Estado com os particulares.¹⁹

Nesse sentido, podem ser citados o princípio da isonomia e o da impessoalidade, que impõem à Administração o dever de tratar igualmente todas as pessoas físicas e jurídicas que se encontrem em situações equivalentes. Ademais, a gestão de recursos públicos por particulares deve receber atenção diferenciada da Administração Pública, haja vista a necessidade de separação entre o patrimônio público e o patrimônio das instituições privadas.²⁰

¹⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 61.

¹⁹ Acerca da necessidade de se reconhecer a multiplicidade de convênios, com regimes jurídicos distintos, vale citar as lições de Wladimir Antônio Ribeiro: “Não há apenas um tipo de convênio, mas vários. Por exemplo, o convênio previsto no art. 116 da Lei federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, trata-se do *convênio de repasse de recursos*, muito diferente, por exemplo, de um *convênio de mera cooperação técnica* ou de *delegação do exercício de competência*; é, portanto, um erro aplicar o regime administrativo-financeiro do primeiro quando se está em face de um dos dois últimos. Trata-se de relações jurídicas diferentes, às quais deve se aplicar diferentes disciplinas. E, por vezes, a distinção não está expressa na lei, cabendo à prática hermenêutica identificar tais diferentes espécies. É o que acontece no direito norte-americano, em que a Constituição restringe a celebração de convênios entre os Estados, condicionando a sua validade à aprovação do Congresso Nacional, vale dizer, de órgão da União. No início, entendia-se que todo e qualquer convênio entre os Estados dependia do *placet* do Congresso Federal. Contudo, a Suprema Corte logo se corrigiu, e passou a exigir que se identifique de qual convênio se está falando, porque passou a entender que a exigência constitucional somente se aplica aos convênios que possam afetar ao *political balance*. Com isso, a prática constitucional norte-americana adota critérios distintos, em razão da matéria de que trata o convênio. Em suma: convênios de ordem técnica, ou meramente administrativos, que não interfiram no equilíbrio de poderes dos Estados, ou no equilíbrio entre os Estados e a União não necessitam como condição de validade da aquiescência do Legislativo federal. Na Alemanha, para citar aqui outro modelo de federalismo, dá-se o mesmo. Lá eles conhecem o *Staatsvertrag*, que vincula o Estado *enquanto pessoa que encerra determinado poder (geschlossene Herrschafts-Einheit)*, e que possui tratamento jurídico diferente, mesmo sem expressa previsão constitucional, do *Verwaltungsabkommen*, de natureza meramente administrativa e que, portanto, afeta apenas as Administrações Públicas envolvidas.” RIBEIRO, Wladimir Antônio. *Parecer jurídico acerca da juridicidade dos termos da minuta de instrumento de Convênio de Cooperação a ser celebrado entre o Estado da Bahia e o Município de Salvador*. Disponível em: <[http://www.embasa.ba.gov.br/novo/conveniocoop/pdf/\[Salvador\]parecerconsultoria.zip](http://www.embasa.ba.gov.br/novo/conveniocoop/pdf/[Salvador]parecerconsultoria.zip)>. Acesso em: 05 junho de 2010, p. 03-04.

²⁰ Ao tratar da relação que as autarquias estabelecem com terceiros, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “Seus *contratos* são contratos administrativos e, por isto, regulados pela legislação específica que os contempla, inclusive no que concerne à obrigação de serem precedidos por licitação pública (Lei 8.666 de 21.6.93), salvo

É claro que os convênios celebrados entre entes estatais também devem ser fiscalizados e controlados, mas não se pode perder de vista que, nestes casos, qualquer conduta estará vinculada ao regime dos atos e processos administrativos. Conseqüentemente, em se tratando de convênios entre entes públicos, todos os partícipes têm que buscar, permanentemente, o interesse público.

Nos acordos entre entes públicos e privados, por outro lado, somente a entidade estatal está ontologicamente vinculada à efetivação do interesse público. É que embora as entidades particulares persigam, em várias situações, as finalidades de interesse da coletividade, não se pode perder de vista que suas finalidades institucionais são estabelecidas de acordo com a livre iniciativa e com a autonomia privada.

Os objetivos de cada entidade particular, mesmo que coincidentes com o interesse público, restringem-se à satisfação dos anseios de um grupo de pessoas que compõem essa organização privada.²¹

Devido à pluralidade de princípios e valores consagrados pela Constituição da República, pode-se afirmar que existem várias manifestações privadas que representam a busca por interesses públicos. Caberá ao Estado, assim, ponderar e decidir qual dos interesses prevalecerá no caso concreto.²²

Tome-se, como exemplo, a pretensão de uma associação de grandes produtores rurais de desenvolver o plantio de soja na Região Centro-Oeste do país. Trata-se de manifestação privada lícita, que busca o atendimento de interesses constitucionalmente protegidos, como o desenvolvimento econômico na região (art. 3º, II e III) e a busca do pleno emprego (art. 170, VII).

nos casos ali previstos como de dispensa ou inexigibilidade de tal procedimento. Aliás, o próprio Texto Constitucional do País, em seu art. 37, XXI, impõe a quaisquer pessoas da 'Administração direta e indireta', de qualquer dos Poderes e em quaisquer níveis de governo, o dever de procederem a licitação pública para a obtenção contratual de serviços de terceiros, (realização de obras, aquisição e alienação de bens, reforçando tal exigência, no art. 175, quando se trate de permissão e concessão de serviços públicos.)" BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 165-166.

²¹ A respeito do tema vide item 3.4.4 -Realização de Atividades de Interesse Público.

²² "Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo — por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico —, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo. Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido." BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 68.

Observe-se que é do interesse da coletividade o desenvolvimento do Centro-Oeste do país, de modo que poderia o Estado manifestar interesse em fomentar a ação privada da mencionada associação de produtores rurais.

Por outro lado, seria também lícito que a Administração Pública celebrasse convênio com determinada organização privada, com finalidade de proteção ambiental, visando à preservação da fauna e da flora do cerrado brasileiro (art. 225, § 1º, VII da CR/88). Ocorre que, sob a ótica da associação ambientalista, é justamente o plantio da soja no Centro-Oeste que causa o extermínio da flora e da fauna na região.

Como se vê, é possível que haja conflito de interesses entre organizações privadas, ainda que todas elas busquem realizar atividades em benefício da coletividade. Compete, assim, à Administração Pública, ponderar entre os diversos interesses em jogo e decidir qual é, segundo os princípios que a regem, o interesse público a ser salvaguardado no caso concreto.²³

Percebe-se, portanto, que os interesses perseguidos pelas entidades particulares não perdem o caráter privado, ainda que atendam também as prioridades estabelecidas pela Administração Pública e, conseqüentemente, possam dar ensejo à celebração de um convênio administrativo.

Ademais, vale destacar que não existe uma definição inquestionável do que vem a ser interesse público, tendo-se em vista a elasticidade de seu conteúdo. Como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo será especificado em cada caso concreto.²⁴

Deve-se, portanto, tratar separadamente os convênios em que nenhuma das partes poderia ter finalidades institucionais distintas do interesse público (como é o caso dos acordos entre entidades estatais)²⁵ e os ajustes entre o Estado e uma entidade privada que pode, lícitamente, perseguir interesses próprios.²⁶

²³ Acerca da multiplicidade de interesses públicos assegurados pela Constituição de 1988, vide: ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. I, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://direitopublico.com.br>. Acesso em: 14.04.2007, p. 13; BINENBOJN, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 958-959.

²⁵ E não há que se argumentar que há casos em que a Administração Pública persegue *interesses públicos secundários*. Como bem observa Florivaldo Dutra de Araújo, é inconcebível falar-se em interesse público se se pretende resguardar apenas direitos e interesses patrimoniais do Estado-Administração. Não se pode admitir “interesse público” que seja distinto do interesse de toda a coletividade, ainda que se denomine de “interesse público secundário”. Independentemente de se chamar primário, secundário ou terciário, nunca pode ser

Cumpra observar ainda que os fundamentos constitucionais que autorizam a celebração de convênios administrativos são distintos para as hipóteses em que somente entidades públicas participam ou se o particular integra um dos pólos da relação jurídica.

Como será demonstrado no capítulo referente à natureza contratual dos convênios, o presente trabalho concebe que o instituto é espécie de contrato administrativo, tendo amparo constitucional no art. 37, XXI.²⁷

Ademais, os convênios celebrados entre entidades públicas e particulares são utilizados pelo Poder Público para incentivar, por meio da atividade de fomento, organizações privadas autônomas a desempenhar atividades de interesse da coletividade. De fato, poderia a Administração executá-las. Pode optar, no entanto, por incentivar organizações de cunho filantrópico a desempenhá-las, seja por meio de auxílios financeiros, financiamentos, favores fiscais etc.²⁸

Sob a ótica das entidades privadas, sua atuação decorre da livre iniciativa, que é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme art. 1º, inciso IV, da Constituição.²⁹

considerada “interesse público” qualquer pretensão egoísta de um sujeito de direito — mesmo que este sujeito seja o Estado: “Ocorre que só faz sentido pensar em Estado, em Administração Pública, se se tiver em vista a coletividade. Aquele só existe e só pode mesmo existir em função desta, perseguindo interesses que não são seus, senão da coletividade. Nem sequer podemos admitir a atenção a interesses secundários quando estes ‘coincidam’ com os interesses primários, pois *não há nada, absolutamente nada* que a Administração possa fazer senão tiver como objetivo o exercício do *dever*, que tem, de curar satisfatoriamente os interesses coletivos, que são os únicos existentes para ela. Enxergar dois interesses onde só pode haver um é desacerto jurídico que pode levar a graves consequências. A Administração não pode ter interesses ‘como qualquer sujeito de direito’, pelo simples fato de que ela é concebível apenas como sujeito curador de interesses coletivos”. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 35-36.

²⁶ O tema da natureza das instituições privadas que celebram convênios com o Estado será tratado com mais profundidade nos capítulos 3 e 4.

²⁷ “Art. 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: [...] XXI - 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.”

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 338-339.

²⁹ “Externada através do trabalho, a livre iniciativa busca a valorização do homem como ser empreendedor e criativo, que através de atividade intelectual, individual ou em grupo, busca sua realização. E ao Estado foi delegado o papel de buscar meios eficientes de proteger tais fundamentos, pois, assim o fazendo, protege-se a liberdade, atributo inalienável do homem”. PIMENTA, Eduardo Goulart; MIRANDA, Íulian. Princípios e valores fundamentais da ordem econômica na Constituição de 1988. *IN: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira (Coord.). Constituição e democracia: aplicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 45.

A atuação dessas organizações privadas decorre também do direito de associação, disposto como um direito fundamental no artigo 5º da Constituição da República, incisos XVII a XXI. Segundo o disposto nesses dispositivos constitucionais, toda pessoa possui liberdade para constituir com terceiros uma associação, bem como de se associar e permanecer associado a uma organização pré-existente, sem qualquer coação de outrem, desde que as finalidades dispostas no estatuto sejam lícitas.³⁰

Desse direito de associação decorre a possibilidade de se constituírem e direcionarem os fins das organizações privadas que celebram convênio com a Administração Pública. Ocorre que há inúmeras organizações privadas, com finalidades diversas, pleiteando a celebração de convênios com o Estado.

Cumprе reiterar, assim, que o presente trabalho admite que o interesse da coletividade seja perseguido também por essas organizações particulares, haja vista que o princípio democrático assegura a construção plural da noção de interesse público. No entanto, deve-se ressaltar que o interesse buscado pela organização privada que figura como parte de um convênio não perde o caráter privado, visto que está adstrito aos fins estatutários próprios dessa organização.

Assim, compete à Administração ponderar entre os diversos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico-constitucional, assegurando, no caso concreto, alguns interesses em detrimento de outros. Ocorre que a possibilidade de se preterir uma organização privada em favor de outra (ou um determinado interesse em detrimento de outro) efetiva-se legitimamente apenas quando há um procedimento administrativo lícito e idôneo capaz de selecionar a organização particular que melhor atenderá aos fins propostos no convênio.

Não poderia ser afastada a incidência do regime jurídico-administrativo sobre as relações do Estado com o terceiro setor com base na premissa de que a entidade particular atua de forma cooperada a fim de se atingir um interesse público.

³⁰ “Retorna a Constituição de 1988, aqui, ao princípio da liberdade individual: seria incoerente e contraditório proclamá-lo, ao mesmo tempo em que, em outro dispositivo, consagrasse ao Estado o poder de obrigar alguém a exercer o que é um direito, confundindo-o juridicamente os conceitos de direito e obrigação. Em suma, associar-se ou permanecer associado, ou não, é direito individual e indeclinável de cada cidadão, não podendo a lei nisso interferir.” SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Artigo 5º, incisos XVII ao XXI. IN: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143.

Para que se possibilite a participação isonômica dos particulares, a cooperação entre essas organizações privadas e a Administração Pública na execução de determinada atividade deve, necessariamente, ser regida pelos princípios norteadores da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição).³¹

Dessa forma, o procedimento de escolha da organização, bem como a fiscalização da atividade desempenhada por ela, deverá observar o regime jurídico-constitucional imposto à Administração, sob pena de vício insanável do convênio celebrado.

Conforme será analisado no item 3.4.4, o presente estudo sustenta que o interesse público a ser buscado pelo Estado no caso concreto é resultante da ponderação entre os pontos de vista apresentados pelos vários segmentos sociais. Deve-se observar, assim, que o Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição de 1988 assegura a convivência harmônica entre manifestações amparadas por princípios aparentemente conflitantes, mas que representam a pluralidade e a diversidade de objetivos existentes na sociedade brasileira.

Portanto, compete à Administração Pública mediar entre os interesses setoriais conflitantes e determinar qual atenderá melhor às necessidades da coletividade.

Em se tratando de ações privadas que despertam o interesse da Administração Pública em praticar atos de fomento, deve-se analisar se há pluralidades de interessados na celebração da parceria com o Estado.

É dever do Estado avaliar qual é o melhor modo de atingir a finalidade pública, bem como avaliar também qual interesse é mais importante em determinado momento. Por isso, devem ser realizados processos administrativos com critérios objetivos que assegurem a todos os potenciais interessados a oportunidade de apresentar seus argumentos, no intuito de convencer o Estado de que possuem a melhor proposta para efetivar o interesse público no caso concreto.

³¹ “Art. 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:” BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 22 de abril 2008.

Não se pode, portanto, submeter ao mesmo regime jurídico os ajustes celebrados entre entes públicos e os convênios celebrados entre a Administração e uma entidade privada.

Há que se observar que, na sua concepção originária, o convênio era utilizado quase que exclusivamente como instrumento de cooperação entre entes públicos. Como leciona Marçal Justen Filho, “a utilização da expressão *convênio*, no âmbito do Direito Administrativo, reflete a intenção de evitar confusão com as avenças tradicionalmente praticadas entre Administração Pública e particulares”.³²

Assim, o convênio passou a ser submetido a um regime jurídico distinto dos contratos administrativos em virtude de não poder haver relação desigual entre os partícipes públicos, sob pena de comprometimento do pacto federativo. É que não se poderia imaginar, por exemplo, um ente federativo invocando a incidência de cláusulas exorbitantes em face de outra pessoa política, no exercício de suas prerrogativas institucionais próprias.

Nesse sentido, percebe-se que, desde a Constituição de 1934, o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente nos textos constitucionais a possibilidade de celebração de acordos entre entes públicos.³³

³² JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação dos consórcios públicos. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*. [on line], p. 26. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 10 de junho de 2010.

³³ Vale transcrever o que dispunha o art. 5º, § 1º da Constituição de 1934: “Os atos, decisões e serviços federais serão executados em todo o País por funcionários da União, ou, em casos especiais, pelos dos Estados, mediante acordo com os respectivos Governos”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

Em sentido semelhante, a Constituição de 1937 estabeleceu em seu art. 55 a competência do Conselho Federal para “aprovar os acordos concluídos entre os Estados”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

Já a Constituição de 1946 cuidou de tratar da possibilidade de os entes federativos celebrarem acordos para a transferência de competências entre os entes federativos: “Art 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”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

Com a assunção dos militares ao governo, foi editada a Emenda Constitucional nº 18/65, a qual passou a mencionar expressamente o instituto do convênio: “Art. 22. Sem prejuízo do disposto no art. 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 imposto sobre o rendimento das pessoas físicas, e no art. 11, excluído o incidente sobre fumo e bebidas

O Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, aborda o convênio como instrumento de descentralização das atividades do Governo Federal para outras unidades federadas. Ao se referir à descentralização para o setor privado, no entanto, não há qualquer menção ao instituto do convênio, mas tão somente referência a “contratos ou concessões”:

Art. 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 a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
- c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.³⁴

Cumpra observar que se deve a Hely Lopes Meirelles a disseminação teórica da possibilidade de os convênios serem celebrados entre um ente público e particulares. Nesse sentido, vale citar as lições do autor, referindo-se à Constituição de 1969:

Nossa Constituição limita-se a facultar à União, aos Estados e aos Municípios ‘celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais’ (art. 13, § 3º), e o Decreto-Lei nº 200/67, ao cuidar da reforma Administrativa Federal, recomenda-os como meios de descentralização de suas atividades, desde que os partícipes estejam devidamente aparelhados (art. 10, § 3º, b). As redações defeituosas do texto constitucional e da norma federal ordinária dão a impressão de que só é admissível convênio entre

alcoólicas”. BRASIL. Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=116129>. Acesso em: 10 de junho de 2010. Com o advento da Constituição de 1967 (art. 8º, § 1º), a mesma tendência foi mantida: “A União poderá celebrar convênios com os Estados para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1967). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o67.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010. A Constituição de 1969, no mesmo sentido, estabeleceu em seu art. 13, §3º, que: “A união, os estados e os Municípios poderão celebrar convênios para a execução de suas leis, serviços, ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais”. No art. 23, § 6º, dispôs a Carta de 1969 acerca dos convênios em matéria tributária: “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”. BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

³⁴ Esse hábito de se referir ao convênio como um instituto a ser celebrado entre entes públicos pode ser constatado mesmo em atos normativos mais recentes, como por exemplo, no âmbito da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Ao tratar da realização de transferências voluntárias por meio de convênios, para atender a interesses comuns, o art. 25 da LC 101/00 faz menção apenas a entes públicos. Por outro lado, ao dispor acerca da transferência de recursos para o setor privado, o art. 26 refere-se a subvenções e auxílios, que têm o intuito de viabilizar o pagamento despesas de custeio das instituições privadas.

entidades estatais, para execução por seus agentes, quando, na realidade, a possibilidade de tais acordos é ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes.³⁵

De lá pra cá, toda a doutrina seguiu as lições de Meirelles, até que o direito positivo passou a admitir convênios com entidades particulares em todas as áreas. Ocorre que a doutrina majoritária acabou por aplicar o mesmo regime jurídico dos convênios entre entes públicos aos convênios que envolvam entes privados.

Assim, até os anos 80, poucas eram as instituições privadas que, em virtude da inegável relevância dos serviços prestados ao longo dos anos para a área social, recebiam repasses públicos.³⁶ Na verdade, pela sedimentação da atuação de algumas entidades tradicionais, os convênios celebrados resultavam de situações concretas em que a competição era inviável, dada a pequena quantidade de instituições filantrópicas com capacidade de absorção de parcela considerável de atividades de interesse estatal.

Por meio da transcrição de decisão do Tribunal de Contas da União datada de 1986, pode-se observar a concepção de que os convênios eram restritos às relações entre entes públicos, não havendo razão para se exigir, com a mesma rigidez, o cumprimento dos requisitos previstos para os contratos da União com os particulares: “CONTRATO ADMINISTRATIVO – CONVÊNIO – PRAZO – Não há que

³⁵ MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1979, p. 375.

³⁶ “Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada [...] aponta para o crescimento no número de associações e fundações sem fins lucrativos voltadas ao meio ambiente e à proteção animal. O estudo contou com a participação da Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (Abong) e o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (Gife). A análise sobre as Fundações Privadas e Associações Sem Fins Lucrativos no Brasil identificou as mudanças ocorridas no segmento no período entre 2002 e 2005, com base nas informações do Cadastro Central de Empresas (Cempre). De acordo com o estudo, entre 2002 e 2005, o número de ONGs ambientais aumentou 61%, um percentual quase três vezes superior à média nacional (22,6%). Em 2005, eram 2.562 entidades com esse fim. Entre 1996 e 2005, o número de organizações voltadas ao meio ambiente e à proteção animal cresceu 558,6%.” NÚMERO de ONGs voltadas ao meio ambiente cresce em três anos. *O Globo on line*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL714328-5598,00-NUMERO+DE+ONGS+VOLTADAS+AO+MEIO+AMBIENTE+CRESC+EM+TRES+ANOS.html>>. Acesso em: 21 de julho de 2010. Vale destacar outros dados que confirmam a crescente transferência de verbas públicas por meio de convênios: “[...] somente no primeiro semestre de 2007, foram registrados 214 convênios que, juntos, totalizaram aproximadamente R\$77 milhões de recursos federais repassados ao Estado (do Espírito Santo) e verbas estaduais direcionadas para municípios e entidades. No acumulado do período, entre 2004 e 2007, o montante foi superior a R\$ 810 milhões, registrados em aproximadamente 3,2 mil convênios.[...] Convênios registrados na AGE/ quantidade/Recursos envolvidos (em R\$): 2004/694/R\$ 159.682.180,11; 2005/964/R\$ 267.588.912,24; 2006/1.370/R\$ 322.277.255,44; 2007(primeiro semestre)/214/ R\$ 77.248.607,04.” MACEDO, Sebastião Carlos Ranna de. O controle de convênios no Estado do Espírito Santo. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública —FCGP*. [on line] Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=47103>>. Acesso em: 23 de julho de 2010, p. 01.

confundir contrato administrativo celebrado pela União com particulares com os convênios que são ajustes celebrados entre pessoas jurídicas de direito público”.³⁷

Ocorre que, nas duas últimas décadas, a proliferação de convênios celebrados entre o Estado e entidades privadas, como também o aumento do vulto dos repasses financeiros realizados, mudou o cenário tradicionalmente existente.³⁸

Dessa forma, o Brasil deparou-se com o crescimento exponencial das relações entre o terceiro setor e o Estado, de modo que várias entidades, nos dias de hoje, apresentam-se aptas a formalizar parcerias com o Poder Público no intuito de atender a interesses coletivos.

O tratamento dado pela doutrina especializada, no entanto, não acompanhou a alteração do contexto social, de modo que a literatura jurídica ainda prevê um regime jurídico único para as relações entre entidades públicas e entre organizações particulares e o Estado.

Deve-se compreender, pois, a necessidade de se analisar criticamente a interpretação conferida tradicionalmente ao artigo 116, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que constitui a base normativa para o regime jurídico dos convênios: “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”³⁹

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Autos nº. 17.479/85-1. Consulta. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Data do julgamento: 22 de janeiro 2002. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 02 de junho de 2009.

³⁸ “[...]De acordo com o Conselheiro Corregedor Antônio Andrada, nos últimos anos o TCE tem percebido na prestação de contas um aumento dos repasses financeiros para entidades do terceiro setor. ‘Essa transferência para as ONGs virou uma modalidade, uma tendência da Administração Pública como um todo, principalmente nas cidades maiores. Antes, esses repasses eram pequenos, mas de uns anos para cá ganharam repercussão, por isso a necessidade de editarmos uma norma para regulamentar essa prestação de contas, para que o tribunal possa acompanhar e fiscalizar melhor a aplicação dessa verba’. Andrada afirma que essa inspeção foi pedida a partir de um levantamento feito pela corregedoria em todos os processos ainda em tramitação, referentes a inspeções realizadas nas prefeituras dos 10 municípios de maior arrecadação e receita orçamentária de Minas Gerais. De acordo com os dados apresentados na pesquisa, verificou-se que nas inspeções de Uberlândia, Juiz de Fora, Poços de Caldas, Uberaba, Ipatinga, Montes Claros e Sete Lagoas não constam a análise dos aspectos pertinentes a despesas com publicidade e repasses a entidades privadas. A fiscalização vai abranger o período de 2001 a 2008. O primeiro município da lista de fiscalizações é Betim, na região metropolitana, que já é alvo desde o ano passado de um procedimento administrativo para apurar repasses de verbas públicas para 59 entidades, que, de 2004 a maio de 2007, receberam R\$ 76,4 milhões dos cofres da prefeitura.” TRIBUNAL de Contas vai vigiar ONGs em Minas. *Portal Uai*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=pt-BR&q=cache:wm7tbUVALc8J:http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_3/2008/11/24/em_noticia_interna,id_ssao=3&id_noticia=89284/em_noticia_interna.shtml+%22MELLO,+Alessandra.+Tribunal+de+Contas+vai+vigiar+ONGs+em+Minas%22&ct=clnk>. Acesso em: 25 de novembro de 2008.

³⁹ Vale aqui destacar a observação apresentada por Floriano de Azevedo Marques Neto: “[...] o artigo 116 da Lei de Licitações e Contratos diz aplicar-se as normas contidas naquela lei aos *convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração* [note-se a proposital exclusão

É que a doutrina majoritária, por considerar a impossibilidade de se submeterem os convênios entre entes públicos ao mesmo regime aplicável aos contratos administrativos, defende que a incidência da Lei é bastante reduzida, “cabendo” aos convênios muito pouco do regime jurídico aplicável aos contratos administrativos.⁴⁰ Registre-se que, por esse mesmo motivo, a jurisprudência entende pela não obrigatoriedade de licitação.⁴¹

No entanto, a expressão “no que couber” deve ser concebida de forma distinta, a depender da natureza dos partícipes dos convênios. Deve-se considerar, pois, maior incidência do regime geral dos contratos administrativos nos convênios que tenham a participação de organizações particulares e menor incidência da Lei nº 8.666/93 nos convênios entre entidades públicas.

Observado o sistema federativo adotado pela Constituição de 1988, não há que se falar em pessoas políticas superiores ou inferiores, mas tão somente em repartição de competências legislativas e administrativas. Dessa forma, cada ente tem autonomia para estabelecer seus respectivos juízos de prioridade, desde que observados os limites impostos pela Constituição da República.

Outro aspecto que deve ser analisado diz respeito às prerrogativas estatais nas relações com os particulares. Em se tratando de acordos celebrados entre entes públicos, nenhuma das partes ocupará posição de supremacia perante a outra, visto que todos os entes federativos encontram-se em um mesmo nível hierárquico.

Portanto, os convênios celebrados entre entes públicos desenvolvem-se mediante regime de cooperação, em que cada pessoa jurídica determinará o interesse público a ser alcançado, de acordo com suas responsabilidades constitucionais.

aqui da locução “*e particulares*”) no que couber. [...] A locução “*no que couber*” é aqui inserida com irrepreensível acerto pelo legislador, pois o fato de dizer que estes ajustes têm natureza genericamente contratual não os torna idênticos em essência aos contratos administrativos em senso estrito, o que determina que nem tudo do regime legal aplicável a estes seja aplicado àqueles”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *Revista eletrônica do direito do Estado*. [on line]. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 10 de junho de 2010.

⁴⁰ “A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei n. 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre **no que couber**”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 244.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.331/2008. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional; Processo nº 027.206/2006-3. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 11 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em 28 de agosto 2010.

Já nos convênios celebrados entre o Estado e as organizações particulares, há a incidência inquestionável das chamadas cláusulas exorbitantes, as quais consagram a posição de supremacia da Administração Pública em relação às organizações particulares.⁴²

Não se pode negar, assim, que o ordenamento jurídico assegura prerrogativas especiais em favor do Poder Público, de modo a proteger os interesses da coletividade. Nesse sentido, podem ser citadas as cláusulas exorbitantes previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, entre as quais se destaca o poder de alteração unilateral do contrato.⁴³

Naturalmente, o presente trabalho reconhece as limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito à supremacia do interesse público, como reconhece também a redução da distância entre os contratos administrativos e os contratos privados.⁴⁴

⁴² “*Cláusulas de privilégio*, também denominadas de *cláusulas exorbitantes*, são as prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada. Tais cláusulas constituem verdadeiros princípios de direito público, e, se antes eram apenas enunciadas pelos estudiosos do assunto, atualmente transparecem no texto legal sob a nomenclatura de ‘*prerrogativas*’ (art. 58 do Estatuto). São esses princípios que formam a estrutura do regime jurídico de direito público, aplicável basicamente aos contratos administrativos (art. 54, Estatuto). A lei relaciona os seguintes princípios: 1) alteração unilateral do contrato; 2) rescisão unilateral; 3) fiscalização da execução do contrato; 4) aplicação de sanções; e 5) ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 209-210.

⁴³ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.” BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

⁴⁴ “(...) mais uma vez se diluem as fronteiras entre o direito público e o direito privado, e os contratos, na órbita civil, se aproximam [*sic*] cada vez mais dos institutos que até então eram considerados como cláusulas exorbitantes na seara administrativa, tais como as regras pertinentes à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.” BORGES, Alice Gonzales. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. [on line]. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae>>. Acesso em: 27 de julho de 2010, p. 13.

Nesse sentido, Maria João Estorninho lembra que o poder de alteração unilateral do contrato sempre foi apontado como cláusula exorbitante por excelência, visto que, no passado, o “carácter dinâmico da relação contratual era inteiramente desconhecido na doutrina jus-privatista”.⁴⁵

Segundo Estorninho, o direito privado utilizado como padrão de comparação com o direito administrativo remonta à teoria clássica do contrato (século XIX), baseado em premissas individualistas. Ocorre que, com a evolução do direito privado ao longo do século XX, o regime jurídico dos contratos celebrados entre particulares foi essencialmente alterado, passando-se a admitir cláusulas que consagram “situações de desequilíbrio entre as partes e de domínio de uma delas”.⁴⁶

Importa observar que as críticas de Estorninho têm por objeto as distinções ontológicas entre o contrato administrativo e o contrato privado. Mesmo que as chamadas cláusulas exorbitantes, presentes nos contratos administrativos, proporcionem uma posição de supremacia da Administração em relação ao particular, existem cláusulas nos contratos privados que concedem a uma das partes prerrogativas semelhantes àsquelas previstas nos contratos administrativos.

⁴⁵ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 132. Mais adiante, complementa a autora: “Já lá vai o tempo em que este carácter dinâmico e flexível do contrato administrativo era considerado como sendo dele exclusivo e absolutamente impensável nos contratos jurídico-privados. Este problema das consequências da alteração das circunstâncias vigentes no momento da celebração do contrato foi discutido durante séculos entre os autores civilistas. Sendo certo que tradicionalmente prevaleceu a ideia de que, por razões de segurança jurídica, se deveria manter inalterado o contrato, o que é facto é que desde há muito se começaram a consagrar certas excepções que pretendiam evitar as consequências nefastas de uma aplicação demasiado rígido desse princípio. [...] O único aspecto que pode ainda eventualmente ser considerado exorbitante, em relação ao Direito Privado, já não é a possibilidade de introduzir modificações às cláusulas contratuais, nem sequer a faculdade de o relizar de forma unilateral, mas apenas o facto de a Administração o poder fazer independentemente de previsão legal ou acordo das partes.” ESTORNINHO, *op. cit.* p. 136-138.

⁴⁶ “A ideia da ‘exorbitância’ dos poderes de que a Administração é dotada nos contratos que celebra foi, em grande medida, devida ao facto de o Direito Privado utilizado como ponto de comparação ser ainda, na época, o Direito clássico de inspiração novecentista. Esse direito contratual do séc. XIX caracterizava-se por partir de premissas individualistas, tais como liberdade contratual e igualdade jurídica das partes. Entendidas de uma forma absoluta, essas premissas giravam em torno da ideia fundamental de autonomia privada e eram, de facto, incompatíveis com situações de domínio de uma das partes num contrato. À luz desses cânones tradicionais do Direito contratual privado era, na realidade, impensável que uma das partes pudesse ditar a seu bel-prazer a interpretação das cláusulas contratuais ou qualquer modificação à sua redacção inicial. Quão longe estão essas concepções iniciais acerca da autonomia privada! Ao longo do séc. XX, a disciplina dos contratos sofreu as mais profundas transformações, verificando-se quer o alargamento da intervenção do Estado na própria área contratual que, por outro lado, o aparecimento de novos contratos e de situações de desequilíbrio entre as partes e de domínio de uma delas.” ESTORNINHO, *op. cit.* p. 140-141.

No entanto, em momento algum nega a autora que a Administração Pública ocupe posição diferenciada nas relações jurídicas firmadas com os particulares. Trata-se de prerrogativas jurídicas, ou seja, que existem em virtude de serem consagradas pelo ordenamento jurídico-constitucional. Não se poderia admitir a existência de qualquer prerrogativa baseada em situações fáticas de poder, sob pena de infringência ao Estado Democrático de Direito.⁴⁷

No mesmo sentido, deve-se reconhecer que a presença da Administração Pública na celebração de um convênio com um particular atrai a incidência das prerrogativas típicas dos contratos administrativos. O art. 116 da Lei nº 8.666/93 deve ser interpretado no sentido de serem aplicadas as cláusulas exorbitantes previstas no art. 58 da Lei aos convênios celebrados entre a Administração Pública e entidades privadas.

Assim, exemplo do previsto para os contratos administrativos em geral, deve-se reconhecer aplicabilidade do poder de a Administração alterar unilateralmente os convênios administrativos celebrados com particulares, bem como o poder de aplicar penalidades etc.

Por outro lado, não há como se admitir a aplicação das chamadas cláusulas exorbitantes (cláusulas de supremacia) no âmbito dos convênios celebrados entre entes públicos, no exercício de competências institucionais próprias⁴⁸, sob pena de instituição de hierarquia ofensiva ao art. 19, III da Constituição de 1988.

Justamente em decorrência da necessidade de tratamento diferenciado aos convênios administrativos é que o presente trabalho separou a análise dos convênios

⁴⁷ “O que é fundamental é que se entende que este poder não resulta do contrato mas sim da própria posição jurídica geral da Administração, de natureza extracontratual. Afasta-se, assim a ideia tradicional de que o contrato administrativo, pela sua própria natureza especial, atribuiria prerrogativas exorbitantes à Administração, para se passar a entender que, pelo contrário, é a própria Administração que, pela sua natureza, é dotada de poderes especiais aos quais não pode renunciar mesmo quando celebra contratos.” ESTORNINHO, *op. cit.* p. 145. E logo em seguida complementa a autora: “O ‘ius variandi’ é assim uma manifestação do poder administrativo e não um direito contratual. Tal poder e os contratos da Administração estariam mesmo situados em planos paralelos mas distintos, obviamente, o primeiro venha a repercutir-se sobre o segundo. Os tradicionais privilégios exorbitantes da Administração não são, assim, cláusulas contratuais de direito comum mas sim manifestações normais de um poder administrativo, este sim um poder extraordinário em relação à capacidade contratual jurídico-privada.” ESTORNINHO, *op. cit.* p. 147.

⁴⁸ É possível que entidades de pessoas políticas distintas se relacionem sem que estejam no exercício de suas prerrogativas institucionais próprias. Tome-se, como exemplo, um município que cria uma sociedade de economia mista para explorar atividade econômica. Ao fornecer bens e serviços para outro ente, a relação não será de igualdade, visto que a sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica receberá o tratamento típico das entidades privadas (art. 173, § 1º, da CR/88).

administrativos entre entes públicos (capítulo 2) dos convênios celebrados entre a Administração e as entidades do terceiro setor (capítulo 3). Em seguida será analisada a natureza contratual dos convênios administrativos (capítulo 4), de modo que no capítulo 5 serão apresentados os regimes jurídicos das duas espécies de convênios.

2. CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: o convênio administrativo como instrumento de efetivação do federalismo de cooperação

2.1 O Federalismo de Cooperação consagrado pela Constituição de 1988

A análise dos convênios celebrados entre entes públicos deve ter como ponto de partida o princípio federativo consagrado pela Constituição de 1988. Por um lado, é assegurada a autonomia política da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, o que permite que cada ente possa priorizar os seus interesses mais imediatos. Por outro lado, o próprio Constituinte previu formas de cooperação entre os entes federados, no intuito de garantir maior efetividade no cumprimento das extensas atribuições impostas às pessoas políticas.

Segundo as lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha, o princípio federativo deve ser analisado de maneira a contextualizá-lo no tempo e no espaço, dependendo, pois, da natureza e do tipo histórico de federação.⁴⁹ Assim, existem Estados em que a federação é mais descentralizada, como ocorre nos Estados Unidos, bem como há países em que a área de competência da União é muito extensa, de maneira que ficam substancialmente reduzidas as competências dos Estados-membros. Exemplo deste federalismo centralizado era o vigente no Brasil à época das Constituições de 1967/1969.⁵⁰

Há que se observar que, sob o aspecto formal, o princípio federativo é o mesmo em todos os países que possuem, segundo Hans Kelsen, pelo menos três

⁴⁹ "A Federação é a cidadania comprometida com a história do povo centrada em dado espaço geográfico no qual se projeta a organização do poder e se exerce a liberdade de cada pessoa. Na história constitucional brasileira, a Federação é mais que apenas a forma de Estado escolhida e acolhida pelo sistema de Direito: é uma garantia contra as investidas centralizadoras e antidemocráticas que teimam em rondar o poder. Federação é garantia de Democracia no Brasil, por isso mesmo impõe uma vigília permanente". ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 257.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 106. No mesmo sentido Roque Antônio Carrazza: "[...] cada Federação tem uma fisionomia própria: a que lhe imprime o ordenamento jurídico local". CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 83.

ordens jurídicas: uma central (Constituição) e duas parciais (União e Estados-membros). Substancialmente, contudo, o federalismo apresenta peculiaridades determinadas pela Constituição de cada Estado, o que pode trazer consequências diversas conforme variações no tempo e no espaço. Poder-se-ia questionar, então, como se aferir o tipo de federação adotado por determinado ordenamento jurídico. Partindo da premissa de que a centralização de uma ordem jurídica pode ser de graus quantitativamente variáveis, Hans Kelsen afirma que “o grau de centralização ou descentralização é determinado pela proporção relativa do número e da imponência das normas centrais e locais da ordem”.⁵¹

Considerando todo o sistema federativo consagrado pela atual Carta Magna, José Afonso da Silva afirma que: “A Constituição de 1988 buscou resgatar o princípio federalista e estruturou um sistema de repartição de competências que tenta refazer o equilíbrio das relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais”.⁵²

Portanto, considerando o sistema federativo consagrado pela Constituição brasileira, não existem pessoas políticas ‘maiores’ e pessoas políticas ‘menores’, mas simplesmente pessoas políticas, as quais se encontram no mesmo nível hierárquico.⁵³

Lembra Carrazza que, “em termos estritamente jurídicos, só podemos falar em hierarquia de normas quando umas extraem de outras a *validade* e a *legitimidade*”. Como as leis federais, estaduais e municipais encontram seu *fundamento de validade* na própria Carta Magna, todas elas ocupam o mesmo nível hierárquico.⁵⁴

⁵¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. [Trad. Luis Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 436-452. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho: “Os entes federativos são parcelas de um todo e o conjunto desses entes federativos não é uma simples soma de partes. O todo (a federação) é mais que a soma das partes (entes federados).” JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, p. 5.

⁵² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

⁵³ “É costumeiro diferenciar, dentro da categoria das pessoas dotadas de personalidade jurídica de direito público, as chamadas pessoas políticas. São aquelas manifestações estatais insuprimíveis, instituídas pela Constituição Federal como materialização da organização política que é o Estado. As pessoas políticas são dotadas de competências não apenas administrativas, mas também legislativas, ainda que não sejam titulares necessariamente de função jurisdicional. São elas a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal”. JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 13.

⁵⁴ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 100.

Assim, não há campo para se falar em pessoas políticas “superiores” ou “inferiores”, mas simplesmente em entidades federadas que atuam autonomamente, segundo critérios de repartição de competências.⁵⁵

No que concerne especificamente à Constituição de 1988, cumpre observar que o modelo de federação instituído pode ser extraído, principalmente, do art. 18 (criação, desmembramento e fusão de Estados-membros e de Municípios), dos artigos 21 e 22 (competência administrativa e legislativa da União), artigos 23 e 24 (competência comum e competência concorrente), art. 25 (competência dos Estados Federados), artigo 30 (competência dos Municípios), como também dos artigos 153 a 162 da Constituição, que regulam a competência tributária de cada ente federativo.⁵⁶

Assim, o modelo do federalismo concebido pelo Constituinte, nos termos do art. 1º, *caput* da C.R./88, implica um sistema de distribuição de competências legislativas e materiais entre os entes da Federação.⁵⁷

Como ensina o professor Raul Machado Horta, o princípio informador da repartição de competências é o da predominância de interesses. A Constituição Federal de 1988, ao proceder à repartição de atribuições entre as entidades federativas, optou por um sistema inovador, o qual congrega as competências enumeradas, competências residuais e competências concorrentes (que estão intimamente ligadas à competência suplementar).⁵⁸

Cabe a cada ente federativo determinar a forma pela qual se cumprirão os deveres constitucionais a ele impostos. Para tanto, caberá a cada município determinar qual é o seu “interesse local”; caberá a cada Estado definir qual é o seu “interesse

⁵⁵ “Laboram em erro os que vêem uma relação hierárquica entre o governo central e os governos locais. O que há, na verdade, são, para cada uma destas entidades políticas, campos de ação autônomos e exclusivos, estritamente traçados na Carta Suprema, que lei alguma pode alterar. Em nome desta autonomia, tanto a União, como os Estados-membros podem, nos assuntos de suas competências, estabelecer prioridades.” CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 101.

⁵⁶ “O federalismo brasileiro, já se disse, está longe de ser uma construção modelar, engendrada a partir de um modelo teórico concebido *a priori* pelos pais da pátria (como ocorre na experiência americana). Tampouco é fruto de grandes processos de confronto aberto, de conflitos armados, no âmbito de processos de unificação (caso da Alemanha) ou de movimentos segregacionistas (como ocorreu na Bélgica). O federalismo brasileiro, claro, é fruto de circunstâncias históricas que foram, ao longo do tempo, modelando a configuração constitucional de competências federativas e registrando uma oscilação entre maior ou menor concentração de poder.” MARQUES NETO, Floriano. *Os consórcios públicos*, p. 11.

⁵⁷ “A ideia-chave deste dispositivo não é meramente retórica, nem é uma realidade a ser alcançada um dia, quando a ocasião propícia surgir. Muito pelo contrário, este é um princípio sobre cujas exigências não podem os intérpretes disputar, porquanto, a cada passo, o texto constitucional se encarrega de desdobrá-lo e reiterá-lo, estabelecendo suas balizas.” CARRAZZA, *op. cit.* p. 87.

⁵⁸ HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988, p. 18-19.

regional”; e compete à União definir qual é o “interesse nacional.” Percebe-se, pois, que os entes possuem autonomia para definir suas prioridades, tanto pela atuação do seu respectivo Poder Legislativo, quanto pela atuação concreta da Administração Pública: “Melhor dizendo, cada pessoa política, no Brasil, tem o direito de decidir quais os problemas que deverão ser solvidos preferencialmente e que destino dar a seus recursos financeiros”.⁵⁹

No entanto, há atividades que são do interesse comum, cujo desempenho será mais eficiente se atuarem em regime de cooperação. Entre as competências repartidas entre cada ente federativo, encontram-se as atividades voltadas à consecução do interesse coletivo, a serem prestadas em caráter privativo, concorrente ou mesmo em caráter de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigos 21 a 24 e art. 30 da CR/88).

A atuação cooperada entre os entes da federação é essencial para a consecução das finalidades públicas inerentes à atuação da Administração Pública. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil descritos no art. 3º da Constituição constituem fins de todas as pessoas políticas, os quais serão mais facilmente alcançados por meio da atuação conjunta dos entes federativos.

O Federalismo de cooperação alastra-se por todas as partes do país, devido às carências múltiplas de serviços públicos e das demais atividades executadas pela Administração.

Nesse contexto, é possível afirmar que a cooperação entre os entes federados é verdadeiro mecanismo de “ampliação da legitimidade democrática e para a afirmação da eficiência da atividade administrativa do Estado brasileiro. O princípio federativo não se opõe, antes exige colaboração dessa ordem”. Assim, Marçal Justen Filho lembra que “o espírito de cooperação é a base da ideia de federação”.⁶⁰

E de fato, se analisarmos principalmente as federações centrípetas, como é o caso dos Estados Unidos, a motivação que levou as províncias autônomas a constituir um estado único foi a ideia de cooperação.⁶¹

⁵⁹ CARRAZZA, *op. cit.* p. 101.

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação dos consórcios públicos, p. 6.

⁶¹ De acordo com Ricardo Lodi Ribeiro, “tanto o modelo norte-americano, quanto o suíço e o germânico, caracterizam um federalismo por agregação, em que estados anteriormente soberanos se unem por um Pacto

E mesmo nos dias atuais é bastante comum observar a efetivação do princípio federativo nas regiões metropolitanas, em que os municípios não executam sozinhos as políticas públicas. Tendo em vista a relevância econômica, social e cultural de tais regiões, os Estados-membros e a União também desempenham papel de extrema relevância na consecução das finalidades do Estado Federal Soberano.⁶²

2.2. Os convênios e consórcios públicos como instrumentos da gestão associada entre entes federativos

Embora a forma federativa de Estado assegure autonomia às pessoas políticas para o desempenho de suas respectivas atribuições constitucionais, existem atividades que serão executadas com maior êxito se contarem com a participação de mais de um ente federado. Cite-se como o exemplo a necessidade comum de vários municípios próximos construir um aterro sanitário, ou o empenho de todos os entes federativos evitarem epidemia de dengue por meio da extinção das larvas dos mosquitos transmissores.⁶³

Federativo. É a chamada Federação por força centrípeta. Ao contrário, da federação brasileira, que surge de um estado unitário, que por uma decisão constitucional sua, confere autonomia às províncias, passando a ser uma Federação. É o que denominamos de Federação por força centrífuga ou por desagregação”. RIBEIRO, Ricardo Lodi. Federalismo fiscal e reforma tributária. *Mundo Jurídico*. [on line] Disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: de 27 julho de 2010.

⁶² “O destino natural da Região Metropolitana é sua transformação em coletividade territorial, dentro do Estado-Membro, com o nível de Governo Regional. Passariam os Estados a contar com outra unidade de Governo, diversificando a organização intra-estatal, que ultrapassaria o Município, para incluir na estrutura administrativa e política do Estado-Membro a Região Metropolitana, sede do Governo Regional desse nível.” HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 361. No entanto, como bem ressaltam Maria Coeli Simões Pires e Jean Alessandro Serra Cyrino Nogueira: “Não se há de entender por ações cooperativas de equilíbrio em plano nacional apenas soluções ‘compreensivistas’ ou globais, mas, antes, as possíveis alternativas parciais que possam convergir para a consecução dos objetivos. Mesmo porque peculiaridades regionais e outros fatores assemelhados podem desafiar formatos e estratégias distintas de elaboração, assim como recortes setoriais específicos.” PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. O federalismo brasileiro e a lógica cooperativa-competitiva. *IN*: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.). *Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 43.

⁶³ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Consórcios públicos: comentários à lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26.

Nas regiões metropolitanas, onde se vislumbra a conurbação com maior frequência, as demandas comuns fazem parte do dia-a-dia dos municípios integrados.⁶⁴ Atividades de coleta de lixo, transporte coletivo urbano, sistema de saúde, passam a ser melhor executadas se existir cooperação entre os entes envolvidos.

A defesa da consensualidade como fundamento para a formação de relações jurídicas intergovernamentais faz-se necessária, haja vista a carga maior de legitimidade nas relações jurídicas em que as partes manifestam sua concordância com a assunção de direitos e obrigações.

Esse é um dos motivos, por exemplo, porque os convênios e consórcios são mais bem aceitos do que a formação de regiões metropolitanas ou mesmo aglomerações urbanas, dispostas no art. 25, § 3º da Constituição.⁶⁵

Assim, tendo em vista que parte considerável dessa atuação conjunta se dá na execução de serviços públicos e demais atividades de cunho coletivo, o Constituinte preocupou-se com a efetivação do princípio do federalismo por meio da previsão de acordos de cooperação. O artigo 23, parágrafo único, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, dispõe acerca da cooperação entre as pessoas políticas:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão 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.

⁶⁴ “Conurbação. Trata-se do fenômeno geográfico mais visível como decorrência da metropolização. Nesse processo, o tecido urbano de duas ou mais cidades junta-se, implicando a integração das infra-estruturas urbanas e, por conseguinte, a necessidade de planejamento e gestão conjunta *permanente* das funções públicas de interesse comum.” MACHADO, Gustavo Gomes; PIRES, Maria Coeli Simões. Os consórcios públicos: aplicação na gestão de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. *IN*: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.) *Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 413.

⁶⁵ “O que diferencia as relações intergovernamentais baseadas nos consórcios e convênios, de um lado, daquelas proporcionadas pela instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, de outro, é, em uma primeira análise, o caráter voluntário das primeiras, em contraposição à índole vinculante das decorrentes da segunda hipótese. Na espécie voluntária, a defesa da consensualidade como primado das relações implica, na ausência de acordo de vontades, o fato de que os serviços sejam prestados de maneira isolada, mesmo que a gestão associada se mostre eficaz e eficiente. Dito de outra forma, mesmo havendo nítido interesse público na formação de consórcios ou convênios de cooperação, não há mecanismos que possam impor a gestão associada”. MACHADO; PIRES; *op. cit.* p. 408.

Também o art. 241 da Constituição cuida da gestão associada entre os entes federados:

Art. 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.

Como salienta José dos Santos Carvalho Filho, o serviço que uma pessoa jurídica pública encontra dificuldades para executar sozinha torna-se possível, ou mais eficiente, mediante a conjugação de esforços, como bem preceitua o artigo 241 da C.R./88.⁶⁶

Portanto, como instrumentos jurídicos para viabilizar a gestão associada das atividades administrativas, a Constituição de 1988 prevê a celebração de convênios de cooperação e de consórcios públicos.⁶⁷

2.2.1. Os convênios administrativos (convênios de cooperação)

Lembrando que na federação brasileira sempre foi reconhecida "a integração de competências e a atuação conjunta e coordenada entre os diversos entes federativos", Marçal Justen Filho observa que "a conjugação de esforços entre entes federativos, por meio de convênio, não apresenta qualquer novidade no Brasil".⁶⁸

Dessa forma, são celebrados diuturnamente convênios entre entes públicos, principalmente para viabilizar o exercício das competências comuns previstas no art. 23.

⁶⁶ "Se determinado serviço é federal, deve a União geri-lo ou controlá-lo por si ou por Estados-membros e Municípios, se com estes melhor se tornar a operacionalização da atividade. O mesmo se passa com os serviços estaduais: se necessário for, devem geri-los associadamente com os Municípios. O que se pretende, em última análise, é que os cidadãos recebam os serviços públicos com melhor qualidade e com maior eficiência." CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 382.

⁶⁷ Ressalte-se, desde já, que no capítulo 04 do presente trabalho, será demonstrado que tanto os convênios quanto os consórcios constituem espécies do gênero contrato administrativo.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, p. 9.

Com o advento da E. C. nº 19/98, foi alterado o art. 241 da Constituição, o qual passou também a prever a possibilidade de celebração de *convênios de cooperação entre entes federados*.

Deve-se indagar, assim, se a referência a “convênios de cooperação” implicou a criação de uma nova espécie de acordo entre entes públicos, ou se o Poder Constituído apenas resgatou o tradicional instituto do *convênio administrativo*.

De acordo com Wladimir Antônio Ribeiro, há diferença entre os institutos. Sustenta que, os convênios de cooperação apresentam a peculiaridade de serem firmados “exclusivamente por entes federados”, no intuito específico de promover a gestão associada de serviços públicos, ao passo que os tradicionais convênios administrativos poderiam ser celebrados entre quaisquer entidades estatais.⁶⁹

Nesse sentido, a redação do art. 2º, VIII, do Decreto Federal nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007, que regulamentou a Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005:

Art. 2º [...]

VIII - convênio de cooperação entre entes federados: pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles;

Para o presente trabalho, no entanto, não há qualquer distinção entre os tradicionais convênios administrativos e os convênios de cooperação (art. 241). Os dois institutos constituem negócios jurídicos bilaterais celebrados entre entidades estatais, no intuito de atender a interesses comuns, ora referidos como acordos para “cooperação” (art. 23, parágrafo único), ora como “convênio de cooperação” (art. 241).

Além disso, o art. 1º, § 1º, I do Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, define o instituto do “convênio” de maneira a abranger a definição de “convênio de cooperação”, apresentada anteriormente pelo Decreto nº 6.017/07. Vale transcrever a definição normativa de convênio:

⁶⁹ RIBEIRO, Wladimir Antônio. *Parecer jurídico acerca da juridicidade dos termos da minuta de instrumento de Convênio de Cooperação a ser celebrado entre o Estado da Bahia e o Município de Salvador*, p. 7-9. No mesmo sentido é o entendimento de Alice Gonzales Borges. BORGES, Alice Gonzales. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. [on line]. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> . Acesso em: 05 de julho de 2010, p. 09-10.

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos 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, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a 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.

Sendo o Decreto nº 6.170/07 editado posteriormente ao Decreto nº 6.017/07, entende-se que este último foi revogado nos aspectos que forem considerados incompatíveis.

Ademais, não se pode basear a distinção entre convênios administrativos e convênios de cooperação no fundamento de que os primeiros poderiam ser firmados entre quaisquer pessoas jurídicas, ao passo que os convênios de cooperação seriam da alçada exclusiva dos entes federados.

Em toda a história do Constitucionalismo brasileiro, a celebração de convênios administrativos com pessoas jurídicas da Administração Indireta sempre decorreu de construções doutrinárias, haja vista não existir autorização expressa nesse sentido.⁷⁰

⁷⁰ A esse respeito, vale transcrever o que dispuseram sobre o convênio as Constituições brasileiras a partir da Constituição de 1934 (primeira a mencionar a possibilidade de acordo entre os entes federativos): “Art 5º - Compete privativamente à União: (...) § 1º - Os atos, decisões e serviços federais serão executados em todo o País por funcionários da União, ou, em casos especiais, pelos dos Estados, mediante **acordo** com os respectivos Governos”. Já a Constituição de 1937 assim dispunha: “Art 55 - Compete ainda ao Conselho Federal: (...) b) aprovar os **acordos** concluídos entre os Estados”. Com o advento da Constituição de 1946, a matéria passou a ser tratada nos seguintes termos: “Art 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”. Ainda na vigência da Constituição de 1946, foi editada a Emenda Constitucional nº 18/65, a qual alterou a redação do art. 22: “Art. 22. Sem prejuízo do disposto no art. 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 imposto sobre o rendimento das pessoas físicas, e no art. 11, excluído o incidente sobre fumo e bebidas alcoólicas”. Com a Constituição de 1967, o art. 8º passou a estabelecer que: “Art 8º - Compete à União: (...) § 1º - A União poderá celebrar convênios com os Estados para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões”. A Constituição de 1969, ao tratar dos convênios, dispôs que: “Art 13 - Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: (...) §3º A união, os estados e os Municípios poderão celebrar **convênios** para a execução de suas leis, serviços, ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais. Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) § 6º As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão

Também a Constituição de 1988, ao tratar da cooperação entre os entes federativos no parágrafo único do art. 23, não mencionou a possibilidade de celebração de convênios com entidades da Administração Indireta.

Percebe-se, pois, que a possibilidade de as pessoas jurídicas criadas pelo Estado celebrarem convênios administrativos decorre da própria razão de existir da Administração Pública Indireta: promover a descentralização administrativa, com autonomia para a pessoa jurídica que recebe a competência descentralizada.

Dessa forma, a interpretação literal do art. 2º, VIII, do Decreto nº 6.017/07, no sentido de os convênios de cooperação serem celebrados “exclusivamente por entes da federação”, proibiria em termos absolutos a celebração de convênios pelos entes da Administração Indireta. Nesse caso, haveria restrição injustificada da atuação das entidades criadas com o intuito de promover a descentralização administrativa.

Vale observar que, apesar de sustentar que “o convênio de cooperação entre entes federados é um convênio com ‘nome e sobrenome’”, o próprio professor Wladimir Antônio Ribeiro admite a possibilidade de agências reguladoras (autarquias especiais) celebrarem convênios de cooperação, citando, como exemplo, aqueles celebrados pela Agência Nacional de Energia Elétrica — Aneel, por meio dos quais delega às agências reguladoras estaduais o exercício da competência de fiscalizar e editar regulação complementar para os serviços públicos de energia elétrica.⁷¹

Não há dúvidas, pois, que os convênios de cooperação podem ser celebrados entre quaisquer pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, direta ou indireta.

Poderia ainda ser apresentada como critério de distinção, a natureza das competências dos partícipes: os convênios tradicionais seriam celebrados nas hipóteses que visassem à cooperação por meio do exercício de competências comuns (art. 23), ao passo que os convênios de cooperação serviriam para a delegação de competências entre os partícipes, nos termos da parte final do art. 241.

Mais uma vez, no entanto, o presente trabalho sustenta que a distinção não se justifica. Como as competências do art. 23 são muito abrangentes (Ex: “zelar pela

concedidas ou revogadas nos termos fixados em **convênios**, celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar”.

⁷¹ RIBEIRO, Wladimir Antônio. *op. cit.* p. 8.

guarda desta Constituição”, “das instituições democráticas”, “combater as causas da pobreza e fatores de marginalização”), dificilmente os convênios de cooperação teriam alguma utilidade prática. Assim, se o art. 241 só fizesse referência à transferência de competências, só poderia ser utilizado nas hipóteses em que determinado ente não tivesse atribuição constitucionalmente prevista no art. 23.

Com razão Andreas J. Krell, ao sustentar que teria sido de melhor técnica a inserção do dispositivo sobre consórcios públicos e convênios (atual art. 241) junto do art. 23, parágrafo único:

A inserção do artigo 241 (pela EC nº 19/98) corrigiu uma omissão do texto de 1988, que mencionava a cooperação entre os entes federativos apenas em relação às competências comuns (art. 23, parágrafo único), mas não a cogitava no âmbito do exercício das tarefas próprias de cada um (PEREIRA JR.). Portanto, a forma sistematicamente mais adequada de inserção deste dispositivo no texto da Lei Maior teria sido a sua denominação como “art. 23-A”.⁷²

Além disso, essa distinção levaria à absurda interpretação de que a delegação de competências por meio de convênio administrativo, consoante o art. 241, seria regulado por lei ordinária, ao passo que o exercício de competências comuns, do art. 23, parágrafo único, deveria ser regulado por leis complementares. Entende-se que, nessa hipótese, a interpretação seria contrária ao princípio da proporcionalidade, haja vista que seriam instituídos requisitos mais rigorosos para situações em que os entes atuem de acordo com as suas atribuições genuínas (competências comuns) do que nas situações em que fosse transferida a competência para outro ente federativo (delegação de competências).

A celebração de convênios para a gestão associada de serviços públicos já existia antes de a E. C. nº 19/98 alterar a redação do art. 241 da Constituição, visto que entre as competências comuns arroladas no art. 23 encontra-se a execução de vários serviços públicos. Como exemplos, podem ser mencionados os serviços públicos de saúde (inciso II) e educação (inciso V).

A própria Lei nº 11.107/05 reconheceu que o instituto do *convênio de cooperação* já existia no ordenamento jurídico brasileiro quando da regulamentação do

⁷² KRELL, Andreas J. Consórcios públicos e convênios de cooperação entre entes federados. IN: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.457.

art. 241 da Constituição. Basta observar que o art. 19 da Lei estabelece expressamente a não incidência dos dispositivos da Lei 11.107/05 aos convênios de cooperação “que tenham sido celebrados anteriormente a sua vigência”.⁷³

Isso significa que o legislador ordinário destacou não só a possibilidade jurídica de já terem sido celebrados convênios de cooperação antes da edição da lei, como reconheceu que já havia um número considerável de convênios de cooperação celebrados, a ponto de ser necessária a edição de disposições transitórias.

Deve-se compreender, pois, que tanto o art. 241 quanto o art. 23, parágrafo único, referem-se ao mesmo tipo de ajuste, chamado de convênio de cooperação ou de convênio administrativo.⁷⁴

Torna-se imprescindível, pois, compatibilizar a competência legislativa prevista no art. 23, parágrafo único, da Constituição, com a menção à edição de leis pelos entes federativos, constante do art. 241. Não se pode ignorar ainda que, no art. 24 da Constituição de 1988, foi instituída a competência legislativa concorrente acerca de vários assuntos tratados no art. 23, o que também poderia gerar antinomia em face do art. 241 e do parágrafo único do art. 23.

Aparentemente, poder-se-ia entender que o art. 23 condiciona a celebração de convênios administrativos à edição de leis complementares pelos entes federativos envolvidos no ajuste. Mas não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que o art. 2º da Constituição (princípio da separação dos poderes) veda condicionar a celebração de convênios à autorização legislativa prévia.⁷⁵

⁷³ Vale transcrever *in litteris* o art. 19 da Lei nº 11.107/05: “Art. 19. O disposto nesta Lei não se aplica aos convênios de cooperação, contratos de programa para gestão associada de serviços públicos ou instrumentos congêneres, que tenham sido celebrados anteriormente a sua vigência”.

⁷⁴ Ao tratar dos convênios administrativos previstos no parágrafo único do art. 23 da Constituição de 1988, assim leciona José dos Santos Carvalho Filho: “A Constituição vigente não se refere expressamente aos convênios no conjunto de regras que tratam da partilha de competências, mas deixa implícita a possibilidade de serem ajustados”. Logo em seguida, continua o autor: “A despeito dessa admissibilidade implícita, a vigente Constituição passou a prever, no art. 241, com redação dada pela EC 19/98, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir, através de lei, disciplina de consórcios públicos e convênios de cooperação a serem celebrados entre si, com vistas à gestão associada de serviços públicos e à transferência de serviços, pessoal, encargos e bens necessários à regular continuidade dos serviços transferidos”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 197. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, p. 338.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 676/RJ. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 01 de julho 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 16 de setembro 2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta

Dessa forma, em observância ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, a interpretação constitucional deve ser realizada de maneira a evitar contradições entre suas normas, ou seja, a interpretação do parágrafo único do art. 23 não pode se chocar com o princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2º da Constituição.⁷⁶

A previsão contida no art. 23, de edição de leis complementares para a fixação de normas de cooperação entre os entes federativos, não se confunde com a exigência de lei específica para celebração de cada convênio.

Como bem observa Luciano Ferraz, as leis mencionadas pelo art. 241 referem-se “à regulação das formas de expressão do consensualismo federativo”.⁷⁷ Não se confundem, pois, com as normas que cuidam dos assuntos a serem abordados nos convênios e consórcios, as quais são previstas ao longo do art. 24 da Constituição.

Nesse sentido, deve-se observar que o art. 241 mostra-se coerente com o art. 22, XXVII, que confere à União a competência legislativa para editar normas gerais sobre contratos administrativos. Com o advento da E. C. nº 19/98, o art. 241

de Inconstitucionalidade nº 462/BA. Relator Ministro Moreira Alves. Data do julgamento: 20 de agosto 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 16 de setembro de 2010. Vale conferir, ilustrativamente, a seguinte ementa: “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Constituição do Estado de Minas Gerais. Artigo 181, incisos I e II. Acordos e convênios celebrados entre Municípios e demais entes da Federação. Aprovação prévia da Câmara Municipal. Inconstitucionalidade. Art. 2º da Constituição Federal. Este Supremo Tribunal, por meio de reiteradas decisões, firmou o entendimento de que as normas que subordinam a celebração de convênios em geral, por órgãos do Executivo, à autorização prévia das Casas Legislativas Estaduais ou Municipais, ferem o princípio da independência dos Poderes, além de transgredir os limites do controle externo previsto na Constituição Federal. Precedentes: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 676/RJ. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 01 de julho 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 16 de setembro 2010, e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 165/MG. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 07 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 16 de setembro de 2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 770/MG. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data do julgamento: 01 de julho 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 16 de setembro de 2010. No mesmo sentido: ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº 11.107/2005. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Eliza Braz (coord). *Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 138.

⁷⁶ “A perseguição de um efeito integrador do texto constitucional fomenta o diálogo da Constituição com suas normas subordinadas. Decorre daí um esforço tendente à harmonização, respeitando-se, sempre, a máxima efetividade do texto constitucional”. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Interpretação constitucional*. IN: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. XXXIX.

⁷⁷ “O conteúdo de abrangência das leis nacionais que se editem (v.g. Lei nº 11.107/2005) é restrito à regulação das formas de expressão do consensualismo federativo (v.g. Consórcios Públicos e Convênios de cooperação), podendo vir a disciplinar as formas de transferência voluntária – nunca obrigatória – total, ou parcial, de competência entre entes da Federação” FERRAZ, Luciano. *Consórcios Públicos: ensaio sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.107/2005*. In: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Eliza Braz (coord). *Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 66.

passou a consagrar expressamente a competência legislativa concorrente em matéria de convênios e consórcios.⁷⁸

Portanto, no que concerne aos requisitos de validade e procedimentos para celebração, foi pacificado que a competência legislativa a que se refere o art. 241 é concorrente entre os entes federativos, independentemente do reconhecimento da natureza contratual dos institutos dos consórcios e dos convênios administrativos.

⁷⁸ Nesse sentido, Luciano Ferraz: “entende-se que a locução ‘disciplinarão por meio de lei’, prevista no art. 241 da Constituição, respalda a competência legislativa da União para editar normas gerais (aplicáveis a todas as entidades) e respalda também a competência legislativa para que todas as entidades federativas – incluindo a União – editem normas sobre a matéria” FERRAZ, *op. cit.* p. 66. Destaque-se, ainda, que Marçal Justen Filho, em parecer sobre a Lei dos Consórcios Públicos, corrobora o mesmo posicionamento e afirma ser da União a competência para editar normas gerais vinculantes para os demais entes federativos, “em virtude da regra geral de que todos os temas de interesse comum a mais de um ente federado devem ser disciplinados por lei nacional” JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, p. 31. No mesmo sentido, Floriano Azevedo Marques Neto: “Nele [art. 241] vemos determinado que os entes federados deverão disciplinar por lei os institutos dos consórcios públicos e convênios de cooperação. Disso decorre a atribuição de competência legislativa concorrente para os três entes da Federação para os regularem. E, sendo assim, creio que se deve reconhecer ter a Carta reservado à União competência para prescrever as normas gerais para o estabelecimento destes dois veículos de atuação federativa concertada. Temos, portanto, como aplicável a regra prevista nos §§ 1º e 4º do artigo 24 da CF. Disso provém a quarta nota: o artigo 241 atribuiu – e isso independe de considerarmos os convênios como espécie do gênero contrato – à União competência para disciplinar o regime dos consórcios públicos mediante a edição de lei geral nacional, a ser obedecida pelos Estados e Municípios quando disciplinarem a mesma matéria.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Parecer jurídico endereçado ao Ministério das Cidades, relativo à constitucionalidade do Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional com o condão de regulamentar, por lei nacional, o instituto dos Consórcios Públicos. Julho de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/consorcio_FlorianoAzevedoMarques.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2010. Ainda segundo o autor, imperioso destacar o entendimento acerca de *normas gerais*: “A noção de “normas gerais” adquire assim grande relevância, pois ela constitui o *discrímen* da competência concorrente da União, seja ela cumulativa ou não-cumulativa. Adoto a posição de FERRAZ JUNIOR, que observa que a linguagem constitucional *pode tratar tanto de normas gerais pelo conteúdo, como de normas gerais pelo destinatário ou universais*. Nessas hipóteses, o critério para a identificação da norma geral será a incidibilidade do objeto normatizado ou a indeterminação dos sujeitos destinatários da norma. *A contrario sensu*, caberia aos entes regionais a competência para, respectivamente, editar normas *particulares* e *singulares* (conforme o conteúdo) ou especiais e individuais (conforme o destinatário. [...] Do ponto de vista substancial (teleológico, material ou finalístico) a distinção entre normas gerais e particulares ou individuais se reporta ao interesse prevalecte na organização federativa, o que nos remete ao conteúdo material da norma. Do ponto de vista finalístico, deveria ser objeto de norma geral toda matéria que extravasasse o interesse circunscrito de uma unidade (estadual em face da União; municipal em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve situações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional. Tal entendimento decorreria do federalismo de cooperação estabelecido no artigo 1º da Constituição e da visão de que a uniformização de certos interesses constitui um ponto básico da colaboração entre os entes federativos.” MARQUES NETO, *op. cit.* p. 51. Em sentido contrário, contudo, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que “nem essa lei complementar poderá retirar a titularidade da competência de qualquer das entidades, nem restringir-lhe a um ponto que se anule a sua participação no desempenho, porque a condição de titular da competência é constitucionalmente conferida a todas elas. Não se tem, pois, aqui, um caso de competência concorrente, pois todas as entidades têm a mesma condição de titular e igual situação jurídica de responsável pelo desempenho”. Assim, conclui a autora que a melhor interpretação é a de que se trata de competência comum a todos os entes. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação do Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 252-253). No mesmo sentido: BORGES, Alice Gonzales. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, julho/agosto/setembro, 2005. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 05/07/2010.

Nesse sentido, a União editou a Lei nº 11.107/05 e o Decreto nº 6.017/07, que estabelecem os requisitos e procedimentos para a celebração de consórcios e convênios.

Quanto à normatização das matérias que constituirão o objeto dos acordos de cooperação, deve-se observar a competência concorrente entre a União e os Estados-membros, nos termos do art. 24 da Constituição, como também a competência suplementar dos municípios, conforme estabelece o art. 30, II.⁷⁹

Já o art. 23, parágrafo único, não se refere à normatização do conteúdo dos convênios (competência prevista no art. 24) e nem à legislação acerca dos institutos dos convênios e consórcios (prevista no art. 241). As leis complementares previstas no art. 23, parágrafo único, referem-se aos eventuais requisitos a serem impostos pelos próprios entes federativos, tendo-se em vista a sua capacidade de auto-organização.

Nesse sentido, poderiam os entes federativos, por meio de leis complementares, estabelecer requisitos e procedimentos para a celebração de convênios administrativos, no intuito de atender ao disposto nas suas respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais. Tome-se como exemplo uma lei complementar editada pelo Estado de Minas Gerais que institua como requisito de validade da celebração de convênios em certas regiões a oitiva de órgão técnico, no intuito de não comprometer o patrimônio histórico.

Deve-se compreender, pois, que o objetivo das leis complementares a serem instituídas é “o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”, de maneira que a legislação complementar terá o papel de garantir o desenvolvimento sustentável dos respectivos entes federativos.

Não há dúvidas, pois, que o parágrafo único do art. 23 consiste em norma constitucional de eficácia contida, nos termos da classificação proposta por José

⁷⁹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis”.

“Art. 30. Compete aos Municípios: (...) II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

Afonso da Silva, que poderá apresentar condicionantes ao direito dos entes federativos celebrarem convênios.⁸⁰

Se não forem editadas as referidas leis complementares, as pessoas políticas devem observar apenas as limitações constitucionais e as normas gerais estabelecidas pela União com base no art. 24 e no art. 241. A partir da edição das leis complementares, os entes federativos terão que observar os limites também ali previstos.⁸¹

Um aspecto que já foi abordado neste capítulo merece reforço: a inconstitucionalidade da exigência de autorização legislativa para a celebração de convênios administrativos. O assunto deve ser retomado em virtude de o art. 2º, VIII, do Decreto nº 6.017/2007 (diploma que regulamenta a Lei nº 11.107/05) instituir expressamente tal requisito de validade: “convênio de cooperação entre entes federados: pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles” (sem destaque no original).

Ao instituir a autorização legislativa como requisito para a celebração dos convênios de cooperação, o Decreto nº 6.017/07 afrontou diretamente a Constituição de 1988, haja vista que a celebração de convênios não acarreta a criação de uma nova pessoa jurídica, como ocorre com a celebração de consórcios públicos.⁸²

Ora, inexistindo distinção entre convênios de cooperação e convênios administrativos e sendo a jurisprudência do STF pacificada no sentido de proibir a

⁸⁰ “Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.” SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 116.

⁸¹ José dos Santos Carvalho Filho considera positiva a alteração do art. 23, parágrafo único, pela E. C. nº 56/06: “Prevía-se nele a edição de lei complementar para regular esse tipo de cooperação, visando ao desenvolvimento e ao bem-estar em âmbito nacional. A EC 53, de 19.12.2006, como vimos, alterou aquele dispositivo, prevendo a edição de *leis complementares* (e não apenas *uma* lei complementar) para a instituição da disciplina. A alteração facilitou de certo modo a regulação, pois que cada diploma poderá traçar as normas apropriadas para certo setor de serviços comuns objeto da cooperação mútua, atendendo às particularidades de que possa revestir-se. Em outras palavras, poderão ser diversas as formas de disciplinar a cooperação recíproca, considerando a natureza específica do serviço sob gestão associada” (destaques no original). CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 382.

⁸² Em sentido contrário, Wladimir Antônio Ribeiro sustenta que a exigência de autorização legislativa para celebrar convênios de cooperação é um aspecto distintivo entre os convênios administrativos e os de convênios de cooperação. RIBEIRO, Wladimir Antônio. *Parecer Jurídico emitido à Empresa Baiana de Águas e Saneamento – EMBASA*, p. 9. Emitido em 18/12/2009. Disponível em: <[http://www.embasa.ba.gov.br/novo/conveniocoop/pdf/\[Salvador\]parecerconsultoria.zip](http://www.embasa.ba.gov.br/novo/conveniocoop/pdf/[Salvador]parecerconsultoria.zip)> Acesso em: 05/07/2010.

exigência de autorização legislativa para celebração desses ajustes, conclui-se pela inconstitucionalidade do dispositivo em comento, por violar o art. 2º da Carta Magna.⁸³

Ressalte-se, contudo, que é possível a exigência de lei para celebração de convênio apenas na hipótese em que a matéria veiculada no ajuste atrair a necessidade de edição de norma autorizativa (o que revela a inutilidade da exigência pelo decreto). É o que ocorre, por exemplo, na doação de imóveis entre entes públicos e na concessão de isenção tributária a algum ente privado. Deve-se lembrar ainda que os eventuais repasses de recursos integrantes de convênios administrativos devem ter a correspondente previsão na lei orçamentária da entidade concedente.

Com a edição do Decreto nº 6.170/07, a discussão perdeu relevância, haja vista que a exigência de autorização legislativa imposta pelo Decreto nº 6.017/07 foi revogada. Assim, considerando que os convênios administrativos (sinônimos de convênios de cooperação) são tratados pelos dois regulamentos, na hipótese de antinomia entre regras, prevalece o que estiver disposto no diploma editado posteriormente (no caso, o Decreto nº 6.170/07).

Em outras palavras: o Decreto nº 6.017/07 regulamentou a Lei nº 11.107/05 e, dispendo sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, condicionou a gestão associada de serviços públicos via convênio de cooperação à existência de lei prévia ou de ratificação disciplinando a matéria em cada um dos entes partícipes. Considerando que não há especificidades ontológicas que justifiquem a diferenciação entre o convênio de cooperação e o tradicional convênio administrativo, quando o Decreto nº 6.170/07 regulamentou o art. 116 da Lei nº 8.666/93, tratando das transferências de recursos da União via convênios e não previu a exigência de autorização legislativa, houve revogação deste ponto do Decreto nº 6.017/07. Cumpre observar que a supressão da exigência legislativa para a celebração de convênios, com a superveniência do Decreto nº 6.170/07, constituiu *silêncio eloquente*, e não simples

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 676/RJ. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 01 de julho 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 16 de setembro 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 462/BA. Relator Ministro Moreira Alves. Data do Julgamento: 20 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 16 de setembro 2010.

lacuna legislativa, de modo que o Poder Regulamentar revogou, propositalmente, a necessidade de anuência do legislador ordinário para celebrar convênios.⁸⁴

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta não haver diferenciação entre convênio administrativo e convênio de cooperação. Como bem observa a autora, o art. 241 da Constituição veio tornar expressa a possibilidade de celebrar convênios, o que já era previsto implicitamente por meio do parágrafo único do art. 23.⁸⁵

Conclui-se, portanto, que os convênios de cooperação, mencionados pelo art. 241 da Constituição, são sinônimos dos já conhecidos convênios administrativos. E como será demonstrado no decorrer do presente trabalho, os convênios (como também os consórcios) são espécies de contratos administrativos.⁸⁶

2.2.2 Consórcios públicos como espécie de convênios administrativos

A exemplo do tratamento doutrinário conferido ao instituto dos convênios, os consórcios públicos também são caracterizados como acordos de vontade de natureza não contratual.⁸⁷ Por meio da celebração de consórcios, criam-se relações jurídicas entre os partícipes que possuem interesses comuns.⁸⁸

⁸⁴ Acerca da distinção entre silêncio eloquente e omissão legislativa, remete-se o leitor à decisão unânime do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 130552/SP. Reclamante: Ministério Público Federal; Reclamado: Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Avaré. Relator Ministro Moreira Alves. Data do julgamento: 04 de junho 1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 16 de setembro 2010.

⁸⁵ “Quanto ao convênio entre entidades públicas (União Estados, Distrito Federal e Municípios), a possibilidade de cooperação por meio de convênios já decorria implicitamente do art. 23 da Constituição, para as atividades de competência concorrente, como saúde, assistência social, proteção dos deficientes, proteção dos documentos, obras e outros de valor histórico. Agora essa possibilidade de cooperação ou de ‘gestão associada’ consta expressamente da Constituição, no art. 241, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 338.

⁸⁶ “Visto o que são consórcios, vejamos o que são convênios. Convênios, aos quais também se refere o art. 241 da Constituição, são contratos, realizados entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem que deles resulte a criação de pessoas jurídicas - o que os faz distintos dos consórcios”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 666.

⁸⁷ A esse respeito, vide item 4.3 - O convênio como espécie de contrato administrativo.

⁸⁸ “Consórcio é termo originário do latim *consortium* e remete à ideia de associação, ligação, união.” MACHADO, Gustavo Gomes; PIRES, Maria Coeli Simões. *Os consórcios públicos: aplicação na gestão de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões*, p. 406.

Antes do advento da Lei nº 11.107, de 06.04.2005, a distinção tradicional entre convênios e consórcios pautava-se no aspecto subjetivo. Os acordos de vontades celebrados entre entes da mesma natureza recebiam o nome de consórcio, como os consórcios intermunicipais de saúde. Já os ajustes firmados entre entidades públicas de natureza diversa, ou entre a Administração Pública e organizações particulares, com características específicas, eram denominados convênios.⁸⁹

Com efeito, os consórcios públicos não eram, inicialmente, dotados de personalidade jurídica. Entendia-se que se aplicava ao direito administrativo o art. 278, §1º da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), o qual veda a atribuição de personalidade jurídica aos consórcios celebrados no âmbito do direito privado: “O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.

Como se vê, não havia qualquer distinção ontológica entre convênios e consórcios, razão pela qual se aplicavam aos consórcios todos os princípios e preceitos norteadores dos convênios.⁹⁰

Merecem destaque os consórcios intermunicipais de saúde, como por exemplo, o CIS VERDE, com sede localizada no Município de Carangola, Minas Gerais e que reúne os Municípios de Alto Caparaó, Caiana, Caparaó, Carangola, Divino, Espera Feliz, Faria Lemos, Fervedouro, Pedra Bonita, Pedra Dourada e Tombos.⁹¹

Assim, todos esses Municípios decidiram se reunir para, dividindo despesas como operacionais como água, luz, telefone, remuneração de servidores, custeio de medicamentos, proporcionassem o adequado atendimento ao serviço público da saúde.

Antes da edição da Lei nº 11.107/05, o meio pelo qual os Municípios formalizavam a parceria era por meio de convênio administrativo. Assim, tomava-se a

⁸⁹ “Antes da promulgação da Lei nº 11.107/05, havia certo consenso doutrinário em considerar o convênio e o consórcio como acordos de vontade, sendo o consórcio utilizado quando os entes consorciados eram do mesmo nível (consórcio entre Municípios ou entre Estados) e o convênio, quando se tratava de entidades de níveis diferentes, como por exemplo os convênios entre União e Estados ou Municípios, ou entre Estados e Municípios.” DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 476.

⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 388.

⁹¹ Fonte: http://www.cosecsmg.org.br/cosecs2003/verde/cis_verde.htm . Acesso em: 27/07/2010.

figura do consórcio do direito privado, como forma de, por meio de uma entidade civil comercial, dar execução aos termos desse convênio.⁹²

Ocorre que a inexistência de personalidade jurídica autônoma dos consórcios administrativos acarretou, ao longo dos anos, uma série de dificuldades de operacionalização das finalidades instituídas em tais acordos. Embora a ideia fosse a criação de uma entidade autônoma, com orçamentos próprios previstos em cada um dos instrumentos celebrados entre os entes públicos, os entes federativos continuavam diretamente responsáveis pelas relações jurídicas celebradas com terceiros.

Curioso notar que, desde as primeiras edições de seu manual, ainda na década de sessenta, Hely Lopes Meirelles já recomendava a constituição de uma pessoa jurídica para operacionalizar o consórcio administrativo:

Embora não se tenha uma legislação normativa dessas entidades, podem ser instituídas e utilizadas pelos municípios, pelos estados-membros e pela União, desde que se crie paralelamente ao serviço um órgão diretivo, com personalidade jurídica e recursos hábeis. Sem esta providência complementar, os convênios e consórcios administrativos não têm viabilidade, nem meios de concretização e atingimento de suas finalidades.⁹³

Paulatinamente, foram surgindo algumas alternativas para amenizar os problemas práticos, como a possibilidade de os consórcios instituírem contas bancárias próprias. Embora a responsabilidade administrativa e financeira continuasse a cargo das pessoas jurídicas que celebravam os consórcios, era possível fazer transações bancárias “em nome dos consórcios públicos”.

Outro instrumento utilizado para viabilizar a parceria entre entes públicos (principalmente municípios) era a constituição de pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do art. 44 do Código Civil (associações de municípios).

Como se vê, as práticas sociais passaram a demandar alterações na legislação vigente sobre o instituto dos consórcios públicos. Assim, as figuras jurídicas que seriam disciplinadas na nova legislação “já se encontravam faticamente

⁹² Nesse sentido: BORGES, Alice Gonzales. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, julho/agosto/setembro, 2005, p. 9-10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 05/07/2010.

⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. 1966, p. 336.

implementadas em diversos setores, não se constituindo propriamente em novidade no cenário nacional”.⁹⁴

Destaque-se que antes da edição da lei específica, modelos similares aos consórcios públicos já eram utilizados em países como a França e a Itália, que a despeito de serem Estados Unitários, permitiam que as comunas e províncias constituíssem consórcio para gestão associada de um ou mais serviços.⁹⁵

Nesse contexto, o Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, alterou a redação do art. 241 da Constituição da República, passando a estabelecer a gestão associada entre entes federativos por meio de consórcios públicos e de convênios de cooperação.

No intuito de regulamentar, pois, o novo dispositivo constitucional, foi editada a Lei Federal nº 11.107, de 6 de abril de 2005, passando a prever a possibilidade de os consórcios adquirirem personalidade jurídica, bem como de celebração de consórcios entre entes públicos de natureza diversa.⁹⁶

Marçal Justen Filho salienta que seria inútil a criação de consórcios públicos despersonalizados. É que, de acordo com o jurista, a figura de associação temporária entre pessoas estatais, voltadas à execução de um projeto e sem personalidade jurídica, já existe no ordenamento jurídico brasileiro.⁹⁷

⁹⁴ FERRAZ, Luciano. Parceria público-público: contrato de programa e execução de serviços públicos municipais por entidade da Administração Indireta Estadual. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 57, set. 2006, p. 1. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=37485>>. Acesso em: 23/07/2010.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos, p. 7.

⁹⁶ “Art. 1º Esta lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências. [...] § 2º A União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados.” Segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “A lei é, sob todos os aspectos, lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que foi. Mais do que resolver problemas ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista de sua aplicação prática.[...] A incongruência da lei começa a partir do preâmbulo, com a referência a “normas gerais de contratação de consórcios públicos”, ideia que se repete no artigo 1º, ao estabelecer que a lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivo de interesse comum.” Na realidade, a lei não trata de **contratação** de consórcios pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas de constituição de pessoa jurídica, o que se dá por meio de todo um procedimento, que abrange várias fases, conforme se verá. O contrato corresponde a uma das fases do procedimento de constituição da entidade. Talvez o objetivo do legislador fosse o de dar a impressão de que a lei, dispondo sobre contrato, insere-se na competência da União para estabelecer normas gerais sobre contratos administrativos, conforme previsto no artigo 22, XXVII, da Constituição.” DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, p. 473-474.

⁹⁷ “Não é possível identificar diferenças entre um convênio, como largamente conhecido e praticado no Direito Administrativo, e um consórcio público despersonalizado. Logo, a regra constitucional que aludiu à figura do consórcio público como uma figura própria e diferenciada perderia sua utilidade na medida em que não houvesse

Dessa forma, com o advento da Lei dos Consórcios Públicos, a possibilidade de constituição de pessoa jurídica tornou-se o principal critério distintivo entre consórcios e convênios administrativos.⁹⁸

Importa observar que, antes da aprovação da Lei nº 11.107/05, o Governo Federal solicitou a renomados juristas a apresentação de pareceres acerca da constitucionalidade do anteprojeto formulado.

Ao se manifestar sobre o tema, Miguel Reale entendeu que seria inconstitucional a criação de consórcio dotado de personalidade jurídica, principalmente em razão de integrar a Administração Indireta dos entes consorciados. Argumentou que o legislador não só desvirtuaria a figura prevista no art. 278, § 1º, da Lei de S/A, como transformaria os consórcios públicos em verdadeiras “entidades da administração indireta, com o mais amplo espectro de encargos e competências”:

O projeto de Lei, que pretende instituir consórcios públicos, fê-lo extrapolando do art. 241 da Constituição federal, visto criar uma instituição jurídica anômala, à qual é conferida competência equiparável à dos três entes que compõem nosso sistema federativo, o que conflita com as diretrizes de nossa Carta Magna.⁹⁹

Em sentido contrário, Dalmo de Abreu Dallari ensina que os consórcios públicos criados pela Lei nº 11.107/05 são instrumentos de descentralização administrativa, não tendo os atributos essenciais de um ente federativo, que são a autonomia, política e poder tributário, para obtenção dos recursos financeiros necessários à consecução de seus objetivos. Lembra ainda o mesmo autor que “os consórcios públicos previstos no Projeto não terão uma base territorial”.¹⁰⁰

Ademais, não há qualquer proibição constitucional no tocante à possibilidade de criação de novas espécies de entidades da administração indireta pelo

personificação da figura”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, p. 21.

⁹⁸ “Em suma, a grande diferença é que o *consórcio público* é pacto constitutivo de uma pessoa jurídica e o *convênio de cooperação entre entes federados* não (pelo que se questiona assertiva de que o convênio não pode ser utilizado para o exercício associado de competências). No primeiro caso, haverá cooperação mais intensa, estruturada a perdurar no tempo, no segundo caso ela é tópica e limitada.” RIBEIRO, Wladimir Antônio. *Parecer jurídico acerca da juridicidade dos termos da minuta de instrumento de Convênio de Cooperação a ser celebrado entre o Estado da Bahia e o Município de Salvador*, p. 8.

⁹⁹ Fonte: www.miguelreale.com.br/parecer.htm. Acesso em: 10/05/2010. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PICININ, Juliana de Almeida. *A inconstitucionalidade da Lei de Consórcios Públicos*, p. 1-4.

¹⁰⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Parecer sobre o anteprojeto da lei de consórcios públicos*, p. 31.

legislador infraconstitucional, “sobretudo se se considerar a natureza autárquica das associações públicas, à luz do art. 41, IV, do Código Civil Brasileiro, editada em consonância com o art. 37, XIX, da CR/88”.¹⁰¹

Não há problema algum em se alterar, por meio de emendas constitucionais, a sistemática da gestão associada e do exercício de competências comuns, visto que ao poder reformador não é vedado alterar o modelo federativo brasileiro, desde que não acabe com a forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, IV). É por esta razão que Marçal Justen Filho afirma que o modelo de federalismo brasileiro não é definitivo.¹⁰²

Ademais, a ideia de se constituir uma pessoa jurídica por meio da união de entes federativos distintos não é nova no ordenamento jurídico brasileiro. Como bem observa Marçal Justen Filho, as empresas públicas são pessoas jurídicas criadas por meio da união de entidades públicas, não havendo qualquer empecilho quanto à participação de entes de pessoas políticas distintas.¹⁰³

De fato, a diferença entre a empresa pública e o consórcio administrativo previsto na Lei nº 11.107/05 diz respeito à integração à Administração Indireta dos entes participantes. No caso do consórcio, a entidade integrará a administração indireta de todos os envolvidos, ao passo que a empresa pública integra a administração indireta apenas do ente que possui a maioria do capital social.¹⁰⁴

Cumprido registrar que mesmo as pessoas jurídicas de direito privado constituídas por meio de consórcios públicos integram a Administração Indireta dos

¹⁰¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Consórcios públicos e organização administrativa, em face da Constituição da República de 1988*, p. 100-101. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho observa: “o consórcio público é uma figura muito mais próxima à autarquia do que as demais entidades integrantes da Administração Indireta (no esquema clássico do Dec.-lei nº 200). Talvez até se pudesse afirmar que o consórcio público se configura como uma modalidade especial de autarquia. A Constituição poderia ter denominado a figura como autarquia interfederativa. Mas evidente é que a variação terminológica, nesse ponto é irrelevante. JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, p. 5.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 7.

¹⁰³ Nesse sentido, Marçal Justen Filho refere-se à empresa pública: “trata-se, em última análise de uma modalidade de convênio, utilizada a expressão para indicar uma opção organizacional entre diferentes sujeitos, voltada à realização de fins de interesse público” JUSTEN FILHO, *op. cit.* p. 14.

¹⁰⁴ Nesse sentido, vale registrar, é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello no que refere aos consórcios que constituam pessoa jurídica de direito privado: “Não é difícil perceber que quando tiverem personalidade de direito público serão autarquias intergovernamentais e quando tiverem personalidade de direito privado serão empresas públicas; portanto, ainda que a lei não o diga, neste caso também farão parte da Administração indireta, porém, apenas da entidade governamental que detiver a maioria acionária”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 664-665.

entes consorciados, apesar de o art. 6º da Lei nº 11.107/05 só mencionar os consórcios constituídos como pessoas jurídicas de direito público. A esse respeito, assim leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não há como uma pessoa jurídica política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir pessoa jurídica administrativa para desempenhar atividades próprias do ente instituidor e deixá-la fora do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido instituída pela iniciativa privada.¹⁰⁵

Dessa forma, o objetivo dos consórcios públicos é a realização de atividades de interesse comum dos consorciados, a fim de alcançarem metas comuns às partes, ou seja, é um instrumento do federalismo de cooperação, pelo qual os entes consorciados mantêm sua autonomia.

Assim como nos convênios, percebe-se que também nos consórcios as partes buscam interesses comuns, agindo de forma cooperada. Deve-se considerar, portanto, que os consórcios públicos são, de fato, mecanismos pelos quais se exerce a descentralização administrativa, prevendo a transferência (e/ou gestão associada) de serviços públicos a outra pessoa jurídica: “A gestão associada pela via consorcial reforça a descentralização na medida em que permite aos entes municipais e federais receber meios mais robustos para exercer suas competências”.¹⁰⁶

Outro aspecto importante a ser considerado é a natureza contratual dos consórcios públicos regidos pela Lei nº 11.107/05. Nesse sentido, vale citar as lições de Floriano Azevedo Marques Neto:

Tenho, então, que os consórcios em geral e os consórcios públicos em particular têm natureza contratual, é dizer, exigem a criação de obrigações recíprocas entre as partes, que se obrigam a cumprir suas parcelas de obrigações com vistas a bem atingir o objetivo de interesse comum. [...] Os consórcios públicos têm natureza contratual,

¹⁰⁵ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 466. Em sentido contrário, Maria Tereza Fonseca Dias sustenta que os consórcios criados como pessoas jurídicas de direito privado não integram a Administração Indireta dos entes consorciados. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*, p. 99. Quanto à possibilidade de a Administração Pública constituir pessoas jurídicas que não integrarão a Administração Indireta, leciona o professor Anastasia: “Não integrando a Administração Pública, essas entidades não estão jungidas ao regime jurídico-administrativo próprio das entidades que compõem esse rol. Vinculam-se ao regime de direito privado comum, típico das empresas privadas, relacionando-se com o Poder Público como as demais entidades de direito privado, mediante convênio ou contrato, nos termos da legislação federal comum.” ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. *Natureza jurídica das fundações de apoio*. IN: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.). *Direito público moderno: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1-12, p. 7.

¹⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Os consórcios públicos*, p. 14.

ainda que sua constituição demande também a prática de outros atos entre os quais a manifestação legislativa ratificadora. Inobstante, é patente o caráter negocial, de estipulação de obrigações recíprocas que a constituição destes entes consorciais envolve.¹⁰⁷

Relevante destacar que, como o consórcio público permitirá a criação de nova pessoa jurídica, que integrará a Administração Indireta de todos os entes consorciados, é imprescindível a autorização legislativa específica. A celebração de um convênio, ao contrário, prescinde de determinação legal ou de autorização legislativa.¹⁰⁸

Odete Medauar sustenta que a constituição dessa pessoa jurídica dá espaço a uma operacionalização rápida e com maior certeza e segurança para os consorciados, como também para os terceiros que se relacionarem com os consórcios.¹⁰⁹

Não é sem razão que, ainda sob a égide da Constituição de 1946, praticamente quarenta anos antes da promulgação da Lei 11.107/05, Hely Lopes Meirelles, já recomendava a criação de uma pessoa jurídica para a efetivação dos objetivos do consórcio:

Em tais casos é recomendável o grupamento dos municípios interessados, sob a modalidade de consórcio, materializado numa entidade intermunicipal, que ficará incumbida da prestação do serviço, em nome e por conta de tôdas as municipalidades participantes do acôrdo administrativo. Para a concretização dêsse pacto, dever-se-á elaborar previamente o estatuo ou regulamento da futura entidade, para que cada município interessado o aprove por lei e autorize o acôrdo final, a ser firmado pelos respectivos prefeitos. O órgão executor do consórcio poderá revestir a forma autárquica ou paraestatal [...].¹¹⁰

¹⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Parecer jurídico endereçado ao Ministério das Cidades, relativo à constitucionalidade do Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional com o condão de regulamentar, por lei nacional, o instituto dos Consórcios Públicos*, p. 38.

¹⁰⁸ “A partir de 1988, o Brasil passou a contar com um federalismo que, apesar de todas as suas limitações, é pra valer. Hoje ninguém duvida da autonomia dos Estados e dos Municípios e é ampla a atividade, inclusive judicial, de proteção dessa autonomia. Com isso, a questão da centralização de competências, da mitigação do federalismo, tornou-se superada, bem como excessiva a exigência de que todo e qualquer convênio seja autorizado pelo Legislativo. Isso porque os convênios passaram a se limitar a, apenas, cuidar da rotina administrativa, de assuntos internos, não afetando o equilíbrio entre os Poderes ou a distribuição federativa de competências. Em suma, passaram a ser apenas instrumentos de gestão ordinária, pelo que a autorização legislativa passou a ser considerada pela jurisprudência constitucional como ingerência indevida do Poder Legislativo em atividades do Executivo. Em vista desse entendimento, diversos dispositivos de constituições estaduais e leis orgânicas, do Distrito Federal ou de Municípios foram considerados inconstitucionais.” MARQUES NETO, *op. cit.* p. 05.

¹⁰⁹ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios Públicos*, p. 26.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. 1966, p. 337.

Diante do exposto, pode-se definir o instituto dos consórcios, na linha de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como: “associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estado, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade de direito público ou de direito privado, criadas mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos”.¹¹¹

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 243.

3. O CONVÊNIO COMO INSTRUMENTO DE FORMALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES ENTRE O TERCEIRO SETOR E O ESTADO

3.1. Introdução

Os convênios celebrados entre a Administração Pública e as entidades particulares enquadram-se na atividade administrativa de fomento das ações da iniciativa privada que interessam à coletividade. Trata-se de uma forma de o Poder Público estimular as ações privadas realizadas no campo das atividades não exclusivas de Estado, por meio da concessão de benefícios (normalmente de natureza financeira).

É nesse contexto que se apresenta relevante o estudo do *terceiro setor*, o qual figura ao lado do Estado (primeiro setor) e do mercado (segundo setor). Trata-se de atuação da sociedade civil organizada em prol do interesse da coletividade, de forma desvinculada do Estado. É por essa razão que é comum referir-se ao terceiro setor como atuação da sociedade civil em defesa do interesse público não estatal.

Embora as entidades do terceiro setor tenham vida autônoma e não dependam juridicamente do Estado, as parcerias entre o Poder Público e as organizações não governamentais têm aumentado consideravelmente nos últimos anos.¹¹²

Assim, a celebração de convênio entre a Administração Pública e as entidades privadas (convênio público-privado) apresenta-se como alternativa adotada pelo Estado para melhorar a prestação dos serviços sociais como saúde, cultura e educação:

¹¹² “Boa parte dos estudiosos do terceiro setor afirma que ele se constitui numa grande força econômica, sobretudo no que diz respeito ao crescimento do emprego de mão-de-obra, formação do voluntariado, geração de renda mediante a oferta de bens e serviços e gastos que vem efetuando com o passar dos tempos.” DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*, p. 149. No mesmo sentido: “Nos Estados Unidos, há 1,2 milhão de organizações sociais sem fins lucrativos ou organizações de serviços. Dez por cento de sua força de trabalho remunerada encontra-se nesse setor. Se o setor sem fins lucrativos fosse uma economia, seria a sétima maior economia do mundo. Há terceiros setores crescentes, porque muitos países têm uma população jovem. O setor de ONGs está crescendo mais rapidamente do que os outros dois”. RIFKIN, Jeremy. *Identidade e natureza do terceiro setor*. *IN: IOSCHPE, Evelyn Berg. 3º setor: desenvolvimento social sustentado*. 3. Ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), 2005, p. 20.

O Terceiro setor é de suma importância para qualquer sociedade que se preocupe com o desenvolvimento social através da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades sociais e regionais e da promoção do bem de todos e com a consolidação de valores democráticos, construindo uma sociedade livre, justa e solidária, buscando uma vida digna para todos.¹¹³

Tendo em vista a relevância social das entidades do terceiro setor, como também o fato de as entidades não terem finalidade lucrativa, tem prevalecido o entendimento da desnecessidade de realização de licitação para a escolha do particular que celebrará o convênio com a Administração Pública. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que as entidades que não têm finalidade lucrativa celebram parcerias com o Estado no intuito de viabilizar a consecução do interesse público.¹¹⁴

Não haveria, pois, viabilidade de competição entre as entidades particulares, visto que todas elas atuam desinteressadamente, visando apenas ao interesse da coletividade. Estaria caracterizada, portanto, hipótese de inexigibilidade de licitação.¹¹⁵

O presente trabalho, no entanto, sustenta a necessidade de análise crítica das relações jurídicas celebradas entre as entidades do terceiro setor e a Administração Pública. Não se pode presumir de maneira absoluta que, em virtude de algumas entidades privadas atuarem sem finalidade lucrativa, estaria afastada de maneira automática a exigência constitucional de realização de licitação.

Dessa forma, o Estado deve observar procedimentos administrativos hábeis à efetivação do princípio da isonomia, visto que é possível que várias entidades privadas integrantes do terceiro setor tenham interesse na celebração de convênios administrativos com o Estado.

¹¹³ PONTONI, Maria José Reis. *A formalização jurídica das OSCIPs*, p. 57.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 491.

¹¹⁵ “Enquanto os contratos abrangidos pela Lei n° 8.666 são necessariamente precedidos de licitação – com as ressalvas legais – no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de *know-how*. Não se cogita de remuneração que admita competição. Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2° da Lei n° 8.666; no *caput* é exigida licitação para as obras, serviços e compras, alienações, concessões, permissões e locações quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que neste não existe a ‘estipulação de obrigações recíprocas’ a que se refere o dispositivo.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*, p. 310.

A incidência do regime jurídico-administrativo quando da celebração de convênios entre a Administração e as entidades privadas torna-se ainda mais evidente em face das vultosas quantias repassadas pelo Estado, por meio de convênios.¹¹⁶

Assim, deve-se considerar que as entidades do terceiro setor buscam finalidades instituídas por seus próprios estatutos, com base na liberdade de iniciativa e na autonomia privada. Embora possam atuar em prol do interesse da coletividade, no plano mediato, imediatamente cada organização privada tem o dever de obedecer aos princípios e objetivos estabelecidos nos seus respectivos documentos constitutivos.

Ademais, após alguns anos de experiência no desenvolvimento do terceiro setor, a opinião pública observa a transferência de quantias vultosas para entidades não governamentais ligadas a partidos políticos¹¹⁷ e pessoas com grande influência junto às autoridades públicas¹¹⁸, ou mesmo para desviar dinheiro público em benefício de interesses exclusivamente privados.¹¹⁹

Como será demonstrado no decorrer do trabalho, concebe-se o terceiro setor como um dos instrumentos de efetivação das políticas públicas, mas não como o único

¹¹⁶ “Parlamentares incluem no Orçamento de 2010 R\$ 629 milhões, que serão destinados às organizações não governamentais. Valor é 40% maior do que o previsto para este ano”. PARLAMENTARES incluem R\$ 630 milhões a ONGs no orçamento de 2010. *Jornal Correio Brasiliense (on line)*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/182/2009/12/20/politica,i=162065/PARLAMENTARES+INCLUEM+R+630+MILHOES+A+ONGS+NO+ORCAMENTO+DE+2010.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2009.

¹¹⁷ “A ABCC foi agraciada também com recursos do Ministério do Turismo, liberados em 2007 e 2008, no valor de R\$ 80 mil, para a promoção de um evento de música erudita em Belo Horizonte. [...] Organizações não governamentais (ONGs) descobriram na parceria com políticos o caminho mais fácil para ter acesso a recursos públicos. Ao se beneficiar de repasses do governo federal por meio de emendas parlamentares apresentadas por deputados e senadores, essas instituições retribuem se dedicando às campanhas de quem lhes ajudou a encher os cofres.” ONGS com jeito de cabos eleitorais: Entidades beneficiadas com recursos de parlamentares retribuem a ‘benevolência’ com o uso da instituição para fazer propaganda e campanha para seus ‘financiadores’. *Jornal Estado de Minas*. Belo Horizonte, 5 de setembro, 2010, caderno de política, p. 06.

¹¹⁸ Ilustrativa a esse respeito reportagem publicada pelo jornal Estado de São Paulo: “Comandada por ex-dirigentes sindicais que passaram a ocupar cargos gerenciais a partir do início do governo do PT, a área de Comunicação Institucional da Petrobrás movimentou em torno de R\$ 1 bilhão por ano em projetos que, em sua maioria, dispensam processos de licitação”. PT controla repasses da Petrobrás para ONGs. *Estadão on line*. Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090531/not_imp379681,0.php. Acesso em: 20/06/2010.

¹¹⁹ “Enquanto algumas atitudes dos integrantes do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) fazem cair o conceito da organização perante a sociedade, sobe o valor repassado pelo governo federal para entidades privadas sem fins lucrativos que têm ou já tiveram seus dirigentes ligados ao movimento. O montante envolvido já chega a R\$ 160 milhões, distribuídos em convênios celebrados desde 2002 com órgãos públicos federais como o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra). Em todo o ano passado foram R\$ 13,8 milhões em repasses para essas entidades e, em 2009, até a última quarta-feira, quase R\$ 14,5 milhões já tinham sido repassados.” REPASSES do governo para entidades ligadas ao MST crescem em 2009. *Contas Abertas*. Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br/WebSite/Noticias/DetailNoticias.aspx?Id=2852>. Acesso em: 12 de out. de 2010.

e obrigatório meio de participação da população no processo de tomada de decisões político-administrativas.

Não se pode perder de vista que a celebração de convênios entre a Administração e as entidades do terceiro setor constitui atividade de fomento por parte do Estado. Nesse contexto, o Poder Público passou a repassar cada vez mais recursos às entidades sem finalidade lucrativa que desempenhem atividades coincidentes com as políticas públicas planejadas pela Administração.

Ocorre que a majoração dos valores repassados pelo Estado às entidades do terceiro setor acarretou o proporcional aumento de interesse da iniciativa privada no que tange à constituição de novas associações e fundações. Deve-se observar, assim, que existem inúmeras entidades que são criadas com o único intuito de celebrar convênios com a Administração Pública, o que evidencia a necessidade de realização de licitação como requisito de validade da escolha da entidade beneficiada.

Ademais, há convênios em que o particular se propõe a prestar serviços ao Estado, desde que o Poder Público arque com todos os custos necessários ao atendimento do objeto do convênio. Nessas situações, deve-se observar que há grande aproximação entre o instituto do convênio que tem por objeto a prestação de serviços e os contratos de prestação de serviços celebrados tradicionalmente pelo Poder Público.

Por fim, um tema que merece igual abordagem crítica diz respeito à possibilidade de celebração de convênios entre a Administração e entidades privadas que tenham finalidade lucrativa. Conforme será demonstrado, o que importa para o Estado não é a natureza não lucrativa das entidades privadas, mas sim a disposição do particular em celebrar um convênio sem qualquer pretensão de auferir lucro.

Como se vê, é imprescindível para a compreensão do instituto do convênio a análise crítica das relações entre o terceiro setor e o Estado, tendo em vista ainda os ajustes criados por lei específica para regular as relações jurídicas de interesse das organizações sociais e OSCIPs.

Assim, independentemente do título jurídico que recebem as entidades sem finalidade lucrativa (OSCIPs, OSs, entidades de utilidade pública etc.) todas elas constituem, na verdade, organizações não governamentais (ONGs) que buscam

parcerias com o Poder Público, normalmente por meio de subvenções estatais. Trata-se justamente do terceiro setor.

No mesmo sentido, independentemente do título jurídico que receberem os acordos celebrados entre tais entidades e o Estado (contratos de gestão, termos de parcerias etc.), trata-se essencialmente de um convênio administrativo.

3.2. Terceiro setor: terminologia

A organização da sociedade para a criação de novos modelos de instituições, independentes do Estado (primeiro setor) e do mercado (segundo setor), decorreu da percepção de alguns segmentos populares de que havia expectativas não atendidas pelos modelos institucionais até então existentes.

Assim, a percepção de que o Estado não consegue atender a todas as necessidades sociais impulsionou uma parcela da sociedade civil a desenvolver atividades voltadas à satisfação do interesse público, sem a exigência de qualquer contrapartida financeira.

Importante observar que essa parcela da sociedade civil organizada não perdeu o seu caráter privado, de modo que sua atuação continuou amparada pelos princípios da livre iniciativa e da autonomia privada, apesar de visarem à consecussão de objetivos de interesse geral.

No Brasil o movimento da reforma administrativa gerencial, implementado em meados da década de noventa, fomentou e fortaleceu essas entidades, de modo que se passou a sustentar a “ideia de *redescoberta da sociedade civil*, rebatizando-a, dentro de uma nova classificação dos setores do Estado, de *setor público não estatal*”.¹²⁰

Bresser Pereira definiu o setor público não-estatal como um conjunto de “organizações ou formas de controle públicas porque voltadas ao interesse geral; são

¹²⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. Belo Horizonte; Fórum, 2008, p. 96.

‘não-estatais’ porque não fazem parte do aparato do Estado, seja por não utilizarem servidores públicos, seja por não coincidirem com os agentes políticos tradicionais”.¹²¹

Dessa forma, a noção de terceiro setor pressupõe sua autonomia em relação ao Estado e ao mercado, consistindo em manifestação desinteressada da sociedade civil.¹²²

No que tange às tarefas desenvolvidas, passou-se a atribuir duas dimensões às entidades da sociedade civil: “seu papel no setor produtivo e sua possibilidade de controle social, voltado para a conformação da vontade política e para a reivindicação de suas funções de crítica e controle do Estado”.¹²³

O termo terceiro setor só passou a ser efetivamente utilizado no Brasil em meados da década de noventa.¹²⁴ Trata-se de uma expressão traduzida do inglês (*third*

¹²¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nunia Cunill (Org.). *O público não estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 16.

¹²² “Além da ausência de definição legal para o *terceiro setor*, os estudiosos deste fenômeno social também apontam uma certa fluidez ou, mesmo, *provisoriedade* na construção de seu significado. Não se trata apenas de uma novidade, mas de uma *experimentação* social que agrega uma pluralidade de instituições dotadas das mais variadas estruturas e objetivos. Sob o aspecto do terceiro setor são incluídas, frequentemente associações beneficentes e de assistência social, museus, centros de estudo e pesquisa etc. Trata-se seguramente de universo social dos mais ricos e dinâmicos. Historicamente, a expressão *terceiro setor* foi utilizada por pesquisadores norte-americanos na década de 70 e a partir da década de 80 pelos europeus. Desde os primórdios, o aludido termo prestou-se à conjugação das noções de *flexibilidade* e *eficiência* do mercado com as de *equidade* e *previsibilidade* do Poder Público. O *terceiro setor*, originário da expansão associativa, recebeu tal denominação devido à suas diferenças com o Estado (primeiro setor) e o mercado (segundo setor). [...] Na mesma toada, vale observar que as organizações integrantes do terceiro setor destacam-se do Estado, pois sua criação e funcionamento decorrem do princípio da autonomia da vontade, próprios da iniciativa privada. Por outro lado, não se confundem com o mercado na medida em que este busca fundamentalmente o lucro, enquanto aquelas visam satisfazer às necessidades de grupos sociais ou da coletividade, desprovidas, frise-se, de espírito lucrativo.” REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: Regime Jurídico das OSCIPs*. 1. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 47-48.

¹²³ DIAS, *op. cit.* p. 96. Completa a autora: “No enfoque dado pela Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas, a sociedade civil atua no espaço público como arena e agente do discurso em que se realiza a interação intersubjetiva para a tomada de decisões coletivas e legitimadoras da ação estatal. Ela deve participar do Estado como espaço de formação da opinião e da vontade coletiva, *mas não como espaço administrativo institucional*. Nesse sentido, a ideia de sociedade civil é mais ampla e engloba o que será descrito neste trabalho como *terceiro setor*. Como o terceiro setor é um subconjunto da sociedade civil, haverá certamente um problema conceitual grave na compreensão das próprias tarefas que podem ser atribuídas às suas entidades componentes. Assim, nem sempre será possível distinguir as entidades da sociedade civil que estão juridicamente sob a égide do poder administrativo daquelas que ainda têm poder de influenciar a esfera pública. O direito tem de lidar com duas ordens de problemas: conter/controlar as que se encontram na periferia interna do sistema administrativo e dar passagem/ressonância às demandas sociais no sistema político.” DIAS, *op. cit.* p. 97.

¹²⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela Lei n. 11.127 de 2005 e o Terceiro setor*, p. 39. No entanto, como bem destacou Tarso Cabral Violin, o surgimento da expressão “Terceiro setor” não se aproxima do período em que as atividades desse setor começaram a ser desenvolvidas no Brasil: “É impreciso o momento do aparecimento da sociedade civil. Também é questionável quando surgiram as organizações representativas da sociedade civil. Apenas nos séculos XV a XIX foram formadas as instituições de beneficência, caridade e filantropia, quando no Brasil surgiram as Santas Casas de Misericórdia e a Cruz Vermelha. [...] Os novos movimentos sociais e suas organizações não governamentais vinculadas apareceram nas décadas de 60 e 70 do século XX, sendo que no Brasil estas organizações surgiram apenas com a redemocratização paulatina nas décadas de 70 e 80. Nesta época os movimentos sociais e as ONGs

sector), de uso corrente nos Estados Unidos, cuja difusão ocorreu a partir da década de setenta.¹²⁵

Percebe-se que a expressão possui conteúdo residual, visto que se refere aos entes privados que se situam entre o setor estatal (primeiro setor) e o mercado (segundo setor).¹²⁶

Guarda, no entanto, uma coesa e simbiótica relação com ambos os setores, na medida em que a identidade do terceiro setor deriva da conjugação entre a atuação flexível do segundo e as finalidades públicas do primeiro setor.¹²⁷ Dessa forma, o terceiro setor é composto por entidades que não possuem finalidade lucrativa e que prestam serviços em áreas de reconhecido interesse público.¹²⁸

tinham estratégia de enfrentamento/negação ou de demanda/pressão contra o (ou dirigida) ao Estado, com financiamento externo menos condicionado. Com o fim da ditadura e a crescente retirada da ajuda de agências internacionais, muitos dos movimentos entram em crise. Mas apenas no final da década de 70 e início da década de 80, surgiu o termo “terceiro setor” e conseqüentemente as entidades que o compõem, que tomou força com o discurso de que o Estado Social não tinha mais condições de executar diretamente determinados serviços à população. No Brasil, a utilização do “terceiro setor” como prestador de serviços antes executados diretamente pelo Estado ocorreu apenas na década de 90, com os Governos de Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso, principalmente a partir da edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado em 1995.” VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p. 120-121.

¹²⁵ FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor? In: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). *Terceiro setor: desenvolvimento social sustentado*. 2. ed. São Paulo: GIFE/Paz e Terra, 2000, p. 25. “[...] os países francófonos utilizam, indiscriminadamente, as designações de *tiers secteur* e de *économie sociale* enquanto que os países de tradição anglo-saxônica preferem as designações de *third sector* ou de *nonprofit sector*, ao invés da expressão *social economy*. Já os países latino-americanos preferem a designação de *organizações da sociedade civil*.” QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*, p. 19.

¹²⁶ “O mercado é o lugar em que atuam os agentes da atividade econômica, e em que se encontram a oferta e a demanda de bens e em que, conseqüentemente, se determina o preço e as quantidades. [...] No mercado situam-se os agentes que oferecem – as empresas – e os que demandam – os consumidores – os bens produzidos, situam-se os que entram com o seu trabalho para que haja produção e circulação de bens.” FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei da proteção da concorrência*, p. 02-03.

¹²⁷ “De um lado ficava o Estado, a Administração Pública, a sociedade; de outro, o Mercado, a iniciativa particular e os indivíduos. Decerto, por força desse dualismo ao lado dos dois setores clássicos surgiu e começa a se firmar outro, cada vez mais conhecido como Terceiro setor. A ideia é que nele se situem organizações privadas com adjetivos públicos, ocupando pelo menos em tese uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do Mercado, muitas vezes inaceitáveis”. PAES, José Eduardo Sabo. *Terceiro setor: Conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública*, p. 275.

¹²⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 15. No mesmo sentido: “O terceiro setor seria o conjunto de organizações da sociedade civil de direito privado e sem fins lucrativos que realiza atividades em prol do bem comum. Em outras palavras, o Terceiro setor é a sociedade civil organizada que mobiliza recursos privados para fins públicos. São definidas como **entidades públicas não estatais**, pois exercem atividades de interesse público, mas não fazem parte da Administração Pública” RIBEIRO, Rochelle Pastana. *O terceiro setor no contexto da Democracia e da reforma Administrativa do aparelho do Estado*, p. 292. Segundo José Eduardo Paes Sabo: “Em termos do direito brasileiro, configuram-se como organizações do Terceiro setor, ou ONGs – Organizações não Governamentais, as entidades de interesse social sem fins lucrativos, como as associações, as sociedades e as fundações de direito privado, com autonomia e administração própria, cujo objetivo é o atendimento de alguma necessidade social ou a defesa de direitos difusos ou emergentes. Tais organizações e agrupamentos sociais cobrem um amplo espectro de atividades, campos de trabalho ou atuação, seja na defesa dos direitos humanos, na proteção do meio ambiente, assistência à saúde, apoio a populações carentes, educação,

Faz-se necessário observar que a Constituição 1988 utiliza vários termos ao se referir às *entidades do terceiro setor*, como “instituições sem fins lucrativos” (art. 150, VI, “c”), “entidades beneficentes de assistência social” (art. 195, § 7º), “entidades filantrópicas” (art. 199, § 1º), “entidades sem fins lucrativos” (art. 199, § 1º), “entidades beneficentes” (art. 204, I), “instituições de assistência social” (art. 150, VI, “c”), “entidades não governamentais” (art. 227, § 1º). A expressão terceiro setor, no entanto, não é utilizada em qualquer dos dispositivos do texto constitucional.¹²⁹

Lembra Rubem César Fernandes que a expressão foi inicialmente usada paralelamente a outros termos como “organizações sem fins lucrativos” (*non profit organizations*) ou “organizações voluntárias”, cujas características peculiares consistem em sua natureza privada e na finalidade não lucrativa.¹³⁰

É comum ser apontado pela doutrina que o caráter filantrópico é uma característica das entidades do terceiro setor, especialmente nos primeiros estudos acerca do tema. Também é bastante usual remeter o termo “terceiro setor” a outras expressões, tais como caridade (*charities*) e mecenato, esta última bastante utilizada no período da Renascença, em que os ditos mecenas contribuíram generosamente com as artes e as ciências.¹³¹

Ocorre que a atuação dessas instituições extrapola o âmbito da *filantropia*, visto que não se restringem a “ações de caridade”. Nesse sentido, podem ser mencionadas entidades que têm como objeto social realizar pesquisas científicas para o desenvolvimento de tecnologia não poluente, o que não se relaciona diretamente com o sentido vernacular da palavra *filantropia*.¹³² Dessa forma, o presente trabalho

cidadania, direitos da mulher, direitos indígenas, direitos do consumidor, direitos da criança etc.” PAES, José Eduardo Sabo. *Terceiro setor: Conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública*, p. 276.

¹²⁹ VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p. 128-129.

¹³⁰ FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor? p. 25.

¹³¹ FERNANDES, Rubem César. *op. cit.* p. 25-26. No mesmo sentido: “Note-se que há várias outras designações para este ‘setor’, como ‘setor não lucrativo’ (*non profit sector*), ‘setor de utilidade pública’, ‘economia social’ (utilizado na França, onde, em vez de *troisième secteur*, os franceses chama de *troisième système*), ‘setor público não estatal’, ‘setor voluntário’ (*voluntary sector*; nos países anglo-saxões), ‘setor independente’ (*independente sector*), ‘organizações não lucrativas’ (também nos países anglo-saxões), organizações não governamentais (nos países periféricos e semi periféricos), sociedade civil organizada, organizações voluntárias, etc.” VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p. 128-129.

¹³² “**Filantropia**. [Do gr. *Philanthropía*, pelo fr. *Philanthropie*]. S. f. 1. Amor à humanidade; humanitarismo. [Ántôn.: *misanthropia* (1), *antropofobia*.] 2. Caridade (1).” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo*

refere-se às entidades do terceiro setor como instituições que atuam “de forma desinteressada”, o que confere maior amplitude do que a utilização do termo *filantropia*.

No período moderno e contemporâneo surgiu a expressão “organizações não governamentais”, cuja origem remonta ao sistema de representações dos países perante as Nações Unidas.¹³³ Determinadas organizações internacionais, como por exemplo, o Conselho Mundial de Igrejas e a Organização Internacional do Trabalho, mesmo não representando governos, eram significativas o suficiente para justificar sua presença formal na Organização das Nações Unidas.¹³⁴

A própria ONU, ao longo das décadas de sessenta e setenta, ao tentar auxiliar programas de cooperação internacional, incentivou a criação e o desenvolvimento de organizações não governamentais. Durante essas décadas, especialmente na Europa Ocidental, cresceu o número de organizações não governamentais incumbidas do desenvolvimento de projetos sociais no chamado

Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa, p. 902. A questão é que, enquanto a filantropia se destina ao desenvolvimento de ações somente a destinatários identificados, a atuação desinteressada pode ser mais ampla. Logo, a atuação do terceiro setor será sempre desinteressada, mas não necessariamente filantrópica.

¹³³ “Ressaltamos que o termo ‘ONG’ (*non-governmental organizations* – NGO) teve seu reconhecimento internacional na Carta das Nações Unidas, elaborada na cidade de São Francisco/EUA, em 26 de junho de 1945, art. 71: O Conselho Econômico e Social poderá entrar em entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais que se ocupem de assuntos no âmbito da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso.” VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p. 119.

¹³⁴ FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor? p. 25-26. No mesmo sentido: “Entre os componentes da sociedade civil nas Nações Unidas, se incluem as organizações populares, as organizações sindicais, as organizações profissionais, o mundo acadêmico, as organizações não governamentais, os movimentos sociais e as redes de ativistas. Muitas organizações participam das atividades das Nações Unidas sendo sua função cada vez mais ativa, ao invés de desempenharem uma função meramente observadora, tais como o uso da palavra em sessões extraordinárias e nas comissões da assembleia Geral, além da participação em grupos de trabalho e grupos de discussão. [...] As organizações não governamentais podem requerer, junto ao ECOSOC, o reconhecimento de entidades consultivas. Há três modalidades: 1. Status consultivo geral (General Status): este status é auferido a ONGs que atuam em diversas áreas do ECOSOC, além de atuarem em amplas regiões geográficas. 2. Status consultivo especial (Special Status): destinado a ONGs que apenas desempenham atividades em uma área específica. Geralmente são menores e recentes. 3. Roster: entidades que poderão ser consultadas pelo ECOSOC, segundo sua necessidade. Com o aumento de relevância das conferências das Nações Unidas, o crescente interesse pela formação de organizações civis e a temática da “governança global”, além das reformas realizadas que flexibilizaram o requerimento de status consultivo junto à ONU, observou-se um número crescente de requerimentos. A resolução ECOSOC 1996/31 é aplicada para a realização deste procedimento. A própria ONU informa que nas décadas de 70 e 80 se apresentavam ao Conselho Econômico e Social cerca de 20 e 30 novas solicitações. Entre 1998-1999 a cifra passou a ser de 200 e no biênio 2000-2001, 400 solicitações para reconhecimento de entidades. Esse aumento ocorre devido às vantagens práticas obtidas com o status consultivo e, principalmente, pelo fato de às associações ser possibilitada a participação em reuniões e formulação de políticas públicas, além da atuação junto a governos e funcionários do Secretariado. As associações podem inclusive se filiar ao Departamento de Informação Pública (DPI).” KÄSSMAYER, Karin. *Organizações não governamentais: os novos atores no âmbito das Nações Unidas*, p. 19-21.

terceiro mundo.¹³⁵ A busca de parceiros para a viabilização desses projetos acabou por fomentar o surgimento de ONGs em outros continentes.¹³⁶

Para que uma organização possa ser enquadrada no Terceiro setor, é imperativo que ela não esteja vinculada à Administração Pública Direta nem Indireta. Por isso é que as organizações do terceiro setor são denominadas de organizações não governamentais (ONGs).¹³⁷

O termo ONG é atualmente utilizado para fazer referência a pessoas jurídicas sem fins lucrativos, constituídas pela iniciativa privada, por meio de associações ou fundações.¹³⁸ Ao longo da década de oitenta, período em que se difundiu o termo, a grande maioria das ONGs vinculou-se aos muitos tipos de movimentos sociais iniciados na década de setenta.¹³⁹

¹³⁵ FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor? p. 25-26. Segundo Ruth Cardoso: “É possível que o conceito de Terceiro setor deva seguir o mesmo percurso histórico que foi trilhado pela noção de Terceiro Mundo. Pode ser que sua diferenciação interna se acentue de tal forma que, no futuro, essa designação já não sirva como conceito unificador e identificador. Hoje estamos ainda na etapa de afirmação de uma novidade, o que implica enfatizar sua autonomia e relevância. No Brasil, como de resto em toda América Latina, o Terceiro setor existe, está em processo de fortalecimento e tem um papel insubstituível na mobilização de recursos humanos e materiais para o enfrentamento de desafios como o combate à pobreza, à desigualdade e à exclusão social.” CARDOSO, Ruth. *Fortalecimento da sociedade civil*, p. 08-09.

¹³⁶ FERNANDES, Rubem César. *op. cit.* p. 25-26.

¹³⁷ “ONGS ou organizações não governamentais, como o próprio termo já indica é a denominação dada a qualquer grupamento social (reunião de pessoas, ou destinação de bens vinculados a fins sociais pré-determinados) que não seja governamental. As ONGS devidamente registradas e organizadas podem ser Associações ou Fundações (Pessoas jurídicas de direito privado sem fins econômicos), estando elas, de qualquer forma, incluídas no gênero Terceiro setor.” RESENDE, Tomás de Aquino. *Roteiro do Terceiro setor*, p. 20.

¹³⁸ “As organizações não governamentais surgiram com a exata função e a meta de assessorar os movimentos sociais. Elas não representam um tipo de pessoa jurídica, sendo apenas um “nome fantasia” e, quando existirem como pessoas jurídicas no Brasil, serão associações ou fundações. Uma organização é considerada como ONGs, ao contrário das demais entidades sem fins lucrativos quando forem mais politizadas, mais atuantes na defesa e construção de direitos, ou quando lutarem pela melhor qualidade de vida da população, sendo excluídas deste conceito as entidades sem fins lucrativos de benefício mútuo.” VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. p. 118. De acordo com Valéria Maria Trezza: “No contexto brasileiro, ONG é um termo que evoca o mundo da política, da militância, da cidadania, da modernidade, e que historicamente é carregado com um sentido de “antigoverno”, ou oposição, e que tem um papel de destaque na criação de uma esfera pública e na consolidação democrática. Elas congregam ativistas em torno de questões como gênero, raça, meio ambiente, exclusão etc.” TREZZA, Valéria Maria. *O papel das organizações da sociedade civil na democracia*, p. 19. “O termo não existe juridicamente e seu conceito vem sendo construído pela sociedade para designar um conjunto de entidades com características próprias, “reconhecidas por seus agentes, pelo senso comum ou pela opinião pública”. Tomando como ponto de partida a própria denominação, pode-se deduzir que não se constituem em mero agrupamento de pessoas, mas em uma estrutura formalmente constituída e de natureza não estatal. Essas organizações são constituídas com determinados objetivos que têm sempre como ponto central o interesse público e, ao ingressarem no mundo jurídico, adotam o formato de associações ou fundações, por não possuírem fins lucrativos.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.331/2008. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional; Processo nº 027.206/2006-3. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 11 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em 28 de agosto 2010.

¹³⁹ SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da; SILVA, Ana Maria Viegas da. *Terceiro setor: gestão das entidades sociais (ONG – Oscip – Os)*, p. 21. No mesmo sentido: “Na década de setenta do séc. XX, com a repressão a qualquer forma de contestação política e às organizações sindicais, levada a efeito pelo domínio dos

Observa Gustavo Justino de Oliveira que foi especialmente na década de noventa, notadamente a partir da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente, Rio-92, que a sigla ganhou repercussão no âmbito nacional.¹⁴⁰ Segundo o autor, as ONGs consistem na “expressão máxima do exercício de uma liberdade pública fundamental: a liberdade de associação, prevista no art. 5º, inciso XVII, da Constituição de 1988”.¹⁴¹

Dessa forma, pode-se entender que os entes que compõem o terceiro setor são ONGs, podendo-se inclusive, tratar o terceiro setor como sinônimo do conjunto de organizações não governamentais.¹⁴²

militares, ávida associativa teve seu foco voltado para a comunidade e os interesses locais.” OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito do Terceiro setor*, p. 18. Vale ressaltar: “Segundo Montañó, o termo “terceiro setor” é uma conceituação que antes *confunde* do que esclarece, pois mescla diversos sujeitos com aparentes igualdades nas atividades, porém com interesses, espaços e significados sociais diversos, contrários e até *contraditórios*, pois integrariam o setor as ONGs, organizações sem fins lucrativos – OSFL, as organizações da sociedade civil, os clubes, as instituições filantrópicas, as associações de moradores ou comunitárias, as associações profissionais ou categorias, os clubes, as instituições culturais, as instituições religiosas, parecendo o conceito reunir tanto o *Green Peace* (de defesa radical do meio ambiente), com o Movimento Viva Rio; as Mães da Praça de Maio (de luta política pelo esclarecimento e justiça sobre os detidos/desaparecidos na ditadura argentina); a FIESP; o MST (de luta político-econômica pela reforma agrária); a Fundação Roberto Marinho; as creches comunitárias (conquistas dos moradores); a caridade individual; o movimento pelas “Diretas Já”; as atividades “sociais” de um candidato a vereador.” VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p. 128-129.

¹⁴⁰ “Nesse período surge um tipo de organização, caracterizado por entidades focadas em questões de interesse público, capazes de formular projetos, monitorar sua execução e prestar contas de suas finanças – as Organizações Não Governamentais. As ONGs dos anos 90, diferente do que ocorria com os movimentos sociais setentistas e oitentistas, recebem suporte financeiro – especialmente originário da cooperação internacional.” OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito do Terceiro setor*, p. 18-19. Maria Tereza Fonseca Dias observa que “os trabalhos acadêmicos produzidos no Brasil com base na terminologia *terceiro setor* são datados: começaram a ser produzidos a partir do da segunda metade da década de noventa do século passado, sob a ótica, sobretudo, das Ciências Sociais, da Antropologia e da Ciência Política. O termo *terceiro setor* somente começou a ser utilizado pelos juristas brasileiros após o advento do Plano Diretor da Reforma do Estado e dos estudos desenvolvidos, também no âmbito do Governo Federal, a partir de 1996, pelo Conselho da Comunidade Solidária, coordenando, entre outros atores, pela antropóloga e ex-primeira dama, Ruth Cardoso.” DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*, p. 98.

¹⁴¹ “Por seu turno, associações e fundações privadas formam em seu conjunto o denominado Terceiro setor, responsável pela realização de atividades de interesse público, cujos resultados são indispensáveis para a promoção do desenvolvimento dos cidadãos, da sociedade brasileira e do próprio país.” OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Estatuto jurídico do Terceiro setor e desenvolvimento: conectividade essencial ao fortalecimento da cidadania, à luz dos 20 anos da Constituição de 1988*, p. 10.

¹⁴² Maria da Glória Gohn sustenta que as ONGs estão mudando de nome para simplesmente terceiro setor, cf: GOHN, Maria da Glória. *Educação não formal e cultura política: impactos sobre o associativismo do terceiro setor*, p. 7. No mesmo sentido: “Vale registrar que a expressão ONG não representa, no direito brasileiro, uma forma de organização jurídica específica de entidades privadas. Por isso não é disciplinada em nenhum texto legislativo ou ato normativo. Sem prejuízo disso, alguns textos legislativos a ela fazem referência, como é o caso do art. 26 da Lei federal nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993 – Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS): “o incentivo a projetos de enfrentamento da pobreza assentar-se-á em mecanismos de articulação e de participação de diferentes áreas governamentais e em sistema de cooperação entre organismos governamentais, não governamentais e da sociedade civil”. OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito do Terceiro setor*, p. 19.

Apesar de as atividades do terceiro setor serem bastante relevantes, tanto sob o aspecto social quanto financeiro, sua definição e abrangência ainda não se mostram pacíficas no âmbito doutrinário.

3.3. Terceiro setor: definição e abrangência

Ao longo das últimas décadas surgiram, em vários países, organizações autônomas da sociedade civil, criadas voluntariamente por particulares, mantidas sem o auxílio do Estado e que não possuíam finalidade lucrativa.

Consistiam, portanto, em um setor da sociedade que não pertencia ao Estado (chamado de primeiro setor) nem ao mercado (segundo setor). Essa nova forma de organização e de atuação da sociedade civil passou a ser denominada terceiro setor.

O desenvolvimento organizado do terceiro setor no Brasil iniciou-se na década de setenta, embora ainda sem essa denominação, período em que se observou uma significativa expansão das associações civis, dos sindicatos, dos grupos ambientalistas, dos movimentos em defesa das minorias etc.¹⁴³

As concepções acerca do terceiro setor variaram conforme o passar dos anos. No início da década de noventa, por exemplo, as definições apresentavam termos mais sociológicos e principiológicos do que jurídicos, em virtude da inexistência de legislação específica.¹⁴⁴

Os juristas apenas começaram a tratar do assunto de forma sistematizada a partir do Plano Diretor da Reforma do Estado, desenvolvido em 1995 pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE). Nesse período a

¹⁴³ ZEN, Marcela Roza Leonardo. *Licitação e Terceiro setor: reflexos sobre o concursos de projetos da lei das OSCIPS*, p. 78.

¹⁴⁴ “[...] pode-se dizer que o Terceiro setor é composto de organizações sem fins lucrativos, criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil.” FERNANDES, Rubem César. *O que é o terceiro setor?* p. 27.

Administração Pública, especialmente no âmbito federal, incentivou a criação e o desenvolvimento dos entes do terceiro setor.¹⁴⁵

Destaca-se que embora o Plano Diretor não tenha sido formalizado como espécie de ato normativo, ele integrou a exposição de motivos encaminhada ao Congresso Nacional juntamente com a proposta de Emenda Constitucional que se tornou, três anos depois, a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.¹⁴⁶

Ademais, o Plano Diretor deflagrou a edição de legislação específica acerca do terceiro setor, com destaque para a Lei Federal nº. 9.637, de 15 de maio de 1998, que disciplina as organizações sociais (OS), e a Lei nº. 9.790, de 22 de março de 1999, que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), regulamentada pelo Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.

Há quem sustente, hoje em dia, que devido às especificidades da matéria o terceiro setor caracteriza-se como um ramo autônomo do Direito.¹⁴⁷ Para o presente

¹⁴⁵ “A partir de 1995, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado criou o setor de serviços não exclusivos do Estado, transferindo para o setor público não estatal a execução dos serviços sociais que anteriormente eram prestados pelo Estado. Desta forma, desenvolveu-se em todo o país o espaço denominado Terceiro setor, ocupado por organizações sem fins lucrativos, responsável pela execução dos serviços públicos sociais.” ZEN, Marcela Roza Leonardo. *Licitação e Terceiro setor: reflexos sobre o concursos de projetos da lei das OSCIPs*, p.78. No mesmo sentido: “É possível afirmar que o recente interesse pelo *Terceiro setor* é uma das decorrências das políticas reformistas de Estado, ocorridas nas últimas décadas do século XX, as quais provocaram, em muitos casos, o desmantelamento das estruturas públicas voltadas à prestação de serviços sociais à comunidade. Foi nesse período que surgiu a expressão *espaço público não estatal*, cuja evolução foi propagada – e de certo modo incentivada – pelo Governo do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso (1995-1998 e 1999-2002).” OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Direito do Terceiro setor*, p. 17.

¹⁴⁶ A E. C. 19/98 efetivou profundas alterações no *Direito administrativo brasileiro*, principalmente quanto à busca de resultados pelo Estado. Nesse sentido, podem ser mencionadas a avaliação de desempenho de servidor público como condição de aquisição de estabilidade, a celebração de contratos de gestão como forma de aumentar a eficiência e a possibilidade de perda do cargo por servidores estáveis em virtude de excesso de gastos com pessoal.

¹⁴⁷ “[...] parece evidente que somente um ramo jurídico especial e autônomo cumpriria o adequado estudo, entre outros aspectos: (a) do conceito de Terceiro setor; (b) das formas de constituição, organização e funcionamento das entidades privadas que dele fazem parte; (c) das diferentes finalidades sociais dessas entidades; (d) das possíveis certificações estatais que podem ser conferidas a essas entidades, assim como os efeitos decorrentes dessas certificações; (e) das atividades de relevância pública por tais entidades desenvolvidas; (f) das formas de atuação isolada ou colaborativas (em parceria) dessas entidades; (g) das relações de trabalhos travadas entre tais entidades e as pessoas físicas, com especial destaque ao voluntariado; (h) da tributação dessas entidades; (i) das formas e dos instrumentos de fiscalização e de controle dessas entidades. Os aspectos acima listados, em seu conjunto, o *objeto do Direito do Terceiro setor*. Assim sendo, como um novo ramo jurídico, ainda em evolução, entendemos o Direito do Terceiro setor como o *ramo do Direito que estuda o Terceiro setor, disciplinando, em especial, a organização e o funcionamento das entidades privadas sem fins lucrativos, as atividades de interesse público por elas levadas a efeito e as relações por elas desenvolvidas entre si, com órgãos e entidades integrantes do aparato estatal (Estado), com entidades privadas que exercem atividades econômicas eminentemente lucrativas (mercado) e com pessoas físicas que para elas prestam serviços remunerados ou não remunerados (voluntariado)*. Obviamente, a autonomia deste ramo jurídico será conquistada na medida em que seja possível aos juristas evidenciarem os princípios gerais que lhe são próprios, pois o objeto do Direito do Terceiro setor, em nosso ponto de vista, encontra-se suficientemente delineado.” OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito do Terceiro setor*, p. 33-35.

trabalho, no entanto, não se justifica a criação de um ramo específico da ciência jurídica para o estudo do terceiro setor, visto que são entidades de direito privado regidas normalmente pelo Direito Civil. Ao se vincularem à Administração Pública por meio de convênios ou instrumentos congêneres, a relação jurídica será regida pelo Direito Administrativo.

As definições em geral acerca do terceiro setor referem-se a um conjunto de pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa, criadas por particulares para atender a interesses sociais relevantes.¹⁴⁸

Nesse mesmo sentido as lições de Gustavo Justino de Oliveira, ao tratar da abrangência do terceiro setor:

o conjunto de atividades voluntárias desenvolvidas por organizações privadas não governamentais e sem ânimo de lucro (associações e fundações), realizadas em prol da sociedade, independentemente dos demais setores (Estado e mercado), embora com eles possa firmar parcerias e deles possa receber investimentos (públicos e privados).¹⁴⁹

Incluem-se, assim, no terceiro setor, as associações protetoras de crianças portadoras de síndrome de down, as organizações voltadas à defesa da mata atlântica, da floresta amazônica, do desenvolvimento sustentável, dos desabrigados, dos órfãos soro-positivos etc.¹⁵⁰

¹⁴⁸ “Conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”. QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*, p. 19.

No mesmo sentido, Maria das Graças Bigal Barboza da Silva e Ana Maria Viegas da Silva entendem que “O terceiro setor é constituído por entidades de interesse social, com finalidade econômica, podendo prospectar superávit, sem, no entanto, objetivar lucros. SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da; SILVA, Ana Maria Viegas da. *Terceiro setor: gestão das entidades sociais (ONG – Oscip – Os)*, p. 21. Sílvia Luís Ferreira da Rocha entende que: “O nome *Terceiro setor* indica os entes que estão situados entre os setores estatais e empresarial. Os entes que o integram são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro, e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público.” ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 15. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, entende que o terceiro setor é: “[...] aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos a não lucrativos; esse terceiro setor coexiste com o **primeiro setor**, que é o Estado, e o **segundo setor**, que é o mercado.” DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 490. Na Europa, o chamado terceiro setor ou setor social engloba, segundo Glauco Martins Guerra: “todas as entidades de regime privado que, exercendo algum tipo de atividade de interesse público, emergiram da iniciativa da sociedade civil, de natureza social e assistencial sem fins lucrativos. GUERRA, Glauco Martins. *Apontamentos sobre o Terceiro setor no Brasil: breve análise jurídica*, p. 27.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada*, p. 86.

¹⁵⁰ “O IV Encontro Ibero-Americano do ‘terceiro setor’ definiu como organizações do ‘terceiro setor’ aquelas que são privadas, não governamentais, sem fins lucrativos, autogovernadas, de associação voluntária.” VIOLIN,

Cumpra observar, no entanto, que a utilização de termos vagos (elásticos) para conceituar o terceiro setor permite que as definições semelhantes dos diversos autores sejam interpretadas por cada um deles de forma bastante distinta ao delimitar a sua abrangência. É que a concretização de expressões como “atividades voluntárias de interesse da sociedade”, ou mesmo “entidades privadas sem vinculação com o Estado” permite abordagem diversa pelos autores especialistas no tema.

Nesse sentido existe divergência na doutrina sobre a inclusão de clubes privados de recreação e lazer, constituídos sob a forma de associação e sustentados por contribuição voluntária de seus associados.¹⁵¹ O mesmo se questiona acerca de clubes de colecionadores, que não possuem como objetivo maior a busca de benefício de terceiros não associados.

Da mesma forma não é pacífico o entendimento acerca das entidades paraestatais, como os serviços sociais autônomos. É que, apesar de possuírem natureza jurídica de direito privado, tais entidades mantêm forte vinculação com o Estado por meio do recebimento de contribuições de natureza tributária.

Como se vê, embora pelas definições não seja possível apreender o posicionamento distinto quanto à abrangência do terceiro setor, existe ainda muito para se discutir e aprofundar, razão pela qual o tema voltará a ser abordado nos próximos itens do presente capítulo.

3.4. Características do Terceiro setor

São apontadas como características comuns às entidades componentes do terceiro setor: personalidade jurídica de direito privado, com vinculações e deveres jurídicos de direito público e finalidade não lucrativa.¹⁵²

Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum. 2006, p. 132. O autor utiliza o termo terceiro setor entre aspas, pois critica o ideário neoliberalismo contido no terceiro setor. Segundo ele, a melhor expressão para designar a sociedade civil e suas organizações, é “sociedade civil organizada”. VIOLIN, *op. cit.* p. 131.

¹⁵¹ Vide item: 4.3.1. Análise crítica do aludido interesse público não estatal.

¹⁵² DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*, p. 179-181.

Afirma a doutrina majoritária que as principais características de uma organização componente do terceiro setor são: o seu caráter privado, ou seja, deve ser constituída por particulares sem integrarem a estrutura estatal (primeiro setor), sua finalidade não pode ser lucrativa, para que não se confunda com organizações empresariais atuantes no mercado (segundo setor), visam ao desenvolvimento de uma atividade de interesse público e podem celebrar algum vínculo jurídico com o Estado, dentro de sua atividade de fomento.¹⁵³

No Brasil, uma das pesquisas mais relevantes sobre o tema foi desenvolvida em 2002 pelo IBGE em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), com a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG) e com o Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), a partir do Cadastro

¹⁵³ “[...] são entidades privadas instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; se receberem ajuda ou incentivo do Estado sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é predominantemente de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 253. Em sentido semelhante afirma Simone Coelho que as organizações do terceiro setor compõe-se de: “[...] organizações privadas, sem fins lucrativos, e que visam à produção de um bem coletivo.” COELHO, Simone de Castro Tavares. *Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos*. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2002, p. 58. Vale também anotar uma definição mais ampla das características das entidades que compõem o terceiro setor: “[...] considera-se a possibilidade de existirem subtipos de terceiro setor: o mais puro, independente, que sobrevive apenas dos esforços das próprias organizações, sem a influência do mercado ou do Estado, cuja raridade já é uma característica presente neste subtipo; outro que depende do Estado para a consecução de suas finalidades, firmando contratos de gestão ou subvenções públicas; aquele dependente do mercado para a realização de seus objetivos, com o recebimento de aportes financeiros, tais como as fundações e associações criadas por empresas, na esteira do mito da responsabilidade empresarial; e outro que depende de todos os demais setores para sobreviver, apresentando, portanto, traços característicos de todos, cujo subtipo pode detonar cientificamente a setorização tripartite. Do primeiro subtipo puro verifica-se a possibilidade de existência, no entanto, de rara verificação. Um exemplo pode ser uma fundação privada típica, cujo fundador, pessoa física, a institui com um patrimônio destinado exclusivamente à consecução de suas finalidades. E a duração das atividades dessa fundação dependerá da existência de tal patrimônio. No outro subtipo de terceiro setor se verifica a presença de organizações que tenham recebido qualificações do governo, tais como as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público [...] No terceiro subtipo existem as associações e fundações empresariais criadas no âmbito do desenvolvimento da chamada responsabilidade social empresarial. Esse subtipo vem sendo muito criticado pela doutrina, porque tais organizações, na verdade, são criadas para o aumento dos lucros dessas empresas devendo integrar, portanto, o segundo e não, o terceiro setor. O último subgrupo congrega associações e fundações dependentes de todos os setores para a sua sobrevivência. Esse subgrupo vem crescendo, já que a capacidade de recursos para o desenvolvimento de suas atividades tem se tornado cada vez mais difícil, o que as obriga a diversificarem as frentes de busca de recursos. Além dessas organizações que encontram dificuldade na captação de recursos apenas em um ou outro setor e que, portanto, diversificam as frentes de captação, há ainda um tipo exclusivo no Brasil, que recebe influência tanto do mercado quanto do Estado, tendo sua constituição autorizada por lei como pessoa jurídica de direito privado: o serviço social autônomo. Este, no entanto, não assume a forma de associação, tampouco fundação. BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: Desafios e perspectivas constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 69-70.

Central de Empresas (CEMPRE). A pesquisa foi denominada de *As fundações privadas e as associações sem fins lucrativos no Brasil* (FASFIL).¹⁵⁴

Exigiu-se, como ponto de partida para a definição das FASFIL, que se tratasse de instituições sem fins lucrativos que não se confundissem com a Administração Pública nem com entidades empresariais. A partir desse critério surgiram 14 categorias: 1- Serviço Notarial e Registral (Cartório); 2- Organização Social; 3- Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; 4- Outras Fundações Mantidas com Recursos Privados; 5- Serviço Social Autônomo; 6- Condomínio em Edifícios; 7- Unidade Executora (Programa Dinheiro Direto na Escola); 8- Comissão de Conciliação Prévia; 9- Entidade de Mediação e Arbitragem; 10- Partido Político; 11- Entidade Sindical; 12- Filial, no Brasil, de Fundação ou Associação Estrangeira; 13- Fundação ou Associação Domiciliada no Exterior; 14- Outras Formas de Associação.¹⁵⁵

A fim de se estabelecerem parâmetros internacionais, adotaram-se os seguintes requisitos para que as entidades fossem incluídas no terceiro setor:

- a) privadas, não integrantes, portanto, do aparelho do Estado;
- b) sem fins lucrativos, isto é, organizações que não distribuem eventuais excedentes entre os proprietários ou diretores e que não possuem como razão primeira de existência a geração de lucros — podem até gerá-los desde que aplicados nas atividades fins;
- c) institucionalizadas, isto é, legalmente constituídas;
- d) auto-administradas ou capazes de gerenciar suas próprias atividades;
- e) voluntárias, na medida em que podem ser constituídas livremente por qualquer grupo de pessoas, isto é, a atividade de associação ou de fundação da entidade é livremente decidida pelos sócios ou fundadores.¹⁵⁶

¹⁵⁴ “As organizações parceiras buscaram elaborar e aplicar, em conformidade a critérios internacionais, uma proposta de identificação e de classificação das Fundações Privadas e Associações sem Fins Lucrativos – FASFIL, no Brasil. Para essas entidades, apresenta-se um perfil relativo ao ano de 2002 e o seu crescimento entre os anos de 1996 e 2002, que correspondem, respectivamente, ao primeiro ano de divulgação do CEMPRE e aos últimos dados disponíveis.” BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) et al. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/default.shtm>. Acesso em: 26 de set. de 2010.

¹⁵⁵ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) et al. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/default.shtm>. Acesso em: 26 de set. de 2010.

¹⁵⁶ “Perseguindo o objetivo de construção de estatísticas comparáveis internacionalmente, optou-se, a seguir, por adotar como referência para definição das FASFIL a metodologia *Handbook on Nonprofit Institutions in the System of National Accounts* (Manual sobre as Instituições sem Fins Lucrativos no Sistema de Contas Nacionais) elaborado pela Divisão de Estatísticas das Nações Unidas, em conjunto com a Universidade John Hopkins, em 2002”. *Idem, ibidem*.

De acordo com o referido estudo, há no Direito pátrio três figuras jurídicas que preenchem os requisitos estabelecidos: associações, fundações e organizações religiosas (art. 44, incisos I, III e IV do Código Civil).

Assim, por não atenderem a todas as condições exigidas, foram excluídas algumas entidades do rol das FASFIL: 1. Serviço notarial e registral; 2. Serviço social autônomo; 3. Condomínios em edifícios; 4. Unidade executora do Programa Dinheiro Direto na Escola; 5. Comissão de conciliação prévia; 6. Entidade de mediação e arbitragem; 7. Partido político; 8. Entidade sindical; 9. Fundação ou associação domiciliada no exterior. Também não foram consideradas na análise da pesquisa do IBGE: os conselhos, fundos e consórcios públicos, pois não são *entidades privadas*; bem como os cemitérios e funerárias, haja vista as dificuldades para definir sua natureza jurídica em conjunto, uma vez que sua regulamentação é de competência dos Municípios; as cooperativas, haja vista sua finalidade lucrativa.¹⁵⁷

Dessa forma, foram consideradas como FASFIL as seguintes organizações: 1- Organização Social; 2- Organização da Sociedade Civil de Interesse Público; 3 Outras Fundações Mantidas com Recursos Privados; 4- Filial, no Brasil, de Fundação ou Associação Estrangeiras e 5- Outras Formas de Associação.¹⁵⁸

Partindo do referido estudo e sob a perspectiva do paradigma do Estado Democrático de Direito, Maria Tereza Fonseca Dias conclui que o terceiro setor é “o

¹⁵⁷ “Dos resultados obtidos na pesquisa, que certamente contribuíram imensamente para delinear o perfil do terceiro setor no Brasil, ressalva deve ser feita à exclusão dos partidos políticos e das entidades sindicais do conjunto de fundações e associações privadas sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor, à luz dos critérios elencados. Tais instituições, em princípio, atendem a todos os critérios pré-estabelecidos para sua configuração jurídica enquanto entidade privada sem fim lucrativo. A razão aludida para a exclusão diz respeito ao fato de que elas não podem ser livremente constituídas por qualquer grupo de pessoas, nos termos da Lei Orgânica dos partidos políticos, haja vista as influências de normas de caráter publicístico na organização dessas entidades. A inexistência do elemento de voluntariedade alegado para a exclusão dessas entidades não pode prosperar à luz das justificativas dadas, pois restrições à constituição de entidades existem para todas as espécies previstas, que devem ser criadas segundo regras e exigências da legislação civil. A atividade de associação ou de fundação dos partidos políticos e das entidades sindicais, assim, é livremente decidida pelos sócios ou fundadores, tal como recomenda critério pré-estabelecido. Talvez a ressalva a ser feita aos partidos políticos e às entidades sindicais, enquanto integrantes do terceiro setor, diga respeito às próprias restrições legais encontradas para firmarem relações de parceria com o setor público, sobretudo quando tais parcerias envolvem o repasse de recursos públicos.” DIAS, *op. cit.* p. 107-108.

¹⁵⁸ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) et al. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/default.shtm>. Acesso em: 26 de set. de 2010. Maria Tereza Fonseca Dias lembra que o Centro de Fundações Europeu propôs a utilização de uma terminologia única, nos países integrantes da Comunidade Européia, para a expressão fundação, que congregaria todas as organizações do terceiro setor, haja vista a necessidade de se unificar o tratamento jurídico das organizações, especialmente quanto à distribuição de recursos da Comunidade Econômica Européia às fundações. DIAS, *op. cit.* p.114.

conjunto de pessoas jurídicas de direito privado, institucionalizadas e constituídas conforme a lei civil, sem fins lucrativos, que perseguem finalidades de interesse público”.¹⁵⁹

Assim, são arroladas como características do terceiro setor: entidades privadas autônomas, sem finalidade lucrativa, exercício de atividades voltadas para o interesse coletivo, e regime jurídico híbrido, haja vista a incidência de normas de direito público.

Devido à importância das características do terceiro setor, faz-se necessária abordagem individualizada de cada uma delas, permitindo-se o aprofundamento exigido pelo tema.

3.4.1 Impossibilidade de conceber como híbrida a natureza do regime jurídico das entidades do terceiro setor

A doutrina estabelece como característica das entidades do terceiro setor a incidência de um regime jurídico de natureza híbrida, buscando-se, com isso, distingui-las das demais pessoas jurídicas de direito privado criadas por particulares.

¹⁵⁹ “Entende-se que, para fins do estudo da questão que ora se propõe, o direito público e o regime jurídico-administrativo apenas deverão disciplinar as relações jurídicas da Administração Pública com as referidas entidades privadas nos casos em que houver o fomento às suas atividades, devendo a lei definir, portanto: o tipo de atividades consideradas, por lei, como de interesse público e passíveis de compartilhamento com essas entidades, bem como aquelas atividades em que isso seria vedado; as políticas públicas de fomento às entidades privadas sem fins lucrativos atreladas ao planejamento das ações governamentais, num determinado período de tempo; os mecanismos de controle das atividades de interesse público desenvolvidas com recursos financeiros do Estado. Esse raciocínio, grosso modo, deriva das distintas esferas de ação social, tal como descritas pela Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, (privada e pública, esta constituída pelo centro e pela periferia da esfera pública). Nesse sentido, questões da esfera privada somente se projetam para a esfera pública quando tematizadas pela opinião pública, num processo discursivo procedimentalizado, e tornam-se decisões coletivas e consensuadas para a atuação do sistema administrativo. É nesse sentido que o Estado não deve se *apropriar* dos movimentos da sociedade civil, querer controlá-los, estabelecer critérios e requisitos que inviabilizem e inibam seu desenvolvimento no âmbito da esfera privada. Tal questão somente se modifica nos momentos em que, por força de decisões públicas definidas no âmbito da esfera pública política, sobretudo no que se refere àquelas afetas à alocação e controle de recursos financeiros do Estado, deverá haver ingerência do Poder Público no funcionamento dessas instituições privadas, a qual se restringirá ao alcance dos objetivos descritos em lei. Por essa razão, o modelo discursivo do direito e da democracia é considerado neste trabalho como o elo capaz de explicar que o papel do terceiro setor não pode ser definido aprioristicamente, mas apenas pelas regras do jogo democrático e pelos procedimentos responsáveis pela captação das vontades públicas.” DIAS, *op. cit.* p. 115.

Nesse sentido, Maria Tereza Fonseca Dias aponta como peculiaridade do regime jurídico das instituições do terceiro setor a existência de “vinculações e deveres jurídicos de direito público”.¹⁶⁰

Ocorre que a alusão ao regime jurídico parcialmente derogado por normas de direito público, apontado por alguns autores como característica do terceiro setor, deve ser vista com sérias ressalvas.

É que tal entendimento doutrinário não leva em consideração a possibilidade de as organizações não governamentais — que possuem natureza privada — constituírem relações jurídicas com outras entidades de natureza igualmente privada.

Como a celebração de convênios consiste apenas em uma faculdade disponível aos entes do terceiro setor, entende-se que o regime jurídico dessas organizações é privado, e não híbrido como sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro.¹⁶¹

¹⁶⁰ “Os elementos comuns a todas as entidades do terceiro setor, considerando os requisitos de qualificação, as vinculações ao regime jurídico de direito privado e ao regime jurídico-administrativo, são os seguintes: a) requisitos comuns à qualificação das entidades privadas sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor: - terem personalidade jurídica de direito privado; - não possuírem fins lucrativos; - serem constituídas nas formas admitidas no art. 44, do Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (associações, fundações e organizações religiosas); - terem seus atos jurídicos de constituição registrados nos órgãos competentes; b) vinculação ao regime jurídico de direito privado: - poderão comprar bens e serviços sem necessidade de observância da Lei Geral de Licitações Públicas (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), mas está previsto processo semelhante, editado em regulamento próprio, nos termos da legislação vigente; terão seus funcionários contratados pelas regras do setor privado, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); - poderão ter planos de cargos e salários próprios, desde que observadas algumas limitações legais, tais como limite de remuneração de dirigentes; - estão sujeitas às regras da contabilidade das entidades privadas; - o patrimônio dessas entidades não está adstrito aos princípios gerais dos bens públicos: impenhorabilidade, inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade; - não gozam dos privilégios e prerrogativas gerais da Administração Pública, salvo disposição contrária em lei; - a responsabilidade civil das entidades e de seus membros é condizente com as regras descritas no Código Civil Brasileiro, não se lhes aplicando a responsabilidade subsidiária do Estado, com algumas exceções descritas pela doutrina, quando elas forem prestadoras de serviços públicos; - não possuem juízo privativo; c) vinculações e deveres jurídicos de direito público: - dever geral de prestar contas, nos termos do art. 70 da Constituição da República de 1988 [...]; - alguns doutrinadores defendem que, dependendo das atividades que desempenham, tais como a prestação de serviços públicos, haverá vinculação ao regime jurídico de direito público. [...]” DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*, p. 179-181.

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 491. No mesmo sentido: “Por derradeiro, cumpre assinalar que as referidas organizações são refratárias, em certa medida, tanto ao regime jurídico puramente privado, quanto ao regime de direito público propriamente dito. As ONGs guardam uma adequação com as regras atinentes à criação e ao funcionamento das pessoas jurídicas de direito privado, as associações civis e as fundações privadas. Todavia, por exercerem atividades voltadas à consecução de serviços de interesse público, estas organizações recebem tratamento especial por parte do Estado, ou seja, submetem-se a regras peculiares no tocante ao fomento bem como ao controle. Por um lado, o Estado incentiva o desenvolvimento de suas atividades sociais mediante instrumentos próprios (isenções, subvenções, convênios), por outro, exerce a fiscalização das entidades do terceiro setor com o propósito de que suas finalidades não sejam desvirtuadas (controle administrativo, de contas, etc). Deste modo, fala-se na adoção predominantemente do regime jurídico privado, com derrogações parciais oriundas de normas de direito público.” REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: Regime Jurídico das OSCIPs*. 1. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 53-54.

Do contrário, afirmar-se-ia que as organizações do terceiro setor possuiriam, necessariamente, vínculos jurídicos com o Estado.

Dessa forma, deve-se perceber que o controle exercido pela Administração Pública restringe-se aos convênios celebrados entre o Estado e as organizações do terceiro setor, especialmente nas hipóteses em que há repasse de verbas.

Em outras palavras: a incidência de normas de direito público ocorrerá somente nas situações em que haja celebração de convênios administrativos e incidirá exclusivamente sobre as relações jurídicas decorrentes do convênio.¹⁶²

Quanto aos demais negócios jurídicos realizados pelas organizações não governamentais com outras entidades particulares, trata-se de atos de natureza privada, amparados pelo princípio constitucional da livre iniciativa e pela autonomia privada, de modo que seria ilícita qualquer interferência estatal fora das hipóteses previstas em lei. Portanto, qualquer pretensão de controle da Administração Pública sobre as atividades privadas, que não encontre amparo legal, constituirá grave ofensa ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II da C.R./88).

Não se pode dizer que há incidência do regime jurídico de direito público *sobre as entidades do terceiro setor*, mas sim imposição das normas jurídico-administrativas *em decorrência de eventuais relações jurídicas celebradas com o Estado*. Não se pode generalizar como características de todas as organizações não governamentais a incidência do regime jurídico-administrativo, de modo que tal peculiaridade só vai aparecer quando forem celebrados convênios administrativos entre a ONG e a Administração.

3.4.2. Finalidade não lucrativa

¹⁶² Acerca do regime jurídico das entidades do terceiro setor, vale ressaltar que o modelo institucional das Organizações Sociais, disposto na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, impõe como condição de qualificação da OS a presença de representantes do Poder Público (art. 2º, I, alínea *d*). Segundo o art. 3º, I, alínea *a*, de 20 a 40% (vinte a quarenta por cento) dos membros do Conselho de administração serão representantes do Poder Público. Outro aspecto a ser observado é o fato de a Lei nº 9.637/98 prever a possibilidade das OSs absorverem entidades federais extintas, conforme art. 18 e seguintes. Justamente por essas razões, Cristina Fortini sustenta que o regime jurídico das organizações sociais distingue-se das demais entidades do terceiro setor: “As organizações sociais não podem ser tratadas simplesmente como ‘pessoas jurídicas de direito privado’ quando o arcabouço normativo que as atinge delinea de forma diversa seu substrato jurídico.” FORTINI, Cristiana. *Natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face de danos causados a terceiros*. *Izabela Hendrix em Revista*, p. 13-20, v. 4, 2004, p. 18.

A doutrina especializada aponta como principal característica do terceiro setor a finalidade não lucrativa das entidades que o compõem.¹⁶³ É justamente o ideal de atuação desinteressada que distingue o terceiro setor do mercado (segundo setor), que possui o lucro sempre como objetivo a ser atingido. Em razão de as organizações não governamentais não poderem ter finalidade lucrativa é que terão sempre natureza de associação ou fundação, conforme art. 44 do Código Civil.¹⁶⁴

A vedação da finalidade lucrativa, no entanto, não pode ser confundida com a impossibilidade de as entidades buscarem superávit orçamentário.¹⁶⁵ A busca do lucro consiste na possibilidade de uma pessoa jurídica distribuir a seus sócios ou acionistas o superávit obtido no desenvolvimento de suas atividades.

Dessa forma, as organizações que compõem o terceiro setor podem (e na verdade devem) buscar um saldo positivo em suas atividades. Do contrário, se não pudessem auferir receitas maiores do que despesas, sequer obteriam meios suficientes para o desenvolvimento de suas atividades.¹⁶⁶ Ora, estabelecer no estatuto de uma pessoa jurídica que ela sempre terá prejuízos seria jurídica e eticamente inadmissível, já que teria como finalidade permanente ficar inadimplente com alguém e, conseqüentemente, atuaria sempre lesando pessoas físicas e jurídicas.

¹⁶³ “As organizações não-governamentais integram o universo das entidades não-lucrativas. São pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos. Neste sentido, vale dizer que estas entidades não poderão auferir ganhos ou vantagens patrimoniais, descontadas as despesas decorrentes de atividade econômica, e reparti-las entre os diretores ou administradores. [...] Em suma: o rol das organizações do terceiro setor pressupõe a existência de fins não lucrativos e o desenvolvimento de atividades qualificadas pela ordem jurídica como de interesse público.” REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006, p. 53-54.

¹⁶⁴ SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da; SILVA, Ana Maria Viegas da. *Terceiro setor: gestão das entidades sociais (ONG – Oscip – Os)*, p. 22.

¹⁶⁵ “O terceiro setor é constituído por entidades de interesse social, com finalidade econômica, podendo prospectar superávit, sem, no entanto, objetivar lucros.” SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da; SILVA, Ana Maria Viegas da. *Terceiro setor: gestão das entidades sociais (ONG – Oscip – Os)*, p. 28.

¹⁶⁶ Vale observar que mesmo as organizações sociais que absorvem atividades e serviços em virtude de extinção de entidades da Administração Indireta (art. 22 da Lei nº 9.637/98) devem buscar superávit, ou seja, ter receitas superiores às suas despesas. Ainda que o contrato de gestão celebrado com a Administração Pública vede a cobrança pelos serviços prestados aos cidadãos, os gastos realizados pela organização social devem ser menores do que os repasses oriundos do ente público contratante.

Assim, a inexistência de finalidade lucrativa não proíbe que associações e fundações explorem economicamente alguma atividade.¹⁶⁷ Nada impede que uma fundação, por exemplo, seja sócia de uma empresa, sem que isso afete sua natureza filantrópica. Desde que o instituidor tenha estipulado essa possibilidade no estatuto e que os ganhos sejam utilizados na consecução da finalidade para a qual a fundação foi criada, não há problema que uma fundação seja sócia de uma empresa com finalidade lucrativa.¹⁶⁸

No que tange às relações jurídicas com o Estado, importa observar que as entidades do terceiro setor têm celebrado cada vez mais convênios administrativos no intuito de buscar repasses financeiros de origem pública.

3.4.2.1 A possibilidade de entidades com finalidade lucrativa (empresas) celebrarem convênios administrativos ¹⁶⁹

O convênio administrativo sempre foi concebido como um instituto destinado às relações jurídicas entre entes públicos ou entre a Administração e entidades sem finalidade lucrativa. Percebe-se, assim, íntima relação entre os convênios e as entidades do terceiro setor.

Nesse sentido, ao tratar da possibilidade de serem celebrados convênios administrativos com pessoas jurídicas de direito privado, a legislação brasileira exige que as entidades interessadas tenham finalidade não lucrativa.

¹⁶⁷ “[Quanto ao] exercício de atividades econômicas pelas fundações privadas, restou evidente: (i) que não há qualquer dispositivo legal que o proíba; (ii) que a Constituição Federal incentiva a livre iniciativa e a liberdade de empresa; (iii) que não há requisito legal ínsito à instituição das fundações privadas que exija a inexistência de fins lucrativos, ou seja, que impossibilite o desenvolvimento de atividades econômicas que gerem superávit para a entidade; (iv) que a inexistência de fins lucrativos representa a não distribuição de lucros aos instituidores da entidade; (v) que o exercício de atividades econômicas não contraria a finalidade fundacional, tampouco inexistência de fins lucrativos, desde que eventuais resultados favoráveis se revertam integralmente em favor da finalidade fundacional escolhida pelo instituidor.” GERONE, Acyr de. *As organizações religiosas e o terceiro setor*, p. 212.

¹⁶⁸ GERONE, *op. cit.* p. 213-214.

¹⁶⁹ Por isso, entende-se que não se sustenta juridicamente a inadmissibilidade de celebração de convênios por pessoas jurídicas com finalidade lucrativa, tendo-se em vista que o importante não é o aspecto subjetivo (quem celebra o convênio) mas sim o aspecto objetivo (se naquele negócio jurídico o particular se dispõe a não auferir lucro).

A esse respeito, vale mencionar que o art. 1º, § 1º, I do Decreto nº 6.170/07 já restringe a celebração de convênios às entidades públicas ou às “entidades privadas sem fins lucrativos”, redação que foi praticamente repetida no art. 6º, V, da Portaria Interministerial nº 127/08.

No mesmo sentido, a Instrução Normativa STN nº 1/97, em seu art. 5º, II, proíbe expressamente a transferência de recursos a pessoas jurídicas de direito privado que tenham finalidade lucrativa.

No plano específico das OSCIPs, o art. 1º da Lei 9.790/99 também estabelece expressamente que somente instituições sem finalidade lucrativa poderão pleitear a qualificação como organização da sociedade civil de interesse público.

Como se vê, as normas infralegais editadas pela União no intuito de regulamentar o instituto dos convênios administrativos apresentam como beneficiárias de seus dispositivos apenas os entes públicos e as entidades privadas que não possuam finalidade lucrativa.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, o art. 3º da Lei nº 14.870, de 16 de dezembro de 2003, restringe às instituições particulares sem fins lucrativos a possibilidade de qualificação estadual como organização da sociedade civil de interesse público.

Também no campo doutrinário, é apontado como requisito intransponível para a celebração de convênios administrativos que a entidade interessada não possua fins lucrativos.¹⁷⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello é taxativo ao mencionar que a natureza lucrativa da empresa impede que ela atue desinteressadamente no caso concreto. Assim, sustenta o autor que só poderiam celebrar convênios com a Administração instituições que não visem lucro na sua atividade social:

Segundo entendemos, só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contra parte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento.¹⁷¹

¹⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 286.

¹⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 666.

Ocorre que, sob a ótica do interesse público a ser alcançado, não importa se o partícipe do convênio atua em todas as suas relações jurídicas sem auferir lucro. O que é relevante para o Estado é se naquele convênio específico o ente colaborador atua desinteressadamente, sem exigir qualquer contrapartida para a realização da atividade de interesse coletivo.

Assim, para os beneficiários das atividades sociais realizadas é irrelevante a finalidade lucrativa que consta no contrato social, sendo também irrelevante para o Poder Público se seu partícipe no convênio específico celebra outros negócios jurídicos nos quais ele busque o lucro.

O que o Poder Público deve sempre especificar é se o seu parceiro privado está disposto a atuar desinteressadamente na execução da política pública em questão. Não faz qualquer diferença para a sociedade civil se o Estado celebra um convênio com o Banco HSBC S.A. (sociedade empresarial) ou com a fundação HSBC (sem finalidade lucrativa).

Em termos práticos, no entanto, a concepção dominante acaba impondo a uma empresa disposta a atuar gratuitamente que constitua uma associação ou fundação para adquirir “aparência de atuação desinteressada”.

Mesmo a mais gananciosa das empresas pode ter o interesse de eventualmente agir desinteressadamente. E se a lógica do terceiro setor é a conscientização de toda a sociedade acerca da responsabilidade social da cada pessoa, melhor ainda que as empresas privadas também possam celebrar convênios com a Administração Pública.

Da mesma forma que um médico e um advogado trabalham profissionalmente em busca do lucro e podem, paralelamente, atuar desinteressadamente como colaboradores de programas sociais, uma pessoa jurídica com finalidade lucrativa pode atuar pontualmente como partícipe de um convênio, nas situações em que atuar desinteressadamente.

É claro que a intenção das entidades que atuam de forma gratuita dificilmente será conhecida. Mesmo nas hipóteses em que se constata a busca de um

benefício indireto pelas entidades do terceiro setor, a atividade não deixa de ter natureza beneficente.¹⁷²

Cumpra lembrar que a Teoria Geral do Direito reconhece a existência de contratos gratuitos interessados e desinteressados. Contrato gratuito interessado é aquele em que uma parte suporta o ônus e o faz a fim de obter alguma vantagem; já os contratos gratuitos desinteressados são aqueles em que a parte que suporta o ônus atua com escopo de liberalidade, sem desejar algo em troca, direta ou indiretamente.¹⁷³

Nesse sentido, um importante e elucidativo estudo realizado pela autora Maria Cecília Prates Rodrigues refere-se ao resultado esperado pelas empresas quando atuam em áreas de interesse social, sem a busca pelo lucro:

Atualmente os resultados esperados da ASE [Ação Social Empresarial] para os negócios, em termos do relacionamento da empresa com os seus *stakeholders* [membros da comunidade], podem ser de diferentes maneiras: (1) aumentar o reconhecimento da empresa entre os seus consumidores; (2) promover a imagem da empresa na sociedade como um todo; (3) elevar a motivação e a produtividade dos colaboradores; (4) promover sinergia entre as diversas áreas da empresa; (5) tornar mais favoráveis as condições do contexto competitivo da empresa, aí incluídas empresas fornecedoras, concorrentes e apoiadoras; (6) superar obstáculos regulatórios; (7) atrair o apoio dos governos; (8) garantir o *pertencimento* da empresa à rede das empresas-pares que comungam da chamada “cultura da filantropia corporativa”; (9) garantir o fortalecimento do poder político da empresa; (10) aumentar os rendimentos dos acionistas e atrair novos investimentos.”¹⁷⁴

A autora ainda observa que o chamado marketing de causa social está ligado a empresas que apoiam causas sociais ou instituições filantrópicas valorizadas pela opinião pública, de modo a gerarem benefício mútuo:

Trata-se de uma relação ganha-ganha-ganha, em que ganham a empresa (imagem), os seus consumidores (sentimento gratificante da ajuda) e as instituições apoiadas (recursos financeiros). O McDia Feliz é um exemplo de marketing de causa social bem-sucedido — por meio dessa ação social, no Brasil há exatos 20 anos, o McDonald’s consegue angariar simpatia e estreitar os laços com os seus potenciais

¹⁷² Conforme será referido no capítulo 4, a vontade contida na manifestação deverá ser observada sob o aspecto objetivo e não segundo a intenção subjetiva, aspecto psíquico. Assim, também nas pessoas jurídicas, as manifestarem vontade, seja na celebração de um contrato, especificamente em um convênio, ou mesmo em atos internos da pessoa jurídicas, tais como assembleias de cotistas, também será analisado o aspecto objetivo contido.

¹⁷³ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Classificação dos contratos*, p. 39; PEREIRA, *op. cit.* p. 365; BESSONE, Darcy. *Do contrato*, p. 75-76. A esse respeito, vide item 4.2.3.3.2 - *Contratos onerosos e gratuitos*.

¹⁷⁴ RODRIGUES, Maria Cecília Prates. *Projetos Sociais Corporativos: como avaliar e tornar essa estratégia eficaz*, p. 142.

consumidores, além de contribuir para o fortalecimento das instituições que atuam no combate ao câncer infanto-juvenil no país.¹⁷⁵

De fato, pode-se questionar se realmente não existe interesse da empresa McDonald's quando atua "gratuitamente" em favor das crianças brasileiras portadoras de câncer no "McDia Feliz".¹⁷⁶ Embora seja evidente o caráter filantrópico na doação do lucro obtido com a venda do sanduíche "Big Mac" para crianças doentes, a empresa multinacional Mc Donald's não só auferiu lucro nos outros 364 dias do ano com a venda do mesmo sanduíche "Big Mac" (venda essa impulsionada pela campanha de marketing, realizada por sua "fundação desinteressada"), como tem seu lucro aumentado no próprio dia da promoção ("dia da filantropia") em virtude do aumento das vendas de batatas fritas, sorvetes e refrigerantes.

Deve-se deixar claro que o presente trabalho não entende ilícita a constituição de fundações ligadas a empresas privadas. Pelo contrário: o que se defende é justamente a possibilidade de empresas privadas assumirem o interesse de atuar pontualmente de forma gratuita, sem exigir contrapartida direta para colaborar com o Estado.

Não se entende aqui que seja imprescindível alterar a definição de terceiro setor ou mesmo alterar o critério para o enquadramento de uma pessoa jurídica no terceiro setor. A preocupação do presente trabalho reside em admitir que as pessoas jurídicas que tenham o lucro como objetivo social possam celebrar convênios administrativos.

Além de ampliar a atuação desinteressada no âmbito da sociedade civil — o que por si só já seria um ganho social — passa-se a assumir expressamente a possibilidade de empresas atuarem desinteressadamente, sem a necessidade de simulações ou fraudes.

¹⁷⁵ RODRIGUES, Maria Cecília Prates. *Projetos Sociais Corporativos: como avaliar e tornar essa estratégia eficaz*, p. 91-92.

¹⁷⁶ "Desde 1988, a campanha já doou cerca de R\$ 90 milhões a instituições sociais brasileiras. [...] O McDia Feliz, maior campanha de arrecadação em benefício das crianças e dos adolescentes com câncer do Brasil, bateu em 2008 todos os recordes de arrecadação! Em apenas um dia foram arrecadados R\$ 11.524.268,99, resultantes da venda de 1.480.348 sanduíches Big Mac (descontados alguns impostos) nos restaurantes McDonald's de todo país." Disponível em: <http://www.instituto-ronald.org.br/>. Acesso em: 28.01.2010.

É pressuposto para a eficiência de qualquer tentativa de controle que a atividade a ser fiscalizada seja a mais transparente possível e, até mesmo, que se possa aferir o interesse que cada entidade tem por trás da atuação filantrópica.

Tome-se como exemplo a celebração de um convênio com uma organização não governamental vinculada a um banco privado, a qual possui o mesmo nome da instituição financeira. O convênio teria por objeto a manutenção gratuita de uma praça pública pela ONG (programa “adote uma praça”).

Se uma empresa, cujo fim principal é a obtenção de lucro, puder ter acesso a esse mesmo convênio gratuito, muito provavelmente terá interesse em divulgar sua marca no espaço público, sem que para isso tenha que constituir uma fundação com o mesmo nome. Isso poderia viabilizar a publicação de um edital de chamamento público por meio do qual o Estado chamaria todos os eventuais interessados a celebrar um contrato com benefícios e contrapartida objetiva e previamente definidos.

Caso contrário, a sociedade continuará, por vias indiretas, obrigando as empresas a criar fundações com o mesmo nome das “matrizes”, com o claro intuito de driblar exigências formais e burocráticas.

E não há que se argumentar que, na área da saúde, o art. 199 da Constituição de 1988 proibiria a celebração de convênios com pessoas jurídicas que tenham finalidade lucrativa por dar preferência a instituições filantrópicas e que não busquem lucro:

Art. 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.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Na verdade, o § 1º do art. 199 estabelece simplesmente a preferência para as instituições privadas filantrópicas na atuação complementar ao sistema único de saúde. Não há vedação, no entanto, à participação de instituições com finalidade lucrativa junto ao SUS. Cabe à legislação ordinária regulamentar a forma de operacionalizar a aludida preferência, sendo vedada, contudo, a proibição de acesso às sociedades que buscam lucro.

E também não pode ser apontado como óbice à celebração de convênios entre o Estado e as sociedades civis e comerciais o fato de o § 2º do art. 199 vedar o repasse de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições com fins lucrativos.

Ora, é plenamente possível a atuação das sociedades com finalidade lucrativa, por meio de convênios, sem que haja o recebimento de subvenções ou mesmo auxílios.

É que a vedação constitucional refere-se ao repasse financeiro por meio de subvenção, a qual se destina a cobrir despesas de custeio operacional, nos termos do § 3º do art. 12 da Lei 4.320/1964.¹⁷⁷

Como bem observa Silvio Luís Ferreira da Rocha, os recursos das subvenções destinam-se a pagar as despesas das entidades, como aluguel, folha de salários e conservação de bens, servindo, em última análise, para a manutenção e operação de serviços prestados pela entidade subvencionada.¹⁷⁸

Seria, de fato, inadmissível que a Constituição de 1988 consagrasse os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, e permitisse que o Estado sustentasse empresas privadas com finalidade lucrativa.

Mas, ao contrário das subvenções — doações simples feitas pelo Estado —, os convênios exigem contrapartida do partícipe. E como a natureza dos convênios consiste justamente na união de esforços entre pessoas jurídicas distintas para atingir um interesse comum, nada impede que uma determinada pessoa jurídica com finalidade lucrativa receba repasses públicos com o objetivo de executar o objeto do convênio.

O que é proibido pelo art. 199, § 2º, é que o Estado arque com o custeio das instalações de empresas privadas que visem ao lucro, mas não há qualquer óbice para a celebração de parceria (convênio), já que cada partícipe assume obrigações

¹⁷⁷ O art. 12, § 3º, da Lei nº 4.320/64 classifica as subvenções em sociais e econômicas, a depender da natureza da entidade beneficiária das transferências:

“§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;

II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril”.

¹⁷⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 46-48.

autônomas. É exatamente nesse sentido que o art. 5º, II, da Instrução Normativa/STN nº 01/97 proíbe que a União destine recursos públicos “como contribuições, auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos”, visto que se trata de transferência financeira desvinculada da execução de um plano de trabalho específico.

Dessa forma, deve-se compreender que a proibição de celebrar convênios com entidades que tenham finalidade lucrativa, nos termos dos atos normativos infralegais editados pela União, aplica-se somente no âmbito federal.¹⁷⁹

Como seria possível, em tese, a celebração de convênios entre a Administração e entidades *com* finalidade lucrativa (desde que essas entidades se dispusessem a trabalhar sem auferir lucro), ao estabelecer a definição e o alcance do instituto do convênio, por meio de normas gerais, não poderia a União proibir que os demais entes federativos decidissem celebrar convênios com empresas privadas.

Deve-se observar, pois, que a atuação da União, no exercício de sua competência legislativa prevista no art. 22, XXVII da Constituição, para editar normas gerais acerca de licitações e contratos (e também de convênios, que possuem natureza contratual), vincula todos os demais entes federativos. No entanto, ao executar as políticas públicas que lhe cabem, deve a União respeitar a divisão de competências estabelecida pela Constituição de 1988, de modo que cada ente federativo tomará suas respectivas decisões políticas.

Ao estabelecer sua política de fomento, pode a União proibir que qualquer de seus agentes públicos celebre convênios com entidades empresariais, mas não poderia o Governo Federal proibir que os demais entes federativos pudessem fazê-lo.

Registre-se, no entanto, que mesmo no exercício da autonomia política para planejar e executar suas atividades de fomento, devem os entes federativos observar os limites impostos pelo princípio da isonomia quando da instituição de benefícios ou restrições.

Como o art. 5º da Carta Magna consagra a igualdade como regra, só pode a Administração conferir tratamento diferenciado às pessoas jurídicas se houver exceção expressa no ordenamento jurídico-constitucional, ou razão suficiente para buscar a

¹⁷⁹ Nesse sentido os seguintes dispositivos: art. 1º, § 1º, I, do Decreto nº 6.170/07; art. 6º, V, da Portaria Interministerial nº 127/08; art. 5º, II, da Instrução Normativa/STN nº 01/97.

igualdade em sentido substancial. Fora dessas hipóteses, qualquer tratamento diferenciado será inconstitucional por ferir uma das conquistas mais importantes pelo Constitucionalismo: o dever de o Estado tratar impessoalmente os cidadãos que não apresentem distinção fática relevante sob o ponto de vista jurídico.

Conclui-se, portanto, que nos convênios celebrados com particulares, o que interessa para o Estado é a busca do interesse público sem a necessidade de remunerar o partícipe privado, não havendo óbice para a celebração de ajuste com pessoa jurídica que tenha, institucionalmente, finalidade lucrativa.¹⁸⁰

Nesse mesmo sentido as lições de Ivan Barbosa Rigolin:

Se um banco particular se dispõe a celebrar convênio com o Poder Público para implementar uma campanha de interesse coletivo, pode não apenas fornecer recursos financeiros ao Poder Público, como também dele receber recursos, em princípio ilimitados, para aplicá-los naquela meta de demonstrado e relevante interesse público.¹⁸¹

Portanto, não é o fato de uma empresa estar vinculada à busca do lucro em seu contrato social que a impede de celebrar convênios com o Poder Público. A

¹⁸⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Desmistificando os convênios*, p. 02.

¹⁸¹ Interessante também o exemplo apresentado pelo autor: “Um exemplo recente de colaboração entre Poder Público e um banco particular foi responsável pela realização das mais excelentes exposições e mostras culturais de que se tem memória na capital paulista, e nesses convênios ambas as partes colaboraram com vastos recursos financeiros e com dispendiosa disponibilização de bens, tudo de modo absolutamente regular sob o Direito”. RIGOLIN, *op. cit.* p. 03-04. Vale transcrever outras anotações do autor a esse respeito: “Nos convênios em que uma das partes é o Poder Público, somente o *interesse público* há de ser a meta ou a diretriz perseguida. Nada mais se exige do Poder Público, para que celebre convênios: que possa demonstrar o atendimento e o prestigiamento do interesse público no convênio que celebre. Pode ser até mesmo *lucrativa* a natureza da pessoa jurídica conveniada com o Poder Público. Pode não ser. Pode ser uma fundação pública a conveniar-se com a Administração, como pode ser fundação privada. Pode uma estatal conveniar com uma empresa privada, ou com um Estado. Pode a União conveniar-se com o banco mais lucrativo do país, ou com qualquer entidade pública ou privada. Pode o Legislador conveniar-se com o Ministério Público, e também com duas empresas privadas, e com uma fundação pública do Estado mais distante do local onde celebrado o convênio. Não existem limites nem regras informadoras ou condicionantes de quais entidades podem conveniar-se entre si. Apenas uma regra, uma meta, um objetivo, um escopo, uma diretriz, um propósito, uma finalidade, um desiderato precisa estar subjacente em todo o convênio que se firme, e que precisa poder ser demonstrado a qualquer tempo pelo Poder Público que convenia com alguém: *a perseguição, o favorecimento ao interesse público*. Se a Administração Pública existe apenas para isso, então os convênios que celebre também existirão tão-somente para prestigiar esse objetivo de melhor atender a coletividade, a população, os administrados, o bem-estar social, os fundamentos da cidadania. Assim, se um banco particular se dispõe a celebrar convênio com o Poder Público para implementar uma campanha de interesse coletivo, pode não apenas fornecer recursos financeiros ao Poder Público como também dele receber recursos em princípio ilimitados para aplicá-los naquela meta de demonstrado e relevante interesse público. Um exemplo recente de colaboração entre Poder Público e um banco particular foi responsável pela realização das mais excelentes exposições e mostras culturais de que se tem memória na capital paulista, e nesses convênios ambas as partes colaboraram com vastos recursos financeiros e com dispendiosa disponibilização de bens, tudo de modo absolutamente regular sob o direito. Não é o fato de ser lucrativa a natureza de uma empresa que a impede de celebrar convênios com o Poder Público, nos quais este lhe forneça vultosas importâncias, sendo demonstrável o interesse social e a finalidade publicística do ajuste, isso é só do que o direito necessita, e é o que basta para a perfeição formal do convênio.” RIGOLIN, *op. cit.* p. 02.

demonstração da atuação gratuita do particular na execução de um convênio determinado é suficiente para legitimar a celebração da parceria com o Estado, desde que a atuação sirva para a consecução de interesses públicos.

3.4.3 Desvinculação do Estado (Autonomia)

A segunda característica das organizações do terceiro setor, segundo a doutrina especializada, consiste em sua desvinculação do Estado. Como bem observa Luis Eduardo Patrone Regules, os princípios da autonomia privada e da livre iniciativa constituem a base jurídica para o nascimento do terceiro setor:

As organizações não governamentais nascem da iniciativa livre e espontânea dos indivíduos com vistas a uma atuação coletiva. Nenhuma barreira estatal será tolerada pelo sistema constitucional no tocante à criação das mesmas, a não ser aquele rol restrito de formalidades fixado em lei a fim de que se lhes reconheça a existência legal a partir do registro de seus atos constitutivos.¹⁸²

Da própria expressão “terceiro setor” já se depreende a referência exclusiva a entidades privadas, sem qualquer dependência do Estado (primeiro setor). Vale registrar, ainda, que apesar de ser possível que as entidades do terceiro setor vinculem-se à Administração Pública, não se pode apresentar a vinculação ao Estado como uma característica fundamental.

Ora, é perfeitamente possível que entidades do terceiro setor não tenham qualquer vínculo com o Poder Público. É possível que organizações não governamentais sobrevivam exclusivamente de doações de particulares que acreditam e querem colaborar com o desenvolvimento de suas atividades. É o caso, por exemplo, da conhecida instituição internacional Greenpeace.¹⁸³

¹⁸² REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: Regime Jurídico das OSCIPs*, p. 51-52.

¹⁸³ “Por não aceitar doações de governos, empresas ou partidos políticos, o Greenpeace existe graças à contribuição de milhões de colaboradores em todo o mundo, que garantem nossa independência e o nosso compromisso exclusivo com os indivíduos e com a sociedade civil. Hoje, o Greenpeace está presente em mais de 40 países e conta com a colaboração de aproximadamente 3 milhões de pessoas.” Disponível em: <http://www.greenpeace.org/brasil/quemsomos/>. Acesso em: 06 jun. 2010.

No entanto, é comum que as entidades do terceiro setor busquem receita junto às entidades empresariais (segundo setor) e junto ao Estado (primeiro setor). No primeiro caso trata-se de contratos privados celebrados entre particulares com base na autonomia da vontade.

Já o repasse de verbas públicas ao terceiro setor enquadra-se na atividade de fomento, a qual objetiva a tutela ou o desenvolvimento de atividades dos particulares que visem à satisfação de necessidades consideradas de utilidade pública, sem que o Estado faça o uso da coação ou de qualquer outro instrumento de imposição de condutas ao particular.¹⁸⁴

Dessa forma, a compreensão da natureza das entidades do terceiro setor deve partir da premissa de que sua constituição e seu desenvolvimento são amparados pela autonomia privada.

Não se confundem, pois, com determinadas organizações cuja criação depende de autorização legal, ou mesmo entidades que integrem a Administração Indireta (art. 37, inciso XIX da Constituição), haja vista que estas sempre terão uma relação de dependência com o Poder Público. É o que ocorre, por exemplo, com os Serviços Sociais Autônomos, que possuem regime jurídico bem distinto das pessoas jurídicas privadas criadas por particulares. É por essa razão que o presente trabalho não inclui as entidades dos Serviços Sociais Autônomos no terceiro setor.¹⁸⁵

¹⁸⁴ “A atividade administrativa de fomento caracteriza-se por algumas notas. O fomento é uma atividade administrativa e como tal é levada a cabo pela Administração Pública com o propósito de alcançar determinadas finalidades, que lhe são próprias. Tais finalidades são de interesse público e referem-se à satisfação das necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado; a atividade administrativa de fomento, contudo, não procura alcançar direta e imediatamente tais fins, mas procura que esses fins sejam satisfeitos pela atividade dos particulares, mediante a proteção e a promoção dessas atividades, com o emprego de diferentes meios, excluída qualquer forma de intervenção coativa; a determinação concreta das atividades particulares que devem ser fomentadas é uma questão política de conveniência e oportunidade, que escapa ao campo estritamente jurídico; a atividade dos particulares é prestada por própria decisão destes, que aparecem, assim, como colaboradores da Administração Pública em razão de uma participação voluntária.” ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 26.

¹⁸⁵ “Pelo fato de administrarem verbas decorrentes de contribuições parafiscais e gozarem de uma série de privilégios próprios dos entes públicos, estão sujeitas a normas semelhantes às da Administração Pública, sob vários aspectos, em especial no que diz respeito à observância dos princípios da licitação, à exigência de processo seletivo para seleção de pessoal, à prestação de contas, à equiparação dos seus empregados aos servidores públicos para fins criminais (art. 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92).” DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*, p. 493.

Percebe-se, pois, que não se sustenta a concepção de que o regime jurídico dos entes do terceiro setor é híbrido, ou seja, “predominantemente privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público.”¹⁸⁶

É que o entendimento de que o regime jurídico dessas instituições é híbrido desconsidera que as organizações componentes do terceiro setor são criadas e mantidas por particulares, de maneira desvinculada do Estado. A mera possibilidade de celebração de convênios com a Administração Pública não retira a natureza privada do regime jurídico das organizações não governamentais.

A esse respeito é imperioso analisar o caso específico das organizações sociais, cuja autonomia é reduzida em razão de o art. 3º, I, “a”, da Lei nº 9.637/98 exigir que o conselho de administração tenha representantes do Poder Público. Andrea Nunes chega a questionar a integração das organizações sociais ao terceiro setor, justamente em virtude de carecem da autonomia em face do Estado. Segundo a autora, a exigência de participação do Poder Público no conselho de administração das O. S.s prejudica a identificação clara entre os setores público e privado.¹⁸⁷

Deve-se observar, no entanto, que a exigência de o conselho fiscal conter representantes do Poder Público não retira a autonomia das organizações sociais, visto que os dirigentes privados continuam tendo maior poder de decisão sobre os rumos que a entidade vai seguir. Conforme dispõe expressamente o art. 3º da Lei nº 9.637/98, os representantes da Administração Pública não possuem maioria de votos, visto que ocuparão de 20% a 40% das cadeiras do conselho de administração.

É claro que a celebração de contratos de gestão como condição para recebimento de recursos financeiros pode impor condicionantes que reduzam ainda mais a liberdade das organizações sociais. Mas tal vinculação ao Estado tem natureza contratual, de modo que dependerá da adesão da entidade privada.

Dessa forma, percebe-se que as entidades do terceiro setor (incluindo-se as organizações sociais) são pessoas jurídicas de direito privado criadas por particulares com base na autonomia privada e desenvolvem suas atividades sem ter que obedecer a comandos da Administração Pública. O regime jurídico das entidades é privado, não

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*, p. 491.

¹⁸⁷ NUNES, Andréa. *Terceiro setor: controle e fiscalização*, p. 27.

havendo necessidade de autorização do Poder Público nem de sua anuência para a realização de atividades beneficentes.

Assim, a peculiaridade do terceiro setor, composto pelas ONGs, é justamente a proteção do interesse público pela sociedade civil organizada, no intuito de atender às demandas sociais de uma maneira desvinculada do Estado.¹⁸⁸

Os ideais de solidariedade e responsabilidade social, contidos nas atividades do terceiro setor, além de expressarem o desejo de construir uma sociedade melhor sem pleitear nada em troca, constituem também manifestação de liberdade de todo e qualquer cidadão.

A consagração de uma sociedade democrática amparada por um ordenamento jurídico pluralista garante a existência de diferentes concepções sobre o que vem a ser o interesse público. Os fundamentos da atuação do terceiro setor são a liberdade de iniciativa (autonomia privada) e a liberdade de associação (art. 5º, inciso XVII), princípios consagrados como direitos individuais inafastáveis até mesmo pelo poder constituído reformador.

É importante deixar claro que não é vedado às entidades do terceiro setor atuar de forma distinta (e até mesmo conflitante) das políticas elaboradas pelo Estado, desde que atuem em consonância com a ordem jurídica.

Não é proibido, por exemplo, que entidades com fins religiosos defendam a não utilização de determinados métodos anticoncepcionais por contrariarem a natureza humana e, conseqüentemente, contrariem a vontade divina de procriação. É lícita tal conduta ainda que o Estado tenha uma política pública de distribuição de preservativos e pílulas anticoncepcionais para evitar disseminação de doenças sexualmente transmissíveis.

Em uma sociedade plural é normal e salutar que existam cidadãos que não concordem com as políticas públicas formuladas pelo Estado. E essas “pessoas de oposição” também podem buscar interesses públicos.

¹⁸⁸ “[...] um ponto fundamental reside em reconhecer que o *Estado Democrático não absorve a sociedade civil*”, pois “as instituições estatais, que concentram o poder político, não eliminam as estruturas sociais autônomas, cuja existência não se deve à vontade dos governos.” Enfim, “*numa democracia, a sociedade permanece à margem do Estado*” para que aquela possa promover a fiscalização e o controle deste, “mas também quanto à promoção da satisfação das necessidades coletivas. Ou seja, a diferenciação entre Estado e sociedade é relevante para fins políticos, porque é essencial à democracia. Mas é também relevante para a promoção dos direitos fundamentais” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 30.

Os interesses públicos podem ser promovidos e tutelados por quaisquer organizações do terceiro setor, independentemente de atuação conjunta com o Poder Público. Mas é possível também que as organizações não governamentais busquem a realização do interesse público em atuação conjunta com o Estado, por meio da celebração de convênios administrativos.

3.4.4. Realização de Atividades de Interesse Público

Além da desvinculação do Estado (autonomia) e da finalidade não lucrativa, a doutrina costuma apontar outra importante característica das organizações do terceiro setor: a atuação em uma atividade de interesse público. Há em toda ONG uma finalidade desvinculada de contrapartidas diretas, de forma que as atividades desempenhadas beneficiam terceiros, extrapolando o mero interesse de seus associados.

No Estado Democrático de Direito, a consecução do interesse público não é concebida como monopólio estatal, sendo possível que entidades privadas sem finalidade lucrativa se organizem para promover ações de interesse coletivo.¹⁸⁹

Nesse sentido Maria Tereza Fonseca Dias lembra a importância da participação da sociedade civil para a efetivação do princípio democrático:

Tais parcerias rendem importantes frutos para os cidadãos, e diversas políticas públicas só são implementadas em virtude da cooperação com as entidades privadas, tais como: 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

¹⁸⁹ “[...] uma característica marcante do direito contemporâneo é a sua constitucionalização. Reconhece-se que o espaço constitucional compreende não apenas a estruturação do poder político e o elenco de direitos e garantias individuais. Muito mais do que isso, a Constituição consagra a supremacia de direitos fundamentais de diversa configuração e os instrumentos destinados à sua efetiva promoção. A Constituição passa a ser compreendida como um projeto de identidade da Nação, em que os cidadãos e o Estado se associam para modificar a realidade e tornar efetivos os valores fundamentais à civilização.[...] O Estado é um instrumento de restrição às liberdades individuais e coletivas, visando a assegurar a convivência adequada e harmônica entre todos os indivíduos. Porém, o Estado é também um instrumento de modificação da realidade existente, visando a promover a efetividade dos direitos fundamentais.” JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo do espetáculo*, p. 66.

treinamento de mão de obra, por exemplo); e na assistência social (através, dentre outros, de creches e assistência ao idoso).¹⁹⁰

Dessa forma, o interesse público não estatal é todo interesse lícito tutelado por particulares, considerados individualmente, ou por organizações da sociedade civil. As ONGs atuam de forma complementar ao Estado, no intuito de concretizar os objetivos e interesses plurais consagrados pela Constituição da República de 1988.¹⁹¹

Entende-se, portanto, que o chamado interesse público não estatal nada mais é que a concepção de cada grupo da sociedade civil organizada sobre o que vem a ser “interesse público”. Deve-se lembrar, assim, que não existe uma definição *a priori*, inquestionável, sobre o conteúdo da expressão *interesse público*.¹⁹²

Trata-se, na verdade, de conceito jurídico indeterminado, de conteúdo fluido, extremamente carente de concretização pelo intérprete do Direito, a partir dos critérios normativos adotados pela Constituição de cada país.¹⁹³

Embora seja comum a contraposição entre interesses públicos e interesses privados, a doutrina encontra grandes dificuldades ao tentar delimitar o conteúdo e a abrangência de cada uma das expressões.

Como bem anotou Pietro Perlingieri: “o interesse público e aquele privado individual, assim como não podem estar fisiologicamente em conflito, devem estar presentes em toda atividade juridicamente relevante”.¹⁹⁴

¹⁹⁰ DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: Legitimidade e regulação*. Por um novo marco jurídico, p. 217.

¹⁹¹ No entanto, como bem dispôs Vital Moreira, esse tipo de organização surgiu, em determinados países, após o Estado Liberal, pois na vigência desse modelo político não havia espaço para a participação organizada de setores da sociedade civil: “[...] de acordo com os princípios liberais individualistas, a Revolução Francesa procedeu à rasoura de todos os corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, bem como de todas as formas de autonomia colectiva. Trata-se de eliminar os privilégios particulares -, os corporativos e os de classe. Para haver apenas os indivíduos, a nação como somatório deles e o Estado. A democracia rousseauiana era inimiga das autonomias infra-estaduais, onde se acoitavam os inimigos da nova ordem à Evolução.” MOREIRA, Vital. *Administração Autónoma e Associações Públicas*, p. 12.

¹⁹² “Uma das asserções mais difundidas do Direito Administrativo do espetáculo consiste em que o fim do ato administrativo é vinculado. Afirma-se que o ato administrativo se vincula necessariamente à realização do interesse público. Essa fórmula é totalmente opaca e não traduz qualquer conteúdo concreto. Excluídas situações patológicas, é impossível verificar, no caso concreto, a efetiva referência da atividade administrativa à consecução de algo que possa ser qualificado como interesse público.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito Administrativo do espetáculo*, p. 76.

¹⁹³ “Verdadeiro norte para o Direito Administrativo, interesse público não é uma expressão mágica, capaz de justificar todo e qualquer comportamento administrativo. Tampouco é uma palavra oca, destituída de conteúdo, comportando seja lá o que for que se lhe queira inserir. A finalidade da lei, em última análise, sempre será a realização do interesse público, entendido como o interesse da coletividade.” FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, p. 57.

¹⁹⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*, p. 285.

Nesse mesmo sentido Humberto Ávila salienta a impossibilidade de dissociação do interesse público e do interesse privado:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. **Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado** (p. ex. preâmbulo e direito fundamentais).¹⁹⁵

Devido à multipolarização dos valores sociais, o ordenamento jurídico não consagra apenas “um único interesse público”, mas inúmeras e distintas manifestações de interesse público.¹⁹⁶

Percebe-se que a definição de interesse público é resultante da ponderação entre os vários interesses privados e setoriais amparados pelo ordenamento jurídico, cabendo ao Estado (ora pelo Legislativo, ora pelo Executivo e ora por meio do Judiciário) o papel de grande mediador na luta democrática em que cada um busca interesses próprios.

A esse respeito vale citar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Vale dizer: não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deve sê-lo — por mais bem fundadas que estas opiniões o sejam do ponto de vista político ou sociológico -, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo. Com efeito, dita qualificação quem faz é a Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade de que a lei lhes haja conferido.¹⁹⁷

Dessa forma, a Constituição assegurou princípios e valores distintos, garantindo e preservando “vários interesses públicos”. E todas essas aludidas manifestações da sociedade civil podem vir a se chocar com o que se entende como interesse público no caso concreto.

¹⁹⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", p.13.

¹⁹⁶ “No desenvolvimento de novas ideias, propõe-se a aproximação do Estado à Sociedade, a ampliação da participação popular nas decisões de governo, no controle da Administração Pública. Propugna-se, assim, pela democratização da Administração Pública, que não terá mais o monopólio da definição do ‘interesse público’. Não se quer, apenas, a simples submissão da Administração a um princípio de legalidade formal, mas a um conjunto de princípios e valores, que se pretendem inscritos na Constituição” CARVALHO, Carlos Eduardo de. *Os novos caminhos do Direito Administrativo no contexto evolutivo do Estado de Direito*, p. 334.

¹⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 68.

Assim, a concepção de realização do interesse da coletividade pela sociedade civil deve ser analisada à luz da “pluralidade de interesses públicos” existentes na sociedade brasileira.

Na verdade, toda e qualquer conduta lícita representa a efetivação de um princípio constitucionalmente consagrado. Um cidadão que atravessa a rua concretiza o interesse público referente à liberdade de locomoção.

A concretização do interesse público exige a compatibilização dos interesses constitucionalmente protegidos, o que inclui a proteção a interesses privados. Nesse sentido vale citar as lições de Gustavo Binbenojn:

O que se verifica é que a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. Ao cabo deste trabalho, ficará demonstrado que, ao contrário do que se acredita, a satisfação de um representa igualmente o sucesso do outro.¹⁹⁸

Ao buscar o interesse da coletividade o Estado atua como mediador dos vários atores sociais que apresentam suas diferentes concepções de interesse público. Dessa forma, cada indivíduo, cada grupo de indivíduos, tem sua própria concepção do que é o interesse público.¹⁹⁹

Isso significa que a noção de interesse público não estatal, protegido pelo terceiro setor, nada mais é do que uma decisão (ou escolha) tomada na esfera privada que concebe um interesse como o mais importante a ser tutelado no caso concreto.

Tome-se como exemplo uma organização não governamental que atua em defesa do meio ambiente e que luta pela não construção de uma grande obra viária.

¹⁹⁸ BINENBOJN, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional, p. 77.

¹⁹⁹ “[...] os interesses dos particulares não podem ser reputados como intrinsecamente inferiores a um ‘interesse público’ em abstrato. O particular é sujeito de direitos. Seus interesses podem ser tutelados pela ordem jurídica, inclusive em face do Estado, de toda a Nação e dos demais particulares. Afirmar que todo e qualquer conflito de interesses entre particular e Estado se resolve pela prevalência do chamado *interesse público* é uma afirmação inconsistente com a ordem jurídica. E assim se passa precisamente porque a Constituição contempla, antes de tudo, um conjunto de garantias *em favor do particular* e contra o Estado. A supremacia do interesse público somente é consagrada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeito de direito. Mais ainda, é impossível afirmar a existência de um ‘interesse público’ único e unitário. Na generalidade das hipóteses, existem diversos interesses tutelados pela ordem jurídica, todos merecedores de idêntica proteção. A decisão a ser adotada sempre pressuporá a identificação efetiva e cristalina desses diversos interesses. Bem por isso, afirmar o ‘princípio da supremacia do interesse público’ não fornece qualquer critério para identificar a solução compatível com o direito. É indispensável verificar, em face do caso concreto, quais são os interesses em conflito e, somente então, produzir a solução mais compatível com os valores protegidos.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Direito Administrativo do espetáculo*, p. 79.

Essa entidade fez previamente sua escolha, entendendo que naquele caso concreto deve prevalecer a proteção ao meio ambiente, ainda que em detrimento dos empregos gerados e da melhora que a obra poderia acarretar na qualidade de vida das pessoas que por ali circulam.

Como se vê, a atuação das entidades do terceiro setor não perde o caráter privado, visto que as decisões e os rumos a serem seguidos são definidos por um grupo privado.

Deve-se ter em mente que as organizações não governamentais continuam possuindo natureza privada, criadas com base na liberdade de associação, na liberdade de iniciativa, mas também com base na afinidade entre as pessoas (*afectio societates*). Não se trata de entidades geridas por uma diretoria eleita por toda a sociedade e que possui legitimidade para atuar em defesa do “bem comum”.

A própria razão de ser do terceiro setor reside justamente na conjugação do princípio da livre iniciativa com o dever de toda a sociedade civil de lutar pela concretização dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição de 1988.

Portanto, não se pode perder de vista que as ONGs são criadas por particulares com base na autonomia privada para atender a finalidades que seus fundadores escolhem e, dependendo do grau de influência que a diretoria possuir, essas instituições terão acesso a grandes montantes financeiros para atender “aos seus interesses públicos”.

Ao tratar da celebração de convênios administrativos entre entes públicos no início da década de 80, Celso Antônio Bandeira de Mello já advertia sobre a necessidade de compatibilização do interesse público de cada uma “das partes nos convênios”:

[...] Será defeso privilegiar interesses secundários de uma das partes nos convênios firmados entre sujeitos de direito público, pois, em tal caso, estarão sendo feridos interesses públicos que a ambos importa, acima de tudo, defender e buscar. Com depreciar o interesse público de uma delas, estar-se-á hostilizando, também, o interesse público da outra, que é, justamente, o de cumprir o direito em sua inteireza, respeitado em seu espírito e na teleologia que o anima.²⁰⁰

²⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Interesse público primário e secundário _ Convênio entre União e Estado _ Dever de indenização. Parecer. 26 de setembro de 1983. *Revista de Direito Público*. São Paulo, nº 75, Ano XVIII, p. 55-61, julho/setembro de 1985, p. 58.

E ao se compreender que cada parcela da sociedade civil tem o direito legítimo de buscar a efetivação do interesse público segundo sua própria concepção, é imprescindível que seja observado o princípio da isonomia, garantindo-se a todos os interessados igualdade de condições na celebração de convênios administrativos.

Ademais, a observância de um processo administrativo, como a licitação, garante maior efetivação do princípio democrático, já que o pluralismo de ideias e concepções acerca do interesse público será respeitado pelo Estado sem privilégios de quem quer que seja.

À medida que a Administração Pública passa a celebrar mais convênios administrativos com instituições particulares, bem como a aumentar os recursos financeiros repassados às entidades privadas, torna-se ainda maior o risco de deturpação dos princípios republicano e democrático.

Por essa razão, é importante analisar a evolução do terceiro setor e os efeitos das crescentes parcerias celebradas entre o Estado e as entidades sem finalidade lucrativa, principalmente por meio de convênios administrativos.

3.5. O Terceiro setor sustentado pelo Estado

Pode-se dizer que, sob a ótica do estudo dos convênios administrativos, a importância do terceiro setor aumenta à medida em que o Estado eleva os repasses financeiros realizados em prol das organizações não governamentais.

Nas últimas duas décadas verificou-se uma intensa e crescente participação da Administração Pública no desenvolvimento das organizações do terceiro setor.²⁰¹ Para o orçamento de 2010, a União previu que R\$ 629 milhões seriam destinados a

²⁰¹ Não só no Brasil, mas em diversos outros países o Poder Público incentivou o crescimento das organizações não governamentais: “isso aconteceu, não apesar do Poder Público mas, em grande parte, por causa dele. Isso se deu porque o Poder Público se voltou intensamente às organizações sem fins lucrativos para prover serviços financiados por ele. Em alguns casos, o Poder Público até mesmo criou novas organizações sem fins lucrativos onde não existia nenhuma. Em outros casos, estas beneficiaram-se do pagamento pelo Poder Público de pessoas para a prestação de serviços por elas.” TREZZA, Valéria Maria. *O papel das organizações da sociedade civil na democracia*, p. 11-12.

organizações não governamentais, o que representa um acréscimo de 40% sobre o valor previsto no orçamento de 2009.²⁰²

No entanto, nem sempre o terceiro setor pôde contar com grandes repasses provenientes do Poder Público, o que acarreta a necessidade de abordar a evolução das organizações não governamentais no Brasil segundo as diferentes fases de sua atuação.²⁰³

Para a divisão do terceiro setor em três fases é importante se levar em conta tanto o interesse da organização no desempenho de atividades de interesse público, quanto a participação do Estado na execução das atividades propostas.

A primeira fase, que perdurou até o fim da década de oitenta e início da década de noventa, possuía como característica a maior independência das organizações do terceiro setor com relação ao Estado e ao meio empresarial. Apesar de existirem ONGs ligadas a empresas, já na primeira fase, o setor empresarial não se valia do marketing social decorrente da atuação das suas fundações e associações.²⁰⁴

A segunda fase, com início entre o fim da década de oitenta e início da década de noventa, caracteriza-se pela atuação interessada das empresas que atuavam no terceiro setor, comumente por meio de fundações, na maior parte das vezes com o mesmo nome da empresa, consistindo, pois, em seus “braços sociais”.²⁰⁵

A terceira fase, por fim, tem como característica principal a atuação de organizações do terceiro setor por meio de grandes subsídios estatais.

²⁰² PARLAMENTARES incluem R\$ 630 milhões a ONGs no orçamento de 2010. *Jornal Correio Brasiliense (on line)*. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2009/12/20/politica,i=162065/PARLAMENTARES+INCLUEM+R+630+MILHOES+A+ONGS+NO+ORCAMENTO+DE+2010.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2009.

²⁰³ “Não há uma única explicação para o crescimento das entidades do Terceiro setor. No Brasil, seu crescimento resulta do incentivo dado pela ‘Reforma do Estado’ à atividade administrativa de fomento, em decorrência da redescoberta do princípio da subsidiariedade, e da suposta crise do Estado enquanto prestador eficiente de serviços públicos. Muito embora, Terceiro setor e atividade administrativa de fomento sejam assuntos distintos, a redescoberta da atividade administrativa de fomento pode ser vista como a maior responsável pelo crescimento no Brasil dos entes que integram o Terceiro setor – pelo menos daquelas entidades que buscam incentivos do Estado para executar seus objetivos sociais”. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 16.

²⁰⁴ A esse respeito, citem-se como exemplos a Fundação Kellogg e a Fundação Ford, as quais foram criadas na década de 30 do século passado, muito antes, portanto, da existência da concepção do terceiro setor como segmento social organizado.

²⁰⁵ “Da mesma forma que foram surgindo instituições com caráter humanitarista, que têm atividades voltadas para o campo de auxílio ao alcance de determinados interesses, também foi verificada a atuação paralela de empresas com fins lucrativos em atividades que visavam, de uma forma geral, o bem-estar da sociedade”. DEL ÁGUILA. Nereida de Lima. A responsabilidade social nas empresas. IN: *Terceiro setor e tributação*. PAES, José Eduardo Sabo (coord.) Brasília: Fortium, 2006, p. 155-156.

Portanto, devem ser observadas mudanças na forma de atuação das organizações do terceiro setor ao longo das últimas décadas, ainda que o presente trabalho não proponha a realização de uma pesquisa histórica sistematizada acerca do surgimento do terceiro setor. Assim, no presente estudo, concebe-se como marco inicial do terceiro setor no Brasil, entendido como segmento social organizado, a década de setenta. No entanto, faz-se necessário mencionar que as atividades contemporaneamente entendidas como vinculadas às organizações componentes do terceiro setor datam de séculos anteriores.²⁰⁶

Como observou Fernando Mânica, já no século XIX ocorreram movimentos esparsos e pouco duradouros, como alguns movimentos abolicionistas ao redor do país, os quais se assemelhavam às atividades atualmente concebidas como do terceiro setor.²⁰⁷ Durante todo esse período, a Igreja Católica foi a entidade que mais atuou em prol do interesse público.²⁰⁸

Já no século XX, a urbanização e industrialização fizeram com que surgissem numerosas associações profissionais, sindicatos e associações de classe, cujo objetivo era prover assistência ao trabalhador pouco amparado pelo Estado. Desde o final da década de 20, por exemplo, o Presidente da República poderia

²⁰⁶ “O terceiro setor possui raízes longínquas e deriva de diversas experiências observadas em todo o mundo. Notícia-se a existência de entidades dessa natureza já na Antiguidade na China, institucionalizadas sob o Budismo, desde pelo menos o século VIII; no Japão, a primeira entidade (Sociedade de Gratidão) foi criada em 1829, quase um século antes da primeira fundação norte-americana.” DIAS, *op. cit.* p. 118.

²⁰⁷ Nesse período, nos Estados Unidos, o terceiro setor já se mostrava mais consolidado: “[...] observa-se principalmente a partir dos séculos XIX e XX, uma tendência à expansão de fundações milionárias, a exemplo da Fundação Rockefeller, Fundação Ford e Fundação W. K. Kellog. Estudiosos avaliam que parte desse fenômeno se deve ao grande progresso econômico dos Estados Unidos, aliado a uma política de incentivos tributários em favor das tais organizações. O patriotismo, a compaixão e a religiosidade de alguns milionários americanos também são apontados como fatores que impulsionaram a doação de vultosas quantias para a caridade em períodos de crise no País.” NUNES, Andrea. *Terceiro setor: controle e fiscalização*, p. 21.

²⁰⁸ MÂNICA, Fernando Borges. *Panorama histórico-legislativo do Terceiro setor no Brasil: do conceito de Terceiro setor à Lei das OSCIP*, p. 176. No mesmo sentido: “O papel da Igreja foi fundamental na gestação dos espaços, iniciativas e valores ligados às atividades filantrópicas na época colonial. Pensar na sociedade daquela época passa necessariamente pela Igreja e seu papel de órgão público na organização da sociedade civil. Assim, onde quer que fossem encontradas organizações encarregadas da assistência social, do ensino e da saúde, encontrava-se a Igreja, com o mandato do Estado, na sua promoção. De fato, a primeira organização filantrópica do Brasil foi a Santa Casa de Santos, criada em 1543 pela Irmandade da Misericórdia, confraria onde se dava a participação coletiva dos leigos no catolicismo tradicional. Também merecem destaque as ordens jesuítas e sua atuação na área educacional.” TREZZA, Valéria Maria. *O papel das organizações da sociedade civil na democracia*, p. 14. Segundo Gustavo Justino: “[...] a criação de entidades privadas desprovidas de finalidades lucrativas, direcionadas a desenvolver atividades nos campos da defesa e da promoção dos direitos sociais, é anterior à constituição e à formalização do Estado brasileiro. Tal afirmação apóia-se no fato de que a fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos em 1543, representa a certidão de nascimento do Terceiro setor no Brasil, no sentido de marcar a atuação, em nosso país, de organizações privadas não lucrativas na consecução de atividades qualificadas como de interesse público ou de relevância pública.” OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito do Terceiro setor*, p. 22-23.

conceder recursos, mediante critérios pouco definidos, às entidades prestadoras de serviços de interesse público, desde que elas o requeressem, por meio de um pedido formal.²⁰⁹

A análise e fiscalização dos pedidos de subvenção social só adquiriram critérios previamente definidos em 1931, ano em que foi criada a *Caixa de Subvenções*, quando o Ministério da Justiça passou a desempenhar tais funções. Durante esses anos, destaca-se a promulgação da Lei nº 91, de 28 de agosto de 1935, que autorizou o Poder Público federal a conceder o título de *declaração de utilidade pública* a determinadas pessoas jurídicas de direito privado, constituídas no Brasil, que estivessem em funcionamento e servissem desinteressadamente à coletividade sem remunerar seus dirigentes.²¹⁰

Entretanto, na década de trinta, durante o governo de Getúlio Vargas, foi marcante o enfraquecimento das forças das associações e sindicatos trabalhistas. A partir de 1937, com a implantação do “Estado Novo”, tais associações e determinados sindicatos foram duramente perseguidos.²¹¹

Alguns anos depois, a partir da década de cinquenta, parte da sociedade civil brasileira mobilizou-se a fim de conceber associações relativamente autônomas e fortemente politizadas.²¹² Uma forte característica dessa década foi a presença do Estado, acompanhando as organizações permeadas de debates de interesse social.²¹³

Ao longo da década de setenta, surgiram organizações não governamentais contrárias ao regime ditatorial estabelecido no Brasil com o Golpe Militar de 1964.²¹⁴

²⁰⁹ MÂNICA, *op. cit.* p. 176.

²¹⁰ MÂNICA, *op. cit.* p. 176.

²¹¹ MÂNICA, *op. cit.* p. 176. No mesmo sentido: “Posteriormente, a intervenção do governo Getúlio Vargas criaria uma política social, com uma legislação previdenciária e trabalhista, que mudaria e passaria a controlar esse quadro, fazendo com que esse associativismo perdesse seu vigor. O conjunto de normas regulamentadas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943 estabelece um modelo único e possível para o funcionamento dos sindicatos, atrelando-os política, administrativa e financeiramente ao Ministério do Trabalho. Regulamenta-se a unicidade sindical e a organização verticalizada por categoria profissional. A repressão política, sobretudo após o fechamento do Congresso em 1937, encarrega-se de extinguir de vez as associações que ainda existissem por fora dessa estrutura.” TREZZA, Valéria Maria. *O papel das organizações da sociedade civil na democracia*, p. 17.

²¹² TREZZA, *op. cit.* p. 17.

²¹³ TREZZA, *op. cit.* p. 17.

²¹⁴ “O golpe de Estado de 1964 em reação política à ‘república sindicalista’ e às possíveis ameaças de revolução social iria enterrar de vez o pacto populista e o esquema de poder criado a partir dos anos 1930. Inicia-se um novo período em que a lenta e progressiva reorganização da sociedade civil vai se fazer através da multiplicação de novos tipos de entidades marcadas pela autonomia, ou mesmo oposição, com relação ao Estado, e atuando em

Ditas organizações, que também se voltaram à defesa das minorias, do meio ambiente e dos movimentos sindicais, podem ser entendidas como as precursoras do que hoje se entende por organizações não governamentais componentes do terceiro setor.²¹⁵

Constata-se, portanto, que a característica marcante da primeira fase, conforme mencionado acima, foi a independência do meio empresarial e a “atuação desinteressada” das organizações do terceiro setor.

Nesse período as doações das empresas para as ONGs eram eventualmente realizadas, mas não guardavam vinculação estratégica com a atividade empresarial. Assim, havia uma linha demarcatória entre os três setores: Estado, empresas e organizações sociais não lucrativas.²¹⁶

Ademais, na primeira fase as ONGs em geral foram criadas e mantidas sem o auxílio do Estado. Destaca-se, por exemplo, a criação da Fundação Odebrecht em 1965²¹⁷ e o surgimento do Greenpeace em 1971, uma organização global voltada para a defesa do meio ambiente que não se encontra vinculada a nenhuma empresa ou governo.²¹⁸

Além do Greenpeace, diversas outras organizações sociais desenvolveram interessantes projetos sociais sem estabelecer quaisquer espécies de vínculos jurídicos com a Administração Pública.

Somente com o início de inúmeros protestos e movimentos sociais em todo o mundo, com o propósito de defender determinados grupos ou interesses

novos campos. A marca da época é a violenta repressão contra as organizações e movimentos sociais.” TREZZA, Valéria Maria. *O papel das organizações da sociedade civil na democracia*, p. 18.

²¹⁵ “[...] termo “ONG” no Brasil está mais associado a um tipo particular de organização, surgida aqui a partir da década de 1970, no âmbito do sistema internacional de cooperação para o desenvolvimento. Sua origem no período autoritário e seu horizonte internacionalizado numa época de exacerbação dos embates ideológicos globais resultaram numa ênfase na dimensão política das ações, aproximando-as do discurso e da agenda das esquerdas.” FERNANDES, Rubem César. *O que é o terceiro setor?* p. 26. No mesmo sentido: “O desenvolvimento do Terceiro setor no Brasil começou a ganhar força a partir da década de 70, quando houve uma significativa expansão das associações civis, dos movimentos sociais, sindicatos, grupos ambientalistas e de defesa das minorias, surgindo nesta fase um significativo número de organizações não governamentais (ONGs).” ZEN, Marcela Roza Leonardo. *Licitação e Terceiro setor: reflexões sobre o concurso de projetos da lei das OSCIP’s*, p. 78.

²¹⁶ RODRIGUES, Maria Cecília Prates. *Projetos Sociais Corporativos: como avaliar e tornar essa estratégia eficaz*, p. 143.

²¹⁷ Informações institucionais obtidas no site <http://www.fundacaoodebrecht.org.br/quemsomos.php>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

²¹⁸ **“Por não aceitar doações de governos, empresas ou partidos políticos, o Greenpeace existe graças à contribuição de milhões de colaboradores em todo o mundo, que garantem nossa independência** e o nosso compromisso exclusivo com os indivíduos e com a sociedade civil. Hoje, o Greenpeace está presente em mais de 40 países e conta com a colaboração de aproximadamente 3 milhões de pessoas.” (grifo nosso) Disponível em : <http://www.greenpeace.org/brasil/quemsomos/>. Acesso em: 06 jun. 2010.

(movimentos antiguerra, feminista e ambiental), ocorridos nos anos 60 e 70, é que as empresas começaram a desenvolver projetos sociais mais relevantes. Iniciou-se uma pressão social compelindo as empresas a mudarem de postura, haja vista a desconfiança popular em torno das sociedades empresariais.²¹⁹

Inicia-se então um novo momento de atuação das empresas nas áreas sociais.²²⁰ No entanto, como bem observou Maria Cecília Rodrigues, o novo conceito de responsabilidade das empresas tem muito menos a ver com uma nova preocupação ética das empresas com o meio ambiente e as condições sociais do planeta do que com fatores econômicos, políticos e estruturais:

Assim, o fortalecimento da ação social no contexto corporativo, a partir da década de 1990, deve ser entendido à luz desse novo enfoque da responsabilidade social empresarial e faz parte, por um lado, da estratégia reativa das empresas aos grupos de pressão (governos e movimentos populares) e, por outro lado, da estratégia proativa em busca por maior competitividade.²²¹

Assim, entre o fim da década de oitenta e início da década de noventa percebe-se uma mudança na forma de atuação dessas organizações. Nesse período inicia-se a segunda fase do terceiro setor no Brasil. Destaca-se que foi nesse período que se aprofundaram os estudos acerca do tema, surgindo trabalhos acadêmicos com forte cunho sociológico sobre a noção e abrangência do termo, sem, no entanto, ser possível conceber uma definição unânime acerca da expressão “terceiro setor”.

Observe-se que a redemocratização do Brasil, consubstanciada pela promulgação da Constituição da República de 1988, consistiu em contexto extremamente favorável para a constituição de novos arranjos da sociedade civil organizada após 20 anos de ditadura militar.²²²

²¹⁹ RODRIGUES, Maria Cecília Prates. *Projetos Sociais Corporativos: como avaliar e tornar essa estratégia eficaz*, p. 145.

²²⁰ “O acidente de derramamento de óleo com o petroleiro Valdez da empresa Exxon, ocorrido em 1989, foi o estopim para dar início ao terceiro momento da filantropia empresarial nos Estados Unidos, o da chamada filantropia estratégica. Isto porque aquele acidente serviu para evidenciar o papel que a ação social poderia ter para a construção de alianças estratégicas para a empresa pois, em circunstâncias como aquela, a existência de parcerias a priori com grupos de ambientalistas teria sido extrema valia para a recomposição da imagem da Exxon. Na filantropia estratégica, é feito um esforço aberto para vincular as doações da empresa com os seus objetivos econômicos.” RODRIGUES, *op. cit.* p. 144.

²²¹ RODRIGUES, *op. cit.* p. 146.

²²² “No caso brasileiro, a participação da sociedade civil organizada ganha maior evidência a partir de meados da década de 1980, quando se inicia o processo de redemocratização do País depois de mais de 20 anos de ditadura militar. O marco dessa transição é a Constituição Federal promulgada em 1988, que traz em seu texto e em suas

A primeira-dama no período de 1994 a 2001, Ruth Cardoso, posicionava-se, já em 1996, quanto à dificuldade de se fornecer uma definição exata acerca do terceiro setor, mas apontava, desde então, os elementos fundamentais para a sua caracterização: iniciativas privadas voluntárias, sem fins lucrativos e de interesse público.²²³

Sustentava a autora que a noção de terceiro setor perpassava pela mobilidade social ocorrida no final do século passado, que gerava novas formas de agir, desafiadoras da convencional dicotomia público/privado, haja vista a pluralidade de valores sociais.²²⁴

Ao contrário da atuação estatal, que é naturalmente lenta e burocrática, o terceiro setor poderia buscar soluções inovadoras para os problemas sociais, “construindo novas formas de agir na área social”.²²⁵

Nesta segunda fase, percebeu-se um crescimento, em relação à primeira fase, da importância do terceiro setor, seja pelos trabalhos acadêmicos produzidos, seja pelos debates acerca do tema.

Um dos fatores que comprovam o crescimento do terceiro setor foi o elevado número de organizações não governamentais que surgiram nesse período. Não seria crível justificar o crescimento de ONGs devido à inesperada e repentina

leis complementares boa parte da arquitetura institucional que regula hoje a sociedade brasileira. A partir desse período e, especialmente, ao longo dos anos de 1990, crescem no País diversos tipos de arranjos entre Estado e organizações da sociedade na implementação e na co-gestão de políticas públicas, particularmente, as de caráter social. Assim, a avaliação e a qualificação desses arranjos requer, dentre outros subsídios para análise, um melhor conhecimento do papel que os diversos atores não-governamentais vêm desempenhando no País.” Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/default.shtm>. Acesso em: 01 de nov. de 2010.

²²³ CARDOSO, Ruth. *Fortalecimento da sociedade civil*, p. 07.

²²⁴ “Tenho a convicção de que o conceito de Terceiro setor descreve um espaço de participação e experimentação de novos modos de pensar e agir sobre a realidade social. Sua afirmação tem o grande mérito de romper a dicotomia entre o público e o privado, na qual público era sinônimo de estatal e privado de empresarial. Estamos vendo o surgimento de uma esfera pública não estatal e de iniciativas privadas com sentido público. Isso enriquece e complexifica a dinâmica social. O Terceiro setor, por sua vez, é um campo marcado por uma irreduzível diversidade de atores e formas de organização. Na década de 80 foram as ONGs que, articulando recursos e experiências na base da sociedade, ganharam visibilidade enquanto novos espaços de participação cidadã. Hoje percebemos que o conceito de Terceiro setor é bem mais abrangente. Inclui o amplo espectro das instituições filantrópicas dedicadas à prestação de serviços nas áreas de saúde, educação e bem-estar social. Compreende também as organizações voltadas para a defesa dos direitos de grupos específicos da população, como as mulheres, negros e povos indígenas, ou de proteção ao meio ambiente, promoção do esporte, da cultura e do lazer. Engloba as múltiplas experiências de trabalho voluntário, pelas quais cidadãos exprimem sua solidariedade através de doação de tempo, trabalho e talento para causas sociais. Mais recentemente temos observado o fenômeno crescente da filantropia empresarial, pelo qual as empresas concretizam sua responsabilidade e compromisso com a melhoria da comunidade.” CARDOSO, Ruth. *op. cit.* p. 08.

²²⁵ CARDOSO, Ruth. *op. cit.* p. 10.

consciência social de parte da sociedade civil que se organizou a fim de promover direitos sociais.

Pelo contrário, as ONGs concebidas, nessa segunda fase, possuíam as mesmas características das ONGS atuantes ao longo da primeira fase: autonomia, busca pelo interesse público e finalidade não lucrativa. Todavia, ao contrário do que ocorreu na primeira fase, diversas entidades passaram a atuar com propósitos que ultrapassavam a filantropia.

Na segunda fase, as empresas começaram a criar “braços sociais” que atuavam na promoção de algum direito coletivo. Essas sociedades empresariais perceberam que a opinião pública se sensibilizava com a ideia de “responsabilidade social”. Passaram, então, a utilizar do *marketing* para melhorar sua imagem frente à população.²²⁶

A constatação dessa nova fase poderia ser percebida com o surgimento de inúmeras fundações com o nome de grandes grupos econômicos, como a “Fundação Itaú Social”²²⁷ e o “Instituto Ronald McDonalds”.²²⁸

²²⁶ “As empresas costumam atuar em atividades de utilidade pública por meio da criação de uma fundação ou instituto, entre outras possibilidades. Independentemente da causa de atuação (bondade ou interesse), o fato é que o movimento de responsabilidade social das empresas pode ser considerado um fator que tem causado, contemporaneamente, o aumento do número de entidades privadas sem fins lucrativos.” DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação*: por um novo marco jurídico, p. 148. Vale anotar alguns exemplos: “Durante a Roda Viva de MRC no Festival Latino-Americano de Captação de Recursos, Andrea Peçanha, gerente de desenvolvimento institucional do Instituto de Pesquisa Ecológicas (IPE), compartilhou o processo de negociação do percentual do valor de venda das Havaianas Ipê a ser repassado para a organização. Dentro de um espectro de 2 a 10%, por iniciativa da empresa ficou em 7%, superando positivamente as expectativas da organização. Esse processo exige cálculo sobre a projeção do volume de vendas para o período e o valor de repasse, para avaliar se o montante a ser arrecadado atinge as metas da organização e as necessidades de mobilização para a causa. Atualmente, a parceria comemora cinco anos, 3,2 milhões de pares vendidos e R\$ 1,5 milhão destinados ao instituto. Já o diretor do Instituto Avon, Lírio Cipriani, alerta para a necessidade de instrumentos de monitoramento dos resultados e indicadores de avaliação, para que as empresas possam medir o retorno sobre o investimento social e, também, prestar contas aos seus consumidores. As organizações beneficiadas pela campanha ‘Avon contra o Câncer de Mama’, inclusive, são capacitadas pela empresa para desenvolver projetos que atendam aos critérios de investimento social. Em pouco mais de 15 anos, a companhia arrecadou e investiu mundialmente U\$ 650 milhões. No Brasil, a partir da destinação de 7% da venda dos produtos relacionados à causa, mais de R\$ 14 milhões foram investidos em 66 projetos focados no combate ao câncer de mama, beneficiando mais de 800 mil mulheres.” WOODS, Márcia. *Marketing relacionado a causas: uma alternativa para a mobilização de recursos: Parcerias com empresas ajudam a arrecadar recursos, promover a causa e fortalecer a imagem institucional de organizações sociais*, p. 31.

²²⁷ “O Itaú sempre esteve comprometido com a comunidade e o desenvolvimento econômico e social do Brasil. Em 1993, criou o Programa de Ação Comunitária para articular as ações sociais desenvolvidas pelo Banco de maneira pontual. Em 2000, o projeto ganhou nova amplitude com a constituição da Fundação Itaú Social, criada especificamente para estruturar e implementar os investimentos sociais da empresa, tendo como foco programas de melhoria das políticas públicas de educação e avaliação sistematizada de projetos sociais. Para isso, o Itaú criou um fundo patrimonial, que em dezembro de 2008 era de R\$ 643 milhões. O orçamento anual da Fundação é resultante do superávit da aplicação nesse fundo. Em 2009, o valor destinado à aplicação nos programas da

Essa forma de atuação dificultou o desempenho de parte dos entes do terceiro setor na execução das atividades propostas, pois alguns patrocinadores de seus projetos passaram a atuar diretamente na promoção de algum interesse público, deixando de auxiliar as tradicionais organizações não governamentais. Lembra Rachel Pellizzone da Cruz que:

Desde então, as empresas passaram a investir nos próprios projetos, propostos e executados por seus braços sociais. Com essa medida, e considerando que as empresas que possuem institutos e fundações culturais encontram-se entre os maiores investidores em cultura no país, artistas e produtores independentes perderam, ao menos parcialmente, a oportunidade de serem apoiados por essas empresas.²²⁹

A atuação interessada das entidades do terceiro setor passou a ser incentivada pelo próprio Estado, por meio da concessão de incentivos fiscais a empresas que destinassem parcela de seu faturamento a atividades ligadas ao terceiro setor. Nesse sentido, destaca-se a Lei n. 8.313, de 23 de dezembro de 1991 (Lei Rouanet), que passou a permitir a dedução de tributos devidos pelas empresas que incentivem atividades culturais.²³⁰

O estímulo oferecido pelo governo federal fez proliferar institutos e fundações atreladas a empresas. Curioso é que, não havendo qualquer exigência legal quanto à gratuidade e abrangência das atividades desenvolvidas pelos braços sociais

organização é de R\$ 49,5 milhões.” Acesso em: 15 de março de 2010. Disponível em: <http://www.fundacaoitausocial.org.br/>

²²⁸ “Fundado em 8 de abril de 1999, pelo McDonald's com o apoio de instituições ligadas ao combate ao câncer infante-juvenil, o Instituto Ronald McDonald é uma associação brasileira, sem fins lucrativos, e com total autonomia administrativa.” Disponível em: <http://www.instituto-ronald.org.br/>. Acesso em: 15 mar. 2010.

²²⁹ CRUZ, Rachel Pellizzone da. *LEI ROUANET: incentivo fiscal para que cultura?* p. 70-71. Segundo pesquisa realizada pela autora: “O próprio Ministério da Cultura cuidou de divulgar a benesse: “Organizações que adotam a cultura como política de marketing podem encomendar projetos compatíveis com seu interesse ou mesmo criar organizações culturais, com personalidade própria e sem fins lucrativos, com o objetivo de promover sua imagem institucional. Nesse caso, o incentivador pode custear a manutenção dessa organização e de seus projetos pela Lei.” MINISTÉRIO DA CULTURA. Apoio a projetos, como contribuir. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br> Acesso em: 20 jun. 2002, *apud* CRUZ, Rachel Pellizzone da. *LEI ROUANET: incentivo fiscal para que cultura?* p. 71. A utilização de fonte indireta, neste caso, justifica-se em razão de a orientação não se encontrar mais disponível no *site* do Ministério da Cultura

²³⁰ “Após o desmonte das estruturas estatais, em 1991, ainda no governo do presidente Collor, foi editada a Lei Rouanet (Lei n° 8.313/91) com o objetivo de atender aos artigos 215 e 216 da Constituição. Instituiu-se assim o “Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), a ser implementado através do Fundo Nacional de Cultura (FNC), dos Fundos de Investimento Cultural e Artístico (Ficart) e do incentivo a projetos culturais através da dedução fiscal ou mecenato. [...] a Lei Rouanet permitiria, a princípio, a concessão de financiamentos, seja pelo Ficart, pelo FNC ou pelo incentivo fiscal, a qualquer projeto que envolvesse cultura em sentido amplo.” CRUZ, *op. cit.* p. 56-57.

das empresas, “enquanto alguns promovem ações culturais voltadas para a comunidade, outros praticam preços inacessíveis à maior parte da população”.²³¹

Antonia Baraggia alerta que a institucionalização das relações com o Estado pode acarretar modificações na concepção e na atuação das entidades sem finalidade lucrativa. Segundo a autora, as entidades do terceiro setor passam a se profissionalizar e a direcionar seus esforços para o atendimento dos requisitos exigidos pela Administração Pública, reduzindo-se a aproximação com a sociedade e o desenvolvimento do trabalho nos moldes tradicionais do voluntariado.²³²

Cumprir destacar, no entanto, que mesmo com o intenso crescimento dessas fundações “interessadas”, ainda existiam, e existem, organizações atuantes de forma desinteressada, sem finalidade lucrativa e voltadas a execução de atividades de interesse público.²³³

A partir da criação do MARE em 1995, sob a direção do então ministro Luis Carlos Bresser Pereira, iniciou-se um movimento de transferência de determinadas entidades estatais na área social para o terceiro setor.²³⁴

Conforme expresso no Plano Diretor da Reforma do Estado, a intenção de transferir as atividades sociais do Estado para a sociedade civil consistiu em estratégia de gestão administrativa.

²³¹ CRUZ, *op. cit.* p. 71.

²³² “A ciò si aggiunga il fatto che l’istituzionalizzazione dei rapporti tra privato non profit e pubblica amministrazione influenza anche inevitabilmente la struttura interna degli enti, spinti verso una sempre più marcata professionalizzazione ed imprenditorializzazione, a discapito delle espressioni meno strutturate, basate in gran parte sulla componente volontaria, che costituiscono una delle anime fondamentali del settore. In tutto ciò si intravede il rischio che le stesse organizzazioni non profit siano spinte a concentrarsi sul possesso dei requisiti e dei parametri oggettivi richiesti per ‘accreditamento, trascurando e affievolendo sempre di più la loro capacità più preziosa ovvero quella di essere ‘dentro’ la società, quali antenne dei nuovi bisogni sociali, capaci di cogliere assai prima delle istituzioni malesseri e necessità nuove e di fornirvi risposte innovative”. BARAGGIA, Antonia. *I vincoli normativi sul settore non profit. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. v. 3. 2010, p. 68.

²³³ “As empresas costumam atuar em atividades de utilidade pública por meio da criação de uma fundação ou instituto, entre outras possibilidades. Independentemente da causa de atuação (bondade ou interesse), o fato é que o movimento de responsabilidade social das empresas pode ser considerado um fator que tem causado, contemporaneamente, o aumento do número de entidades privadas sem fins lucrativos.” DIAS, *op. cit.* p. 148.

²³⁴ “Atualmente, a presença das organizações sem fins lucrativos no campo da provisão de serviços públicos tem estreita relação com a Reforma do Estado e com as transformações na maneira como o Poder Público tem assumido suas responsabilidades com a provisão de serviços e a implementação de políticas públicas. A Reforma do Estado inseriu no cenário público novos atores para auxiliar ou substituir o Estado na execução de suas atribuições, restando ao Estado não mais produzi-los exclusivamente, mas regulá-los e financiá-los. O que se buscou foi redefinir as funções e atribuições do Estado e tirar dele o encargo da provisão de bens e serviços que poderiam ser desempenhados por outros.” TREZZA, Valéria Maria. *O papel das organizações da sociedade civil na democracia*, p. 15.

Com essas medidas de “enxugamento” da máquina estatal, por meio do repasse das atribuições para a sociedade civil, o Estado passou a ter mais interesse no fortalecimento do terceiro setor.

Dessa forma, o Poder Público aumentou exponencialmente as subvenções e repasses para as ONGs. Caso o terceiro setor não suportasse tal encargo ou não demonstrasse interesse em desempenhar as atividades sociais, o Poder Público teria que retomar a execução de tais atividades.

A partir de então, percebe-se o início da terceira fase na evolução do terceiro setor, no momento em que o Estado passou a financiar diretamente os projetos vinculados às organizações não governamentais.

Pode-se perceber, com a da terceira fase, uma mudança de postura do Estado quanto às atividades de interesse público desenvolvidas pela iniciativa privada. É que, tradicionalmente, a atividade de fomento da Administração Pública representava estímulo às práticas socialmente relevantes por meio de benefícios específicos, como isenções fiscais.

A partir da década de noventa, no entanto, o Estado passou a custear integralmente determinados projetos apresentados pelo terceiro setor, multiplicando-se o número de ONGs em virtude da possibilidade de serem mantidas por meio de convênios com o Estado. De acordo com a Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais, já havia no Brasil, em 2005, 338 mil entidades privadas sem fins lucrativos, sendo que entre 1996 e 2002 foi registrado um crescimento de 157%.²³⁵

Na terceira fase da evolução do terceiro setor, portanto, observa-se que uma parcela relevante da sociedade civil organizada constituiu relação de dependência estatal, ao contrário do que ocorria com as entidades sem finalidade lucrativa até a década de noventa. Nesse sentido, em 2006 o IBGE já atestava que mais da metade das entidades privadas de assistência social tinham algum tipo de financiamento público.²³⁶

²³⁵ Informação institucional disponível em: <http://www.abong.org.br/ongs.php>. Acesso em: 12 de março de 2010.

²³⁶ Em relação aos financiamentos e parcerias, uma pesquisa realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostrou que, das 16.089 instituições estudadas, 8.964 (55,7%) recebem algum financiamento público das esferas municipal, estadual ou federal. O financiamento originários de municípios é o que mais se destaca, atingindo 7.613 dessas organizações (84,9%). Já os financiamentos estadual e federal chegam a, respectivamente, 39,5% e 40,5% dessas

Com a consolidação da terceira fase do terceiro setor, no final da década de noventa e início dos anos dois mil, grande parte das atividades realizadas por organizações não governamentais passou a ser custeada pelo Estado.

Percebe-se, pois, que a celebração de convênios administrativos com entidades privadas tornou-se uma importante via para a Administração Pública realizar as atividades sociais de sua competência, o que reforça a necessidade de serem observadas normas decorrentes do regime jurídico-administrativo.

3.6. A aproximação entre o regime jurídico dos contratos administrativos (gênero) e o dos convênios celebrados com entidades privadas

O convênio celebrado entre a Administração Pública e as organizações do terceiro setor é concebido como instrumento para a realização da atividade administrativa de fomento. Trata-se, pois, de técnica de incentivo da qual se vale o Estado para estimular a iniciativa privada a desempenhar atividades voltadas à consecução do interesse público, nos termos do art. 174 da Constituição de 1988.²³⁷

O meio de incentivo normalmente utilizado para o desenvolvimento das atividades vinculadas ao terceiro setor é o fomento econômico, o qual busca promover o exercício de atividades particulares relevantes para o interesse público mediante a concessão de determinadas vantagens patrimoniais.²³⁸

instituições. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=1047. Acesso em: 07 de out. de 2010.

²³⁷ “Quanto ao convênio entre entidades públicas e particulares, ele não é possível como forma de delegação de serviços públicos, mas como modalidade de **fomento**. É normalmente utilizado quando o Poder Público quer incentivar a iniciativa privada de interesse público. Ao invés de Estado desempenhar, ele mesmo, determinada atividade, opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira fazê-lo, por meio de auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais etc. A forma usual de concretizar esse incentivo é o convênio.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 338-339. No mesmo sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 524.

²³⁸ “A doutrina classifica os *meios de fomento econômico* em reais, *fiscais*, *creditícios* e *econômicos em sentido estrito*. Os *meios reais* são aqueles que consistem na prestação ou dação de coisas ou serviços da Administração aos particulares, sem encargos para estes, que as recebem ou os utilizam nessas condições. Incluem-se dentro desses meios de fomento o uso ou aproveitamento de coisas do domínio da Administração, a utilização gratuita de certos serviços científicos ou técnicos próprios da Administração. Os *meios fiscais* ocorreriam pelo estabelecimento de isenções, imunidades tributárias, redução de alíquotas, remissão, anistia, diferimentos e fixação de prazos excepcionais de recolhimento de tributos. [...] Os *meios creditícios* se configurariam pelo

Importante não confundir o conceito de fomento econômico com o de subvenções econômicas, disposto no art. 12, § 3º da Lei nº 4.320/64, de 17 de março de 1964. Enquanto o critério doutrinário utilizado para definir o fomento econômico é a existência de vantagens patrimoniais, a Lei nº 4.320/64 classifica as subvenções em sociais e econômicas a depender do destinatário dos recursos repassados. Assim, consideram-se subvenções sociais “as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa”, e subvenções econômicas “as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril”.

Deve-se observar que, por meio das ações de fomento, o Estado simplesmente estimula o particular a realizar atividades que são próprias da sua atividade social ou econômica, não havendo que se falar, pois, em delegação de serviço público. Nesse sentido, Di Pietro observa que a celebração de convênios entre as organizações do terceiro setor e a Administração Pública não tem o condão de transferir a execução de serviços públicos aos particulares.²³⁹

E como se trata de incentivo promovido pelo Poder Público, cabe ao particular decidir se adere ou não às políticas de fomento criadas pelo Estado, haja vista que as atividades privadas são amparadas pelo princípio constitucional da livre iniciativa.²⁴⁰

Dessa forma, deve-se observar que as organizações sem finalidade lucrativa podem realizar suas atividades sem manter qualquer vínculo com o Estado, não sendo

estabelecimento de linhas privilegiadas de crédito ou meios alternativos de financiamento. Os *meios econômicos em sentido estrito* consistem em ajudas ou vantagens financeiras dadas pela Administração aos destinatários da atividade de fomento, normalmente designados *subvenções* ou *auxílios* (...)” Além do fomento econômico, destaca o autor a existência dos meios jurídicos e honoríficos de fomento: “Os *meios jurídicos* de fomento configuram a outorga de uma condição privilegiada a determinadas pessoas, o quê, indiretamente, cria para elas diversas vantagens econômicas. O *fomento honorífico* é aquele que busca promover ou acentuar o exercício de certas atividades, de interesse público, pelos particulares, mediante a outorga de títulos, distinções, condecorações que atuam sobre o conceito e o sentimento de honra que existe em toda pessoa.” ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 37-38.

²³⁹ “O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do ajuste; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 339.

²⁴⁰ “O importante é destacar que, sendo a liberdade de iniciativa um fundamento da República, o fomento público é de adesão facultativa pelo administrado relativamente aos objetivos de interesse público fixados em lei, em troca dos incentivos nela previstos; só a partir da adesão é que o administrado se obriga a cumprir as metas cuja implementação é incentivada.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.) *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 17.

a atividade administrativa de fomento inerente à existência ou ao desenvolvimento do terceiro setor.

Percebe-se, assim, que o Estado pode se desincumbir de maneiras distintas do dever de atender às demandas dos cidadãos na área social. Atividades materiais nas áreas de educação e saúde, por exemplo, podem ser prestadas diretamente pela Administração (caso em que as atividades consistem em serviços públicos) ou por meio da celebração de parcerias com o setor privado.²⁴¹

O próprio modelo político-econômico adotado por um determinado Estado pode influenciar na forma de a Administração Pública desempenhar as atividades sociais, haja vista que há defensores de um Estado “mais enxuto” como há também defensores de uma Administração prestadora de todos os serviços sociais.²⁴²

Não se podem perder de vista que os convênios celebrados entre o Estado e as entidades do terceiro setor enquadram-se na atividade administrativa de fomento, de modo que a Administração incentiva determinadas práticas que são livres à iniciativa privada. Assim, várias atividades que possuem natureza de serviço público quando

²⁴¹ “A parceria pode servir a variados objetivos e formalizar-se por diferentes instrumentos jurídicos. Ela pode ser utilizada como: a. forma de **delegação** da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviços públicos, ou das parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa, criadas pela Lei nº 11.079, de 30-12-2009); b. meio de **fomento** à iniciativa de interesse público, efetivando-se por meio de convênio ou contrato de gestão; c. forma de **cooperação** do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de prestação de serviços, obras e fornecimento, sob a forma de empreitada regida pela Lei nº 8.666, de 26-6-93, ou de concessão administrativa, regida pela Lei nº 11.079/2005); b. instrumento de **desburocratização** e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 22-23.

²⁴² “Estamos assistindo, então, a uma outra forma de o Estado atuar. Razões de governo podem levar o Estado a atuar de forma mediata, indireta, fazendo-se substituir no exercício da prestação de serviços relevantes à população por particulares em colaboração, mediante a adoção de instrumentos jurídicos diversos daqueles habitualmente utilizados na prestação de serviços públicos, como a delegação (concessão e permissão) e que configurariam, no seu conjunto, a atividade de fomento. A questão fundamental, no entanto, é saber se a Administração pode, livremente, optar por formas jurídicas de atuação, isto é, se ela pode substituir meios diretos de agir por meios indiretos. Penso que não. Dado o teor do texto constitucional que disciplina o agir da Administração Pública, não lhe é permitido escolher entre a prestação direta de serviços de saúde, ou a possibilidade de entregar a gestão dos serviços de saúde a Organizações Sociais, mediante celebração de contratos de gestão. Ademais, como será visto oportunamente, 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. A atuação do Estado mediante a ação administrativa de fomento revela outra característica do chamado Terceiro Setor. Embora, a princípio, todos os entes que não exerçam atividade lucrativa e busquem alcançar finalidades sociais relevantes possam integrar o Terceiro setor, o fato é que os entes que o integram buscam, também, receber do Estado os recursos necessários à realização de tais finalidades, mediante, como dito, a ação administrativa de fomento.” ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro setor*, p. 21.

executadas pela Administração, são consideradas atividades econômicas quando desempenhadas livremente pelos particulares.²⁴³

Não se pode confundir, pois, as situações em que o Poder Público incentiva comportamentos livres à iniciativa privada (fomento), com outras em que a Administração *delega* a particulares atribuições que lhe são próprias. É neste último caso que o art. 175 da Constituição autoriza a delegação da execução de serviços públicos, mediante concessão ou permissão, hipótese em que é evidente a impossibilidade de o particular prestar tais atividades sem a outorga estatal.²⁴⁴

Sob o ponto de vista técnico-jurídico, portanto, não há que se falar em delegação de serviços públicos nas relações entre o Estado e as entidades do terceiro setor, visto que as entidades privadas atuam amparadas no princípio da autonomia privada.

Ocorre que, sob a ótica substancial, o Poder Público deixa de prestar diretamente serviços sociais para transferir a execução e a responsabilidade por tais atividades às organizações não governamentais. Daí a confusão acerca da utilização do termo “delegação” de serviços públicos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que as parcerias entre o Estado e as entidades privadas podem servir a variados objetivos e formalizar-se por diferentes instrumentos jurídicos, como concessão e permissão de serviços públicos (para delegação da execução de serviços públicos a particulares); convênio ou contrato de gestão (meios de fomento à iniciativa privada de interesse público); contratos de prestação de serviços, obras e financiamentos, denominados pela autora de “instrumento da terceirização” (forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública).²⁴⁵

²⁴³ “É diferente dos serviços públicos não exclusivos do Estado, como os da saúde e educação, que a Constituição, ao mesmo tempo em que os prevê, nos artigos 196 e 205, como deveres do Estado (e, portanto, como serviços públicos próprios), deixa aberta ao particular a possibilidade de exercê-los por sua própria iniciativa (arts. 199 e 209), o que significa que se incluem na categoria de serviços públicos impróprios; nesse caso, a autorização não constitui ato de delegação de atividade do Estado, mas simples medida de polícia”. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Parcerias na Administração Pública*, p. 265.

²⁴⁴ Conforme será analisado no capítulo seguinte (item 4.3.2), existem vários contratos celebrados entre o setor público e a iniciativa privada que não envolvem a delegação de serviços públicos, de modo que a transferência de competências não pode ser apontada como argumento suficiente para negar natureza contratual ao convênio administrativo.

²⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 22-23.

Não há dúvidas de que o aumento de transferências financeiras do Estado ao terceiro setor representa decisão político-econômica de privatizar (*lato sensu*) a realização das atividades sociais que incumbem ao Estado. Embora o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado utilize da expressão *publicização*, trata-se, na verdade, de privatização (ou desestatização), visto que as chamadas atividades não exclusivas do Estado passaram a ser desempenhadas prioritariamente pelo terceiro setor.²⁴⁶

Dessa forma, constata-se um crescente número de ONGs que celebraram convênios com o Estado para a realização de atividades que a própria Administração Pública poderia executar.²⁴⁷ Segundo Di Pietro, apesar de aparentemente as entidades do terceiro setor desempenharem atividade privada fomentada pelo Estado, o verdadeiro objetivo da reforma do Estado que culminou com a edição da Emenda Constitucional n. 19/98 seria a transferência de competências públicas às organizações não governamentais:

Aparentemente, a organização social vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do Poder Público, dentro da atividade de fomento. Mas, na realidade, o real objetivo parece ser o de privatizar a forma de gestão de serviço público delegado pelo Estado. A própria lei, em pelo menos um caso, está prevendo a prestação de *serviço público* pela organização social; quando a entidade absorver atividades de entidade federal extinta no âmbito da área de saúde, deverá considerar no contrato de gestão, quanto ao atendimento da comunidade, os princípios do Sistema Único de Saúde, expressos no art. 198 da Constituição Federal e no art. 7º da Lei nº 8.080, de 19-9-90.²⁴⁸

É possível identificar, assim, situações em que a relação entre o Estado e o terceiro setor deixa de se enquadrar como atividade típica de fomento, passando a caracterizar transferência material de atribuições ligadas às áreas sociais.

²⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 497. Em sentido semelhante José dos Santos Carvalho Filho: “O que existe, nas realidade, é o cumprimento de mais uma etapa do processo de *desestatização*, pelo qual o Estado se afasta do desempenho direto da atividade, ou, se se preferir, da prestação direta de alguns serviços públicos, mesmo não econômicos, delegando-a a pessoas de direito privado não integrantes da Administração Pública.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 384.

²⁴⁷ Atualmente há até organizações do terceiro setor responsáveis pela proteção de testemunhas ameaçadas: “Abandonado pela justiça. Sem dinheiro e sem assistência, comerciante que acusou juiz no Maranhão deixa Programa de Proteção a testemunhas, denuncia desvio de dinheiro público e volta à sua casa, mesmo correndo risco de morrer”. ABANDONADO pela justiça. *Isto é Brasil (on line)*. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/114874_ABANDONADO+PELA+JUSTICA. Acesso em: 16 dez. 2010.

²⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 497.

É que a atividade administrativa de fomento, em seu sentido clássico, pressupõe a ação estatal em caráter suplementar (como incentivo), sem que seja configurada relação de dependência entre os particulares e o Poder Público.

Deve-se conceber a atividade de fomento vinculada ao princípio da subsidiariedade, que concebe a atuação estatal nas hipóteses em que a ação dos grupos sociais mostrar-se ineficaz ou não conveniente ao interesse público. Caberia à Administração Pública, assim, criar condições necessárias para a atuação dos grupos sociais, quando do desenvolvimento de atividades de interesse público, bem como, se necessário, atuar de forma conjunta com os particulares. Deve o Estado tornar-se parceiro de determinadas organizações da sociedade civil, desempenhando projetos de forma cooperada.²⁴⁹

Por outro lado, como anotou Sílvio Luís Ferreira da Rocha, a atividade administrativa de fomento não exonera o particular do risco existente na atividade, tampouco o exonera da obrigatoriedade de aportar recursos próprios para a atividade fomentada, haja vista a atividade de fomento não se resumir a atos de liberalidade administrativa.²⁵⁰

No entanto, a partir da década de 90, observou-se a criação de uma série de pessoas jurídicas dependentes do Poder Público.²⁵¹ Nesse contexto, muitas entidades passaram a depender da celebração de convênios administrativos, da mesma forma que

²⁴⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro setor*, p. 33. Como observa Antonia Baraggia, o princípio da subsidiariedade é uma das bases fundamentais do terceiro setor. BARAGGIA, Antonia. *I vincoli normativi sul settore non profit*, p. 775.

²⁵⁰ “A observância do princípio da repartição de riscos (previsto, inclusive, na Lei n. 4.320, de 1964, em seu artigo 16, quando, ao tratar das subvenções sociais, usa o termo *suplementação de recursos de origem privada*, indicando, portanto, que o fomento pressupõe o investimento de recursos privados na atividade incentivada) serviria para por fim à ‘farra’ de transferências de recursos públicos a entes privados que, sob o pretexto de serem fomentados, passaram, em flagrante desrespeito aos princípios constitucionais, a gerir bens, servidores e recursos públicos, sem a necessária contrapartida como o que está ocorrendo com as entidades qualificadas como Organizações Sociais.” ROCHA, *op. cit.* p. 33.

²⁵¹ “Entre 1996 e 2005, observou-se um crescimento da ordem de 215,1% das fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil. Isso significa que o número das FASFIL passou de 107,3 mil para 338,2 mil no período. Proporcionalmente, esse grupo de entidades foi o que mais cresceu no País. [...] pode ser constatado que as *Demais organizações sem fins lucrativos* (caixas escolares, partidos, sindicatos, condomínios e cartórios) apresentaram um crescimento de 152,2%, enquanto todo o conjunto de organizações pública, privada lucrativa e privada não-lucrativa existentes no CEMPRE cresceu 74,8%. É importante observar que após haver registrado uma fortes expansão, o crescimento dessas entidades perdeu fôlego entre 2002 e 2005 (22,6%). Se o ritmo de crescimento das FASFIL nos anos de 2002 a 2005 representar uma mudança de tendência, em 2008 elas apresentarão um crescimento bem inferior aos 157,0% alcançado no período 1996 a 2002. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) et al. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/default.shtm>. Acesso em: 26 de set. de 2010.

muitas empresas privadas possuem como principal nicho de mercado o fornecimento de bens e a prestação de serviço para o Estado.

Dessa forma, apesar de, sob a ótica formal, o convênio representar ações da iniciativa privada no exercício de competências próprias, incentivadas pelo Estado por meio da atividade de fomento, em muitas situações os convênios são utilizados em substituição à celebração de contratos de prestação de pelo Estado.

Deve-se observar que há muitas situações em que o repasse de verbas públicas aos particulares não vem acompanhado de aporte de recursos privados relevantes para a execução do objeto do convênio, de modo que os riscos da atividade privada são praticamente suprimidos. Nesses casos, existe evidente descaracterização da noção tradicional de fomento, pois o Estado passa a custear integralmente a atividade privada a ser desempenhada. Mesmo que tecnicamente essa atividade administrativa ainda seja entendida como atividade de fomento, não há como negar a mudança de referencial no momento em que o Estado custeia todo o desenvolvimento e a execução da atividade.

Percebe-se, pois, que nos convênios em que há grandes repasses de natureza patrimonial a entidades privadas, sem que haja relevantes aportes financeiros pelos particulares, passa a existir enorme semelhança entre tais convênios e o contrato de prestação de serviços regido pela Lei n° 8.666/93. Como o particular acaba fazendo simplesmente a gestão privada dos recursos públicos repassados pelo Estado, a parceria distancia-se da atividade de fomento e se aproxima muito da prestação de serviços do particular em benefício do Estado, apresentando como peculiaridade a inexistência de remuneração à entidade privada.

Interessante notar que a celebração de convênios administrativos, contratos de gestão e termos de parceria com as entidades do terceiro setor, envolvendo repasses de elevadas quantias financeiras, tem acarretado controvérsias sobre a própria natureza dos institutos em análise. A esse respeito vale citar as lições de Tarso Cabral Violin:

Entendemos que os contratos de gestão firmados entre a Administração Pública e as organizações sociais têm a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, e não dos convênios, pois neles há interesses contraditórios, onde a Administração pretende que determinado serviço seja realizado e pagará para que as organizações sociais o realize. Nos contratos de gestão também há as prerrogativas da Administração Pública existentes nos contratos administrativos. É claro que os

contratos de gestão têm algumas peculiaridades, e às vezes até são semelhantes aos convênios, mas não há como, pela importância dos serviços realizados pelas organizações sociais, que estas tenham apenas vínculo de convênio com a Administração Pública, onde elas possam denunciar a qualquer momento, sem penalidades.²⁵²

Como se vê, a prestação de serviços de interesse público pelas entidades do terceiro setor tem chamado a atenção da doutrina acerca da necessidade de incidência do regime jurídico típico dos contratos administrativos.

É importante deixar claro que não se sustenta no presente trabalho a impossibilidade de celebração de tais convênios. O que se questiona é a legalidade da celebração do vínculo sem que haja processo objetivo de escolha da entidade privada que recebe elevadas quantias financeiras.

Assim como as demais atividades administrativas, o fomento pauta-se pelos princípios que regem a Administração Pública, especialmente o princípio da isonomia. Afinal, não pode o administrador favorecer nem perseguir entidades interessadas, devendo assegurar a todos o direito de concorrer aos seus benefícios.²⁵³ Não cabe ao Estado institucionalizar privilégios de alguns em detrimento dos demais.²⁵⁴

Ao se constatarem as grandes semelhanças entre alguns convênios e os tradicionais contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, percebe-se que não há razão para exigir procedimento licitatório em um caso (celebração de contratos), mas, contraditoriamente, sustentar a inviabilidade de competição em outro (celebração de convênios).

Justamente nesse aspecto é que, sob o ponto de vista material, vislumbra-se uma grande aproximação entre as relações estatais com as organizações do terceiro setor e com as empresas que são contratadas para prestar serviços e fornecer bens ao Estado. Trata-se, nos dois casos, de pessoas jurídicas criadas por particulares, com

²⁵² VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*, p. 260. A posição do autor para os termos de parceria é a mesma para os contratos de gestão. VIOLIN, *op. cit.* p. 268.

²⁵³ “Quando for impossível atender a todos os possíveis beneficiários, por escassez de recursos, melhor estabelecer entre eles um procedimento licitatório que privilegie uma solução definidora extremamente objetiva—como o sorteio—, se restar demonstrado que os participantes estão em situações idênticas.” ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Terceiro setor*, p. 32.

²⁵⁴ “Daí a necessidade de uma adequação do fomento ao bem-estar geral, o que torna vinculado aos setores e regiões contemplados no citado plano de desenvolvimento econômico, fixando-se a ideia de economia concertada. Por isso se propõe a previsão dos instrumentos de fomento, bem como setores beneficiados, nas diretrizes do plano de desenvolvimento e, a partir daí, nas leis orçamentárias.” SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estímulos positivos*. p. 18.

objetivos institucionais próprios, e submetidas a regime jurídico de direito privado consagrado constitucionalmente por meio da autonomia privada e da livre iniciativa.

A grande diferença entre elas é que as ONGs não possuem finalidade lucrativa e as empresas privadas têm o lucro na essência de sua atividade social.²⁵⁵

É claro que há situações em que o Estado realiza atividades clássicas de fomento, restringindo-se a estimular as entidades do terceiro setor. Nesses casos, é evidente o distanciamento entre o incentivo estatal e os contratos de prestação de serviços regidos pela Lei nº 8.666/93. Mas não se pode negar, por outro lado, a existência de inúmeras situações em que as atividades delegadas pelo Poder Público revestem-se da forma de convênio, o que aproxima o exercício da ação de fomento do contrato de prestação de serviços.

Na verdade, vale reiterar que a atuação de uma entidade particular na realização de atividades privadas de interesse público pode assumir distintas configurações. É possível que uma empresa privada ou uma ONG atue sem qualquer incentivo ou interferência estatal, como é possível também haja a celebração de convênios administrativos para viabilizar o fomento estatal, ou ainda a celebração de um contrato de prestação de serviços por meio do qual o Estado terceiriza a execução de atividades materiais de sua competência.

Apresenta-se a seguinte situação hipotética para melhor ilustrar o raciocínio: uma pessoa jurídica de direito privado, que tem como objeto social a prestação de serviços alimentícios e o fornecimento de alimentos, prepara e distribui lanches e refeições em casas de famílias de baixa renda.

Se os contratantes forem os moradores, não há que se cogitar de autorização ou anuência do Estado, haja vista se tratar de contrato entre particulares, regido pelo Código Civil ou pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por outro lado, se a pessoa jurídica quiser realizar a mesma atividade em nome do Estado, como na hipótese de o Poder Público pagar pelo fornecimento das refeições, terá que contar com a anuência da Administração. Nesta hipótese, o Poder Público poderia optar por terceirizar o preparo e a distribuição das refeições às pessoas

²⁵⁵ Nesse mesmo sentido, conforme será demonstrado no capítulo seguinte, o convênio é uma espécie de contrato administrativo que apresenta como peculiaridade a inexistência de lucro para o contratado.

carentes. Trata-se de atividade delegada²⁵⁶ do Estado sob a forma de um contrato de preparo e distribuição de refeições, regido pela Lei n. 8.666/93.

Ocorre que essa mesma situação fática narrada poderia ter sido formalizada por meio de um convênio administrativo. Seria possível, assim, que o Estado tivesse a obrigação de repassar recursos públicos para a compra de alimentos e para a contratação de pessoal, ao passo que a entidade privada ficaria responsável pela compra dos insumos, contratação e gestão do pessoal responsável pelo preparo. A contrapartida da entidade privada seria, nesse caso, a gestão dos recursos repassados pelo Poder Público.²⁵⁷

Percebe-se que, no caso hipotético em análise, a diferença entre um contrato administrativo de prestação de serviços e distribuição de alimentos e a celebração de um convênio residiria na existência ou não de lucro para o particular.

Deve-se observar, no entanto, que na hipótese de um grande restaurante privado concordar com o preparo e distribuição das refeições de forma gratuita, desde que o Poder Público custeasse os insumos, haveria grande aproximação entre os institutos do contrato administrativo tradicional e do convênio administrativo.

A análise dos convênios celebrados em condições semelhantes às dos contratos de prestação de serviço torna-se ainda mais relevante quando se evidencia a absorção, pelas organizações não governamentais, de parcela significativa do orçamento das pessoas políticas. Não se trata mais de pequenas subvenções destinadas a entidades centenárias e que custeavam grande parte de suas despesas com doações, mas há situações em que entidades são criadas com o propósito específico de obter repasses financeiros do Poder Público.²⁵⁸

²⁵⁶ O termo *delegação* refere-se à transferência de atividades, não se confundindo com a delegação de serviços públicos.

²⁵⁷ A contrapartida deve ser interpretada aqui no seu sentido técnico, qual seja, “a demonstração cabal do conveniente de que pretende participar efetivamente da parceria com o Governo Federal, na busca do interesse comum”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1777/2006, Plenário, Ministro Relator Augusto Nardes. DOU: 29/09/2006. Disponível em www.tcu.gov.br. No mesmo sentido, é o entendimento de Sidney Bittencourt, segundo o qual a contrapartida se constitui na parte de colaboração financeira do Estado, Município ou Distrito Federal para a execução do objeto do convênio. BITTENCOURT, Sidney. *Manual de Convênios Administrativos*, p. 53.

²⁵⁸ “Trata-se de entidades constituídas *ad hoc*, ou seja, com o objetivo único de se habilitarem como organizações sociais e continuarem a fazer o que faziam antes, porém com nova roupagem. São entidades fantasmas, porque não possuem patrimônio próprio, sede própria, vida própria. Elas viverão exclusivamente por conta do contrato de gestão com o Poder Público.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 463-464.

Como bem adverte Di Pietro, o intuito de se furta ao cumprimento do regime administrativo-constitucional que regula a Administração Pública chega ao ponto de tentar transferir às organizações sociais o aparato pertencente à estrutura administrativa do Estado:

Fica muito nítida a intenção do legislador de instituir um mecanismo de fuga do regime jurídico de direito público a que se submete a Administração Pública. O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público.²⁵⁹

A procura pela celebração de convênios é tão grande que as ONGs começaram a aperfeiçoar o modo de captação de recursos públicos, haja vista a crescente concorrência entre as entidades sem finalidade lucrativa.²⁶⁰

E a nova face da atividade de fomento, que ultrapassa o papel de “simple incentivo”, desenvolveu-se de tal forma que se verificou a profissionalização das organizações do terceiro setor. Os convênios passaram a ser tratados como um nicho do mercado, com ONGs cada vez mais profissionais, contratando cada vez mais especialistas em marketing e em consultoria de imagem. Em interessante estudo realizado sobre o terceiro setor, Carla Bertucci Barbieri atesta que quase 6% do total da população brasileira já foi beneficiada pelo terceiro setor. De acordo ainda com dados do Programa de Voluntários das Nações Unidas (UNV) em parceria com o *Johns Hopkin Center for Civil Society Studies*, o setor sem fins lucrativos no Brasil representa hoje 5% do PIB nacional, além de um aumento de mais de 80% no número de ONGs no período de sete anos.²⁶¹

²⁵⁹ É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a ideia é de que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercer a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 498.

²⁶⁰ Nos dias 1, 2 e 3 de setembro de 2010, foi realizado na cidade de Recife o Festival Latino-Americano de Captação de Recursos, cujo tema é “Diálogo Intersetorial: relação entre Terceiro setor, governo e empresas no centro da discussão sobre sustentabilidade.” Disponível em: http://www.dialogosocial.com.br/OTreinamentos/01_TREINA_INFOS.asp?Id_Turma=63&acao=info. Acesso em: 31 de maio de 2010.

²⁶¹ BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: Desafios e perspectivas constitucionais*, p. 21-22.

Em virtude desse rápido crescimento, o terceiro setor hoje já é apontado como alternativa para o desemprego no Brasil, haja vista o volume de empregados que está vinculado às organizações não governamentais.²⁶²

Segundo dados estatísticos divulgados pelo IBGE, os trabalhadores das fundações privadas e associações sem fins lucrativos têm remuneração média superior à dos empregados de empresas privadas com fins lucrativos.²⁶³ Vale registrar ainda que o número de empregos formais junto às ONGs já equivalia, em 2005, a 22,1% do total de servidores públicos em todo o país.²⁶⁴

Ressalte-se que também na Itália o terceiro setor vem registrando crescimento exponencial. De 2003 a 2007, o terceiro setor italiano cresceu 34%, superando largamente a média da economia nacional.²⁶⁵

²⁶² “[O terceiro setor] representa, sem dúvida, uma grande alternativa ao problema do desemprego, tendo em vista que é no setor de serviços que reside, hoje, a maior oferta de empregos. O Terceiro setor é apontado hoje como capaz de absorver grande parte dessa demanda, uma vez que integra o setor de serviços, vem crescendo vertiginosamente e já é apontado por alguns estudiosos como o maior gerador de empregos do futuro.” NUNES, Andrea. *Terceiro setor: controle e fiscalização*, p. 34.

²⁶³ “Os trabalhadores das FASFIL [Fundações Privadas e Associações sem fins lucrativos] ganhavam, em média, o equivalente a 3,8 salários mínimos por mês, em 2005. No total, a remuneração dos profissionais que trabalham formalmente nessas entidades envolveu recursos da ordem de R\$ 24,3 bilhões o que equivale a uma média de R\$ 1.094,44 por pessoas /mês. Para ilustrar o significado desses números, vale a pena mencionar que, no mesmo ano, a média da remuneração de todos os assalariados das organizações públicas, privada lucrativa e não-lucrativa cadastradas no CEMPRE era de 3,7 salários mínimos mensais o equivalente a R\$ 1,060,68. Assim, os salários médios nas FASFIL eram superiores em 3,2 %.” Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/comentario.pdf>. Acesso em: 25 de set. 2010.

²⁶⁴ “Um contingente de 1,7 milhão de pessoas está registrado como trabalhadores assalariados nas 338,2 mil [Fundações Privadas e Associações sem fins lucrativos] do País [até o ano de 2005]. Esse contingente representa 22,1% do total dos empregados nas Administração Pública do País e 70,6% do total do emprego formal no universo das 601,6 mil entidades sem fins lucrativos existentes no CEMPRE 2005. Mais da metade do pessoal ocupado assalariado das FASFIL (57,1%), o que equivale a quase um milhão de pessoas, está em instituições localizadas no Sudeste e, em especial, no Estado de São Paulo que reúne, sozinho, 553, 7 mil desses trabalhadores (32,4%). Tal distribuição, entretanto, não acompanha a estrutura da ocupação no mercado de trabalho no Brasil. Segundo dados da Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios – PNAD 2005, realizada pelo IBGE, do total de pessoas ocupadas no País 42,2% estão no Sudeste e 21,8% em São Paulo, ou seja, o mercado de trabalho em geral concentra nesses territórios proporções inferiores às das FASIL. A distribuição do pessoal ocupado assalariado entre os diversos campos de atuação da FASFIL tende a refletir as diferenças na abrangência do atendimento e na complexidade dos serviços prestados. Assim é que o grupo de entidades de *Educação e pesquisa* que representa apenas 5,9% total das FASFIL, concentra 29,8% do total de trabalhadores. No grupo da *Educação*, a concentração é bem mais expressiva no subgrupo de *Educação superior*, pois cerca de duas mil universidades ou faculdades (menos de 1% das FASFIL) empregam 239,7 mil trabalhadores (14,0% do total de trabalhadores), conforme se observa na Tabela 12. Na área de *Saúde* também se observa o mesmo fenômeno. Em 4.464 entidades estão trabalhando 415,0 mil pessoas (24,3% do total desses trabalhadores). É interessante assinalar a diferença entre a proporção do pessoal ocupado assalariado nos Hospitais e nas entidades que prestam os *Outros serviços de saúde*. Estas últimas representam mais da metade das entidades do setor (53,7%) e absorvem apenas 13,2% dos profissionais da área de saúde.” Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005/comentario.pdf>. Acesso em: 25 de set. 2010.

²⁶⁵ “Dal 2003 a 2007 si è registrato infatti un incremento del trentaquattro per cento circa nel numero complessivo di dipendenti delle imprese sociali, con un andamento largamente superiore alla dinamica dell'economia nazionale”. BARAGGIA, Antonia. *I vincoli normativi sul settore non profit*, p. 774. Em valioso estudo comparativo do terceiro setor no Brasil e na Itália, vide: ANDRADE, Érico. Os entes sem escopo de lucro no

Como alguns convênios, no Brasil, tornaram-se meios de se efetivar a prestação de serviços aos particulares, devem-se aplicar a tais acordos as mesmas regras pertinentes aos contratos de serviços, a começar pela licitação como critério de escolha das entidades sem fins lucrativos que serão agraciadas com as vultosas quantias de origem estatal.

Dessa forma, não se pode mais pensar o regime jurídico dos convênios administrativos como se todas as relações jurídicas fossem pautadas na inviabilidade de competição. A inexistência de finalidade lucrativa das entidades do terceiro setor não pode ser tratada como argumento absoluto de inexistência de interesse das demais pessoas jurídicas de direito privado em celebrar convênios com o Estado.

Cumprir observar que há casos em que os licitantes interessados em celebrar contratos de prestação de serviços propõem “taxas de administração” (lucro) irrisórias ou iguais a zero. Deve-se questionar, pois, se a inexistência de previsão expressa de lucro no contrato (ou no convênio) pode ser apontada como fator que estabeleça presunção absoluta de inviabilidade de competição.

Em licitações que têm por objeto a seleção de empresas interessadas na celebração de contratos de conservação e limpeza, por exemplo, tornou-se comum a apresentação de propostas comerciais sem a previsão de lucro (ou com fixação de lucro igual a zero).

Isso ocorre normalmente nos contratos em que o particular consegue auferir lucro indiretamente, por meio da redução dos custos e insumos, ou mesmo em situações em que o contratado é remunerado pelo Estado e também por terceiros.

Importante não confundir os contratos de concessão e permissão de serviços públicos, para os quais a legislação admite a cobrança de tarifas de terceiros, com os contratos administrativos regidos pela Lei n. 8.666/93, nos quais o edital não prevê qualquer forma de remuneração a ser paga por terceiros em benefício do particular.

Em contratos em que a Administração Pública contrata serviços de conservação e limpeza, por exemplo, o lucro das empresas privadas não advém exclusivamente da taxa de administração prevista no edital. Por meio da redução de

custos dos insumos (uniforme, material de limpeza, por exemplo), as empresas manifestam rotineiramente interesse em celebrar contratos com o Poder Público, ainda que a taxa de administração do contrato seja zero.

Poder-se-ia indagar, assim, se a apresentação de proposta com taxa de administração igual a zero representa ofensa ao art. 44, § 3º da Lei nº 8.666/93:

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

A esse respeito, o Tribunal de Contas da União sedimentou entendimento no sentido de que “a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero não implica violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, nos termos das Decisões nºs 38 e 582/1996 – Plenário”.²⁶⁶

É claro que a admissibilidade de taxas de lucro próximas de zero não isenta o Poder Público do dever de analisar a exequibilidade das propostas apresentadas, conforme dispõe o art. 48 da Lei nº 8.666/93. Se, no caso concreto, ficar caracterizado para a Administração que a proposta apresentada pelo licitante é manifestamente inexequível, deve ser declarada sua desclassificação.

No mesmo sentido, aliás, já se manifestou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como se vê pela decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 1.0000.08.489120-9/000:

²⁶⁶ “REPRESENTAÇÃO. PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. CONHECIMENTO. NECESSIDADE DE AUDIÊNCIA PÚBLICA EM RAZÃO DO VALOR A SER CONTRATADO. RISCO DE INADIMPLEMENTO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA. IMPROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. o valor estimado da licitação de serviços de fornecimento de auxílio-alimentação, auxílio-refeição e auxílio-cesta-alimentação, por meio de cartões eletrônicos, magnéticos ou outros corresponde à estimativa do valor da taxa de administração incidente sobre o valor do montante dos benefícios repassados

2. a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, nos termos da Decisões nºs 38 e 582/1996 – Plenário”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 552/2008. Plenário. Representação. Processo nº AC-0552-10/08. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Data do julgamento: 02/04/2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em 28 de agosto 2010. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 38/96. Processo nº TC 006.741/95-9. Representação. Relator Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Data do julgamento em 07 de fevereiro 1996. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=9&p=0&di=1&dpp=20>. Acesso em 28 de agosto 2010.

Vale lembrar, o eg. TCU já há muito assentou que a mera oferta de preço zero ou mesmo negativo não viola, por si só, o disposto no art. 44, § 4º, da Lei n. 8.666/93, sendo necessário, caso a caso, aferir a exequibilidade da proposta. Logo, numa licitação, fator preponderante para a desclassificação de uma proposta é que sua inexecutabilidade aflore inconclusa.²⁶⁷

Marçal Justen Filho, em comentário ao art. 48 da Lei n. 8.666/93, observa que “impor ao Estado o dever de rejeitar proposta gratuita é contrário à Constituição”. E continua, no mesmo sentido: “Se um particular dispuser-se a aplicar seus recursos para auxiliar o Estado, auferindo remuneração irrisória, isso não pode ser vedado por dispositivo infraconstitucional”.²⁶⁸

Portanto, com a disseminação de contratos administrativos em que o contratado recebe “taxa de administração igual a zero”, ou seja, não busca diretamente lucro algum, fica evidente a fragilidade da distinção apontada pela doutrina clássica entre convênios e contratos.

Dessa forma, o simples fato de as entidades do terceiro setor não possuírem finalidade lucrativa não pode fazer com que vivam em um mundo próprio, livre de controle, como se não dependessem da transferência de dinheiro público.

Se mesmo as empresas privadas, que têm como objetivo institucional a busca do lucro, dispõem-se a contratar com o Estado sem cobrar taxa de administração (e mesmo assim sabem que vão auferir lucro), torna-se improcedente qualquer argumento que negue a exigência de critério objetivo de escolha como condição para a celebração de convênios administrativos.

A contratação direta das ONGs pelo Estado sem a realização prévia de licitação é ofensiva aos princípios norteadores da Administração Pública em virtude de não se adotar nenhum procedimento que proporcione a isonomia entre os possíveis interessados em assumir a prestação de um serviço de interesse público.

²⁶⁷ Vale transcrever ainda trecho do parecer do Ministério Público do Estado de Minas Gerais: “Em resumo, dadas as particularidades da licitação em comento, não se pode refutar a exequibilidade das propostas de taxa de administração igual a zero feitas pelos licitantes. À mercê de tais considerações, opino pela rejeição da preliminar suscitada e pela denegação da ordem postulada”. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança nº 1.0000.08.489120-9/000. Impetrante: HGM Promoções Ltda.; Impetrado: Secretário Estado Desenvolvimento Social Esportes Minas Gerais. Relator Desembargador Roney Oliveira. Data do julgamento: 04 de novembro 2009. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?txtProcesso=10000084891209000&comrCodigo=&numero=1&listaProcessos=10000084891209000&select=2. Acesso em: 15 de outubro 2010.

²⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 653.

Além disso, como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a escolha das entidades do terceiro setor não pode prescindir de criteriosa análise de idoneidade técnica e financeira das ONGs interessadas:

Em se tratando de ceder recursos orçamentários e bens públicos para serem geridos por entidade privada, o certo seria exigir-se demonstração de idoneidade financeira e qualificação técnica, como se exige em qualquer contrato administrativo. Se para celebrar um contrato de fornecimento de bens ou de prestação de serviços ou de obra pública se exige a habilitação prévia do licitante, não tem sentido que todo um patrimônio público seja posto em mãos de entidade privada, sem qualquer exigência nesse sentido.²⁶⁹

Deve-se ressaltar, ainda, que mesmo havendo a exigência de um critério objetivo de escolha entre as organizações não governamentais, ainda assim não estaria o processo de acordo com o art. 37, XXI da Constituição.

Ao determinar a realização prévia de processo de licitação, a Constituição de 1988 exige que o processo seja público e de amplo acesso, de modo que todos os eventuais interessados possam participar em igualdade de condições. Se o Poder Público considera imprescindível que o prestador de serviços não aufera lucro daquele contrato ou não cobre qualquer espécie de taxa de administração, basta que tal exigência conste do edital do certame.

A partir daí, as entidades privadas que tiverem interesse formularão suas respectivas propostas, com base na livre iniciativa e submetida ao regime jurídico-administrativo.

A celebração de convênios administrativos com as entidades do terceiro setor deve ser vista como instrumento de incentivo à mobilização da sociedade civil, por meio de organizações sem finalidade lucrativa, a fim de realizar atividades que interessem à coletividade.

Entretanto, devem ser criados mecanismos para garantir a igualitária e efetiva participação de todas as organizações não governamentais que possam ter interesse na formação de relação jurídica com a Administração Pública. Caso contrário, como anotou Rochelle Pastana Ribeiro, o terceiro setor será mais exclusivo que inclusivo:

²⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 265.

Nas últimas décadas ocorreu uma enorme proliferação de organizações de direito privado, sem fins lucrativos, voltadas para a execução de atividades em áreas de interesse coletivo, como a saúde, a educação, o lazer, a preservação do meio ambiente, a cultura etc. A experiência acumulada por essas organizações que compõem o Terceiro setor é útil na implementação de políticas públicas. Desta forma, a parceria entre o Estado e o Terceiro setor é fundamental no contexto da democratização e da reforma administrativa. Todavia, de maneira alguma dessa parceria deve resultar a total transferência da responsabilidade do Estado em prestar determinados serviços para o domínio privado. A relação entre os dois setores deve sempre somar e não subtrair funções. A redução do Estado e a transferência de suas funções para o domínio privado somente agrava a exclusão dos indivíduos do processo democrático.²⁷⁰

A falta de um critério objetivo para a escolha das entidades do terceiro setor interessadas na celebração de convênios administrativos acarreta o risco de os recursos públicos repassados serem concentrados em beneficiários específicos.

Em vez de o Estado repassar pequenas quantias a muitas organizações não governamentais, atualmente repassa-se muito dinheiro a poucas entidades.

Embora entenda que a participação das entidades da sociedade civil na Administração Pública “segue um tendência juspolítica mais ampla da sociedade participativa, decorrente do ideal democrático, intimamente associada à questão da legitimidade”, Onofre Alves Batista Júnior reconhece o risco de tratamentos desiguais e ofensivos ao princípio republicano:

Entretanto, há de se estar atento para o fato de que a participação pode deslocar o poder de decisão para grupos de interesses mais fortes, com a desvalorização prática dos grupos de fraco poder associativo, além de poder determinar prejuízos ao princípio da igualdade.²⁷¹

Ademais, é ainda bastante comum observar que determinados repasses se direcionam a ONGs vinculadas aos agentes do governo, ou mesmo a partidos políticos.

²⁷⁰ RIBEIRO, Rochelle Pastana. *O terceiro setor no contexto da Democracia e da reforma Administrativa do aparelho do Estado*, p. 300. No mesmo sentido: “[...] para uma análise mais realista sobre a participação dos cidadãos nas organizações da sociedade civil deve-se, certamente, reconhecer seu papel no fortalecimento da democracia. No entanto, não se deve ignorar os limites dessa participação, não apenas em relação à sua importância, mas também em relação à possibilidade de acontecer o efeito contrário.” TREZZA, Valéria Maria. *O papel das organizações da sociedade civil na democracia*, p. 16.

²⁷¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 67-69.

Constata-se, portanto, uma descaracterização tanto do papel do Estado, quanto das entidades que o compõem.²⁷²

Para que o terceiro setor possa se apresentar como meio de concretização e efetivação do princípio democrático, devem-se assegurar condições iguais de acesso a recursos financeiros e ao processo de tomada de decisão.

Caso contrário, será menos nocivo à democracia um relacionamento direto do Estado com os cidadãos (ou pelos representantes políticos) ou que se delegue funções às entidades empresariais do segundo setor, por meio de processo de licitação que atenda aos princípios constitucionais da Administração Pública.

Na verdade, em razão de o Poder Público não realizar processo de licitação para escolher entidade do terceiro setor que receberá os recursos públicos, o terceiro setor pode implicar maior concentração de recursos em poucos grupos de relevante poder político, ofendendo, dessa forma, os princípios da isonomia e da moralidade administrativa.²⁷³

3.7 Natureza dos acordos celebrados entre as entidades do terceiro setor e o Estado

²⁷² “A Petrobras contratou uma ONG dirigida por Aldenira da Conceição Sena, vice-presidente do PT da Bahia, para gerenciar R\$ 1,4 milhão destinado ao financiamento das festas de São João em 26 municípios do interior do Estado em 2008 [...]”. PETROBRAS usa ONG para bancar festa de São João na Bahia. *Folha on line*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u551409.shtml>. Acesso em: 10/05/2010.

²⁷³ “O país tem 16.089 entidades de assistência social, 51,8% delas no Sudeste. Em 2006, pela primeira vez, o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) foi a campo, realizar uma radiografia das entidades privadas de assistência social brasileiras. Sob encomenda e com recursos do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), a Pesquisa das Entidades de Assistência Social Privadas sem Fins Lucrativos (Peas 2006) foi desenvolvida a partir dos dados contidos no Cadastro Central de Empresas (Cempre) do IBGE, onde foram identificadas as entidades relacionadas no grupo Assistência Social. Desse universo, foram entrevistadas 16.089 entidades que prestavam os serviços abrangidos pela política pública sob a responsabilidade do MDS. Os resultados fornecem aos gestores de políticas públicas informações sobre a oferta desses serviços no Brasil, visando subsidiar a implantação do Sistema Único de Assistência Social(Suas) e possibilitando uma melhor orientação para os investimentos nessa área, que ocupa majoritariamente voluntários, volta seu atendimento principalmente para os jovens e encontra financiamento sobretudo no setor privado. A região Sudeste concentrava 51,8% das 16.089 entidades de assistência social (EAS) pesquisadas, seguida pela Sul (22,6%), Nordeste (14,8%), Centro-Oeste (7,4%) e Norte (3,4%). A grande concentração no Sudeste devia-se principalmente à participação do estado de São Paulo, que reunia 29,6% de todas as entidades do Brasil. São Paulo, Minas Gerais e Paraná abrigavam, juntos, mais da metade (55,6%) de todas as entidades de assistência social do país em 2005.” PAÍS tem 16.089 entidades de assistência social, 51,8% delas no Sudeste. *IBGE-últimas notícias*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_imprensa.php?id_noticia=1047. Acesso em: 07 de out. de 2010.

A crise institucional do Estado ocorrida em meados da década de noventa fez emergir a necessidade de se reformar a estrutura estatal em torno do princípio da eficiência. Sob a ótica do Governo Federal, a reforma do Estado mostrou-se imprescindível em resposta às deficiências estruturais que não encontravam fronteiras.²⁷⁴

Foi proposto então, no Brasil, o Plano Diretor de Reforma do Estado, desenvolvido e implementado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE). O plano diretor introduziu no campo jurídico o conceito de propriedade pública não estatal, “constituída pelas organizações sem fins lucrativos, que não são propriedade de nenhum indivíduo ou grupo e estão orientadas diretamente para o atendimento do interesse público”.²⁷⁵

As atividades que não se situavam no núcleo estratégico do Estado deveriam ser transferidas para as organizações privadas que buscavam o interesse público.²⁷⁶ Os entes do terceiro setor não só ganharam espaço, mas preferência no desempenho de tais atividades.²⁷⁷

²⁷⁴ VALLE, Vanice Lírio do. *Terceiro setor e parcerias com a Administração Pública: desafios ao controle das OS e OSCIPs*, p. 49.

²⁷⁵ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, p. 43. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documento/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 16 de fevereiro de 2010.

²⁷⁶ “O referido plano preconizou a consolidação de 4 (quatro) esferas de atuação estatal. São elas: (a) *núcleo estratégico*; (b) *atividades exclusivas*, cuja prestação, regulamentação, fiscalização e fomento recaem somente sobre o Estado; (c) *serviços não exclusivos*, consubstanciados na simultânea atuação entre Estado e organizações privadas (ou *públicas não estatais*) em serviços que compreendem universidades, hospitais, museus, centros de pesquisa, etc.; (d) *setor de produção de bens e serviços* voltado para o mercado, atividade econômica propriamente dita. Vale destacar que o “núcleo estratégico” consiste, basicamente, na atuação dos agentes políticos no tocante à produção legislativa e implantação de políticas públicas (Presidente da República, seus auxiliares, parlamentares, etc.). Ademais, no setor “não exclusivo do Estado”, como saúde, educação, proteção ao meio ambiente, etc., o Plano Diretor de Reforma do Estado valeu-se das “organizações sociais”, entes “públicos” e “não-estatais” fomentados pelo Estado, cujo controle caberá ao mercado e ao Estado. Em linhas gerais, o governo federal traçou o modelo de “Estado regulador” e voltando para o fomento, em contraposição à estrutura de “Estado executor”. As atividades concernentes à ordem social (ou *serviços não exclusivos*), conforme expressamente delineado pelo referido plano, seriam mais bem executadas pelo “setor público não estatal”: “O Projeto de Organizações Sociais tem como objetivo permitir a descentralização de atividades no setor de prestação de serviços não exclusivos, nos quais não existe o exercício do poder de Estado, a partir do pressuposto que esses serviços serão mais eficientemente realizados se, mantendo o financiamento do Estado, forem executados pelo setor público não estatal”. Desse modo pode-se concluir que a reforma do Estado preconiza a intensificação na prestação de serviços não exclusivos pelas organizações do *terceiro setor*.” REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: Regime Jurídico das OSCIPs*, p. 56-57.

²⁷⁷ VALLE Vanice Lírio do. *Terceiro setor e parcerias com a Administração Pública: desafios ao controle das OS e OSCIPs*, p. 50.

Os defensores da reforma administrativa apoiaram-se no princípio da subsidiariedade, concepção que defende a atuação estatal limitada às atividades estritamente necessárias. Assim, o Estado deveria atuar somente nos campos em que a sociedade civil não pudesse atender de forma satisfatória ao interesse da coletividade.²⁷⁸

Nesse mesmo sentido as lições de Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

No direito público o princípio da subsidiariedade serve para fundamentar uma nova concepção de Estado, na qual o papel do Poder Público deve ser delimitado com o fito de se resguardar a liberdade, a autonomia e a dignidade humanas. O princípio da subsidiariedade ressurgiu como justificativa de um Estado subsidiário — alternativo ao Estado do Bem Estar Social ou Providencial — que restringe o atuar do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social, e, de outro, quando a sociedade mostrar-se incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, estenda-se além da necessidade averiguada. A grande virtude do princípio está em que a partir dele dá-se primazia ao grupo social e ao indivíduo, com a devolução, à sociedade civil, de matérias de interesse geral que possam ser eficazmente por ela realizadas. A subsidiariedade eleva a sociedade civil a primeiro plano na estrutura organizacional do Estado e concebe a cidadania ativa como pressuposto básico para a sua realização, colocando a instância privada a serviço do interesse geral, a partir, também, da ideia de solidariedade, que se funda, principalmente, na maior eficiência da ação social sobre a ação junto a grupos menores.²⁷⁹

Para os defensores do princípio da subsidiariedade, cabe à Administração Pública criar condições necessárias para a atuação dos grupos sociais, quando do desenvolvimento de atividades de interesse público, bem como, se necessário, atuar de forma conjunta com a sociedade civil. Um dos instrumentos da efetivação da subsidiariedade estatal é o fortalecimento da atividade de fomento, retirando-se o Estado das ações que não necessitariam ser realizadas diretamente pelo setor público.

Justamente nesse período, muitas organizações do terceiro setor no Brasil surgiram e começaram a desempenhar atividades que antes eram executadas diretamente pela Administração Pública.²⁸⁰

²⁷⁸ Sobre o princípio da subsidiariedade, leciona Di Pietro: “Ele foi formulado, em fins do século XIX e começo do século XX, dentro da Doutrina Social da Igreja, principalmente pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, *Mater ET Magistra* (1961), de João Paulo XXIII e, mais recentemente, a *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II.” DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 15.

²⁷⁹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 19.

²⁸⁰ Raquel Campos Franco registra que em Portugal o desenvolvimento do terceiro setor também foi ligado à efetivação do princípio da subsidiariedade: “As primeiras ações do Estado em relação à sociedade civil não

Esses novos modelos de ONGs surgem em torno do consenso de que a administração dos interesses públicos deve ser gerida por meio de novas formas de coordenação de ações de colaboração e cooperação.²⁸¹

Trata-se, na verdade, de organizações não governamentais que, juridicamente, consistem em associações ou fundações, nos termos do art. 44 do Código Civil. A exemplo do que ocorreu com a criação de organizações com nomes específicos, a legislação passou a atribuir nomes, também específicos, aos acordos que o Estado celebra com cada uma dessas pessoas jurídicas sem fins lucrativos.²⁸²

Tradicionalmente, a relação jurídica entre o Poder Público e as ONGs (associações e fundações) vinha sendo firmada com base no instituto dos convênios administrativos, nos termos do art. 116 da Lei nº 8.666/93.²⁸³

Com a promulgação das Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999, foram criadas as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público, introduzindo-se também no ordenamento jurídico

foram então totalmente apoiantes. Assim, por exemplo, o Estado centralizou o processo de regulação, impondo *standards* legais que favoreceram alguns sectores da sociedade civil em relação a outros. Em semelhança, no seguimento da revolução de 1974, as Misericórdias perderam a gestão dos seus hospitais em favor do Estado que os integrou na rede pública de saúde. Em 1980 uma lei autorizou o pagamento de compensações financeiras às Misericórdias pelas perdas provocadas, embora a maioria das Misericórdias não tenha sido compensada até finais dos anos 80 e os valores da compensação sejam ainda objecto de debate. Lentamente, contudo, o Estado português foi reconhecendo a importância de forjar uma parceria com o setor da sociedade civil. Assim, em 1981, foi criada uma lei que autorizou a devolução às Misericórdias dos hospitais que lhes tinham sido retirados, numa base caso a caso. O Estado promoveu também o fortalecimento das Associações Particulares de Assistência, hoje conhecidas como Instituições Particulares de Solidariedade Social, IPSS. Em 1979, o estatuto das IPSS foi aprovado, e foi dirigido para todas as instituições que forneciam serviços de segurança social. Em 1983, com a revisão deste estatuto, a ação das IPSS foi alargada para incluir saúde, educação, formação profissional, e habitação. Adicionalmente, o Estado português reconheceu recentemente o princípio da subsidiariedade no fornecimento de serviços sociais confiando às Instituições Particulares de Solidariedade Social a sua prestação. Princípio pelo qual a instituição mais próxima do indivíduo é a que deverá prestar assistência em casos de necessidade. As IPSS têm-se suportado amplamente no apoio público. Este tipo de relacionamento também se disseminou a outras arenas da atividade da sociedade civil, como a cultura, lazer/recreação, desporto, e fins humanitários (ex. Associações de bombeiros voluntários). A reforma democrática introduzida após a revolução de 1974 criou um ambiente propício ao desenvolvimento da atividade. Com a rápida expansão do setor da sociedade civil, que ocorreu nos últimos 30 anos, as leis que o governam aumentaram em número e complexidade.” FRANCO, Raquel Campos *et al.* *O Sector Não Lucrativo Português numa Perspectiva Comparada*, p. 23-27.

²⁸¹ “Nesse momento, retorna ao cenário institucional a figura do terceiro setor como possibilidade de agregação de valor à complexa constelação institucional disponível para a realização das tarefas atinentes à viabilização de um convívio social comprometido com os direitos fundamentais.” VALLE, Vanice Lírio do. *Terceiro setor e parcerias com a Administração Pública: desafios ao controle das OS e OSCIPs*, p. 49.

²⁸² “[...] a convocação do Terceiro Setor ao desenvolvimento de parcerias constitui um passo adicional em relação à ideia primeira de participação popular; um estágio mais avançado no sentido da organização da cidadania ativa. Isso porque caracteriza as entidades do Terceiro Setor expressarem uma institucionalização dessa mesma cidadania, que por essa estruturação pode vir a exercer um papel ativo na produção do conhecimento e na democratização das informações.” VALLE, *op. cit.* p. 55.

²⁸³ “Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”

brasileiro novas formas jurídicas para a celebração de acordos com a Administração Pública.

Ao se referir às organizações sociais, o art. 5º da Lei nº 9.637/98 tratou do instituto do contrato de gestão, entendido como “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.”²⁸⁴

Como observam Paola Nery Ferrari e Regina Maria Macedo Nery Ferrari, a introdução dos contratos de gestão no ordenamento jurídico brasileiro já havia ocorrido com o advento da Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991, a qual autorizou o Poder Executivo a instituir o Serviço Social Autônomo das Pioneiras Sociais com critérios para a avaliação dos resultados.²⁸⁵

No que tange às organizações da sociedade civil de interesse público, a Lei nº 9.790/99 instituiu os chamados termos de parceria:

Art. 9. Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

²⁸⁴ “O contrato de gestão ocupa papel de destaque no tema da reforma administrativa do Estado. De acordo com uma das propostas do plano de reforma do Estado, os serviços não exclusivos seriam financiados ou subsidiados pelo Estado, mas controlados pela sociedade por intermédio da criação de organizações públicas não estatais, denominadas Organizações Sociais, que receberiam subsídios do Estado, previstos no orçamento. [...] Então, a figura do contrato de gestão ocupa lugar de destaque na estratégia administrativa preocupada em alterar o perfil do Estado. A relação entre o núcleo estratégico do Estado e os demais setores deixa de ser disciplinada pela lei, na qual impera uma relação de mando, de subordinação, e passa a ser disciplinado pelo contrato, no qual impera uma relação de coordenação, de cooperação, sendo que, por intermédio do contrato de gestão, o núcleo estratégico do setor do Estado apresenta aos demais núcleos os objetivos que devem ser cumpridos.” ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 48. Ainda segundo Rocha, há no contrato de gestão uma leve predominância do regime do contrato administrativo, faltando-lhe apenas o reconhecido direito ao equilíbrio econômico financeiro do administrado; razão pela qual classifica-o como um *contrato administrativo degradado*. ROCHA, *op. cit.* p. 67.

²⁸⁵ FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle das Organizações Sociais*, p. 69. Para Andrea Nunes, a origem das organizações sociais está mais ligada aos *quangos* do que aos Serviços Sociais Autônomos das Pioneiras Sociais. Assim, sustenta a autora que as organizações sociais foram inspiradas nos *quangos* (quase não governamental), que constituem um modelo de gestão implementado pelo governo britânico em 1996 baseado em “corpos políticos departamentais”. NUNES, Andrea. *Terceiro setor: controle e fiscalização*, p. 135.

Indaga-se, no presente estudo, se os acordos celebrados entre o Estado e as entidades do terceiro setor possuem a mesma natureza ou se são ontologicamente distintos entre si.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²⁸⁶ José dos Santos Carvalho Filho²⁸⁷ e Eduardo Szazi,²⁸⁸ por exemplo, entendem que os contratos de gestão celebrados com as OS e os termos de parceria celebrados com as OSCIPs possuem natureza jurídica “assemelhada à dos convênios”.

Para Gustavo Henrique Justino de Oliveira, os contratos de gestão e os termos de parceria não são convênios, nem contratos administrativos, possuindo natureza de acordos administrativos colaborativos.²⁸⁹

Já Marçal Justen Filho entende que os contratos de gestão possuem natureza jurídica idêntica à dos termos de parceria, podendo ser convênios, contratos organizacionais ou associativos, dependendo do caso concreto.²⁹⁰

A Lei nº 9.637/98 refere-se aos contratos de gestão como forma de se estabelecer vínculo jurídico com o Estado. Da mesma forma, refere-se a Lei nº 9.790/99 aos termos de parcerias. Nos dois casos trata-se de entidades de direito privado criadas por particulares que buscam parcerias com o Estado para o atendimento de interesses comuns.

Apesar dos nomes diversos, atribuídos pela legislação específica, o presente trabalho entende que todos esses acordos possuem natureza jurídica de convênio, compreendido como espécie de contrato administrativo. Embora haja requisitos e procedimentos peculiares, a natureza do acordo não se altera.

Cumprindo observar, ainda, que os procedimentos e requisitos previstos nas Leis 9.637/98 e 9.790/99 para celebração dos contratos de gestão e dos termos de parceria assemelham-se muito aos requisitos estabelecidos pelo art. 116 da Lei nº

²⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 264.

²⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 386.

²⁸⁸ SZAZI, Eduardo. *Terceiro setor: regulação no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2001, p. 109.

²⁸⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. O contrato de gestão na Administração Pública brasileira, p. 459-477.

²⁹⁰ “Mas, no caso concreto, a expressão ‘contrato de gestão’ pode comportar inúmeras figuras jurídicas, de mais diversa natureza. Caberá examinar a situação concreta para atingir uma conclusão. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação jurídica pactuada”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 134-136.

8.666/93 e pela Instrução Normativa n. 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional (STN).²⁹¹

Vê-se, portanto, que a base de todo e qualquer convênio é o artigo 116 da Lei n° 8.666/93. Independentemente da nomenclatura utilizada e, conseqüentemente, da lei aplicada aos termos de parceria e aos contratos de gestão, a natureza jurídica é a mesma, visto que se trata de acordos celebrados entre a Administração Pública e uma entidade privada, nos quais o particular não auferir lucro.

O artigo 116 da Lei n° 8.666/93 trata dos convênios celebrados com associações e fundações criadas na forma do art. 44 do Código Civil, sem a necessidade de qualificação específica (como OSs e OSCIPs). Já os acordos criados por leis específicas (como os contratos de gestão e termos de parceria) observarão, subsidiariamente, as regras gerais dispostas na Lei n° 8.666/93.

Dessa forma, adotar-se-á, no presente estudo, o termo convênio para fazer menção a todos os vínculos jurídicos celebrados entre a Administração Pública, no exercício da atividade de fomento, e os entes no exercício de atividades referentes ao terceiro setor. Afinal, segundo a doutrina especializada, todos esses vínculos jurídicos

²⁹¹ Vale a transcrição do art. 7° da Lei n° 9.637/98 e do art. 10, § 2° da Lei 9.790/99: “Art. 7° [...] I – especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; II – a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos sociais, no exercício de suas funções.” Lei n° 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. “Art. 10 [...] § 2° São cláusulas essenciais do Termo de Parceria: I – a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade civil de Interesse Público; II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma; III – a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado; IV – a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores; V – a que estabelece as obrigações da Sociedade civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV; VI – a de publicação, na imprensa oficial do Município, do estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria.” Lei n° 9.790 de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos como Organizações da Sociedade civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

são acordos de vontade, em que os partícipes visam a um interesse comum, colaborando mutuamente para o desenvolvimento do projeto.

Portanto, todo o estudo realizado acerca dos convênios administrativos (principalmente quanto à natureza do regime jurídico) aplica-se também aos contratos de gestão, termos de parceria e eventuais outros institutos criados por leis específicas no intuito de regular os acordos celebrados entre entes públicos e instituições sem fins lucrativos, para atender a objetivos comuns.²⁹²

²⁹² Exatamente nesse sentido o entendimento do Tribunal de Contas da União: “2.2.3 Para os fins desta auditoria, foram consideradas ONGs as organizações da sociedade civil, com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, independente da forma jurídica adotada e cujas atividades sejam prioritariamente de benefício público, sendo consideradas na seleção da fiscalização o subconjunto de instituições que receberam recursos públicos federais repassados por meio de termo de convênio, contrato de repasse ou termo de parceria celebrados a partir de 2003. 2.2.4 Dentre as entidades que compõem o heterogêneo Terceiro setor, estão incluídas as instituições denominadas Organizações da Sociedade civil de Interesse Público- OSCIP - e Organizações Sociais – OS”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.331/2008. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional. Processo nº 027.206/2006-3. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 11 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em 28 de agosto de 2010.

4. A NATUREZA CONTRATUAL DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

4.1. Concepção tradicional

Prevalece no direito brasileiro a concepção de que o convênio é uma espécie de acordo, mas diferente do contrato, que seria outra espécie do mesmo gênero.

O entendimento sustentado pela doutrina tradicional foi concebido por Hely Lopes Meirelles, ainda na década de setenta, apontando a diversidade de interesses dos partícipes como base da distinção entre contratos e convênios:

Convênio é acordo mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: *no contrato* há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre *no convênio*, em que não há partes, mas unicamente *partícipes* com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.²⁹³

No direito positivo foi consagrada a distinção clássica entre convênios e contratos administrativos. O Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, bem como a

²⁹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 386. No mesmo sentido Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “o principal elemento que se costuma apontar para distinguir o contrato do convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos. É o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, quando define os convênios administrativos como 'acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.’” DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 230. Ainda no mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 243. Cumpre observar que também as monografias sobre o tema limitam-se a citar as lições de Hely Lopes Meirelles, como podemos observar em: AGUIAR, Ubiratan; MARTINS, Ana Cláudia Messias de Lima; MARTINS, Paulo Roberto Wiechers. *et al. Convênios e tomadas de contas especiais: manual prático*, p. 24. BITTENCOURT, Sydney. *Manual de convênios administrativos*, p. 15. CANDEIA, Remilson Soares. *Convênios celebrados com a União e suas prestações de contas*, p. 22-28. DURÃO, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos: gestão, teoria e prática*, p. 79-80. RIBEIRO, Jorge Miranda; PIRES, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudências do TCU e Poder Judiciário, recomendações*, p. 24-25. Em sentido oposto, entendendo pela natureza contratual: MEDAUAR, Odete. *Convênios e consórcios administrativos. Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 11, n. 8, p. 451-461, ago. 1995, p. 457; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 664.

Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n. 127, de 29 de maio de 2008, tratam da celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou a realização de eventos. Cumpre observar que o Decreto nº 6.170 e a Portaria Interministerial nº. 127/08 prevêm expressamente a possibilidade de celebração de convênios com instituições particulares.²⁹⁴

É importante ressaltar que a definição da natureza jurídica do convênio independe do caráter público ou privado dos partícipes.

A distinção adotada pela doutrina majoritária é de grande relevância, tendo em vista que, como consequência, passou-se a defender a inaplicabilidade do regime jurídico dos contratos administrativos aos convênios.

O art. 116 da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações e Contratos), estabelece que apenas “no que couber” devem ser aplicadas aos convênios e demais ajustes as disposições contidas na Lei de Licitações. Assim, a definição do regime jurídico dos convênios passa justamente pela concretização da expressão “no que couber”.

Como justificativa para não se aplicar o regime jurídico contratual aos convênios, Maria Sylvia Zanella Di Pietro argumenta que não existe delegação ao particular da prestação de serviços, tratando-se de exercício de competências institucionais comuns.²⁹⁵ A mútua colaboração entre entes privados e públicos, formalizada pelo convênio, ocorreria por meio da atividade de fomento desenvolvida pelo Estado.

Dessa forma, o serviço prestado pelo particular manterá a natureza de atividade privada, submetida ao controle e à fiscalização do Poder Público,

²⁹⁴ “convênio - acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos 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, entidades 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”.

²⁹⁵ “O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do convênio; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências institucionais comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 234.

especialmente porque há a utilização de recursos públicos em virtude do fomento estatal.²⁹⁶

4.2. Análise crítica dos convênios em face da teoria geral do negócio jurídico

4.2.1. Introdução

Fica evidente que a concepção tradicional sobre os convênios administrativos parte da premissa de que a figura do acordo engloba tanto o contrato quanto o convênio, razão pela qual se entende que o convênio se distingue do contrato. Costuma-se sustentar, portanto, que o convênio não é um contrato.²⁹⁷

Dessa forma, faz-se necessário discorrer acerca dos institutos do contrato, acordo e convênio.²⁹⁸

No direito público, vale reiterar que o termo convênio é tratado autonomamente, como instituto diverso do contrato.²⁹⁹ Já no direito privado o termo convênio é frequentemente utilizado para retratar acordos de natureza contratual, tentando-se mascarar o interesse econômico das partes. São inúmeras as situações cotidianas nas quais se depara com o uso deturpado do termo convênio para retratar a celebração de contratos. Tomem-se como exemplo uma instituição de ensino e uma empresa privada, as quais acordam que todo empregado da empresa que vier a estudar

²⁹⁶ DI PIETRO, *op. cit.* p. 234.

²⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 286. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 230.

²⁹⁸ Acerca da natureza contratual dos convênios ver também: ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei n.º 11.107/2005*, p. 125-143.

²⁹⁹ Acerca dos convênios administrativos: AGUIAR, Ubiratan; MARTINS, Ana Cláudia Messias de Lima; MARTINS, Paulo Roberto Wiechers. *et al. Convênios e tomadas de contas especiais: manual prático*, p. 24. BITTENCOURT, Sydney. *Manual de convênios administrativos*, p. 15. CANDEIA, Remilson Soares. *Convênios celebrados com a União e suas prestações de contas*, p. 22-28. DURÃO, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos: gestão, teoria e prática*, p. 79-80. RIBEIRO, Jorge Miranda; PIRES, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudências do TCU e Poder Judiciário*, p. 24-25.

na escola parceira receberá um desconto de 50% em sua mensalidade. Tal acordo é comumente chamado de “convênio”.

No entanto, resta aqui configurado um contrato de prestação de serviços.³⁰⁰ O benefício, desconto na mensalidade, recebido pelo empregado da empresa privada, é também de interesse da empresa, pois significa um atrativo a mais na hora de admitir funcionários. Já a instituição de ensino, em contrapartida, busca o aumento no número de alunos matriculados.

Também em hospitais e clínicas médicas é comum perguntar aos pacientes se eles têm “convênio” com algum plano de saúde. É claro que em tais situações há a celebração de um verdadeiro contrato de prestação de serviços em que as partes envolvidas buscam, de fato, interesses próprios.³⁰¹

O uso do termo convênio nos dois exemplos fica mais simpático, pois não transmite a verdadeira intenção das partes, que consiste, evidentemente, na busca de benefícios econômicos próprios.

Percebe-se que no direito privado não existe interesse acadêmico na abordagem autônoma da natureza jurídica dos convênios, já que o termo é usado informalmente como sinônimo de contrato.

³⁰⁰ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o contrato civil de prestação de serviços é “aquele em que uma das partes se obriga para com a outra a fornecer-lhe a prestação de sua atividade, mediante remuneração.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.II, p. 240.

³⁰¹ O artigo 1º, inciso 1º, da Lei 9.656/98 afirma o caráter contratual existente entre as empresas prestadoras de serviços de assistência à saúde e seus contratantes. Vale registrar também que é pacífico na jurisprudência brasileira o reconhecimento da natureza contratual de tais relações jurídicas:

“O plano de assistência à saúde, apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 138.059/MG. Relator Ministro Ari Pargendler. Data do julgamento: 13 de março 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199700443264&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 02 de maio 2009. No mesmo sentido: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação nº 1.0024.05.749525-1/001(1). Relator Desembargador Adilson Lamounier. Data do julgamento: 31 de janeiro 2008. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?txtProcesso=1.0024.05.7495251001&comrCodigo=&numero=1&listaProcessos=10024057495251001&select=2. Acesso em: 02 de maio 2009 ; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão nº 1035181009. Apelante: Liliani Epprecht Manes; Apelado Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo. Relator Desembargador: Adilson de Araújo. Data do julgamento: 04 de novembro 2008. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4496553&v1Captcha=rswwj>. Acesso em: 23 de dezembro 2010. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 469.911/SP. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 01 de maio. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200201237954&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 02 de maio 2009. Agravo Regimental no Ag nº 1029216/RJ. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Data do julgamento 09 de junho 2009. Disponível em: <http://jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200800613769&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 02 de maio 2009.

Para melhor compreender os institutos do contrato, convênio e acordo, bem como suas semelhanças e eventuais diferenças, é importante analisá-los e classificá-los de acordo com os institutos já consagrados pela Teoria Geral do Direito.

Como os convênios administrativos carecem de abordagem sistemática, propõe-se no presente capítulo o enquadramento dos contratos, convênios e institutos afins na Teoria Geral do Direito, haja vista a inexistência de uniformização da terminologia utilizada e a dificuldade de se traçar um paralelo entre os institutos jurídicos utilizados no Direito Público e os seus correspondentes no Direito Privado.

O negócio jurídico é compreendido como gênero, que possui o contrato como uma de suas inúmeras espécies. Faz-se necessário, assim, comparar o contrato com as demais espécies de negócio jurídico, permitindo-se a análise dos convênios administrativos em face da teoria contratual.

4.2.2. Teoria do negócio jurídico

4.2.2.1. Fato jurídico, Ato Jurídico e Negócio Jurídico

Fato jurídico é todo evento natural ou humano, decorrente de uma ação ou omissão, que produz efeitos jurídicos relevantes.³⁰² Como bem observa Orlando Gomes, um fato lícito qualquer, que não acarrete nenhum efeito jurídico, não pode ser tratado como fato jurídico, sendo, pois, fato simples. É o caso da preferência por um clube de futebol, o envio de um cartão de natal, almoçar, dormir. Tais eventos, “não criando nem alterando relações jurídicas, são fatos neutros ou ajurídicos”.³⁰³

Concepção mais ampla de fato jurídico é apresentada por Pietro Perlingieri, como todo evento capaz de produzir, em tese, efeitos jurídicos. Mesmo aqueles fatos aparentemente indiferentes para o direito possuem, segundo o autor, aspecto de

³⁰² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 238.

³⁰³ GOMES, *op. cit.* p. 238.

juridicidade. Basta lembrar as normas que estabelecem o direito à liberdade pessoal, o direito de expressão e de pensamento, o direito à liberdade de circulação: “o fato de Tizio subir no carro e andar alguns quilômetros é juridicamente relevante, enquanto é manifestação exterior de um valor, de um princípio jurídico, como é aquele da liberdade de circulação”.³⁰⁴

É imprescindível distinguir, no entanto, entre os fatos que são relevantes para o direito, por encontrarem guarida no ordenamento jurídico (nesta linha a concepção de Perlingieri), e os fatos que produzem efeitos jurídicos concretos. É neste último sentido que se concebe o fato jurídico no presente trabalho, sob pena de se incluir na classificação dos fatos jurídicos toda e qualquer manifestação humana, haja vista que todas as condutas representam, ao menos indiretamente, uma manifestação de liberdade assegurada pela Constituição.

Entre os fatos jurídicos encontram-se alguns que embora não se constituam pela ação do homem, repercutem na esfera jurídica, como a morte. São os chamados fatos jurídicos naturais. Já os fatos jurídicos humanos ocorrem, necessariamente, por uma ação ou omissão do ser humano, como o nascimento ou a celebração de um contrato.³⁰⁵

O ato jurídico *lato sensu* consiste em toda ação ou omissão humana voluntária produtora de efeitos jurídicos relevantes.³⁰⁶ Cumpre observar que os efeitos jurídicos podem decorrer essencialmente de uma vontade manifestada ou do ordenamento jurídico positivo.³⁰⁷

³⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Profili del diritto civile*, p. 83-84.

³⁰⁵ A terminologia utilizada para os fatos jurídicos humanos ou naturais é usada por Carlos Ferreira de Almeida em: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*, p. 31. Em sentido diverso, Orlando Gomes opta pelas expressões fato jurídico, em sentido amplo e restrito, referindo-se a fato jurídico natural e humano, respectivamente. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 237.

³⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 302. No mesmo sentido, Carlos Ferreira de Almeida entende que os atos jurídicos são necessariamente voluntários, de modo que as condutas involuntárias constituem, na verdade, fatos jurídicos: “Os factos jurídicos podem ser naturais ou humanos. Estes podem, por sua vez, ser involuntários ou voluntários. Os factos jurídicos voluntários (ou intencionais) são designados como actos jurídicos, que se subdividem em actos ilícitos e actos lícitos.” ALMEIDA, *op. cit.* p. 31. Ver também: VILLELA, João Baptista. *Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual*, p. 257.

³⁰⁷ “É a noção do ato jurídico *lato sensu* que abrange as ações humanas, tanto aquelas que são meramente obedientes à ordem constituída, determinantes de consequências jurídicas *ex lege*, independentemente de serem ou não queridas como aquelas outras declarações de vontade, polarizadas no sentido de uma finalidade, hábeis a produzir efeitos jurídicos queridos.” PEREIRA, *op. cit.* p. 303.

Assim, apresentam-se três espécies de atos jurídicos: atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos e atos ilícitos. Os atos ilícitos podem ser definidos como uma ação humana contrária ao ordenamento jurídico, podendo ser omissiva ou comissiva.

Conforme bem observou João Baptista Villela, a ambivalência do termo *jurídico* reflete na concepção do jurídico em sentido estrito e do ato ilícito.³⁰⁸ É que o termo jurídico pode ser utilizado em dois distintos sentidos: ora para demonstrar a relevância de determinado acontecimento para o Direito (aptidão para criar, extinguir ou modificar relações jurídicas), ora para demonstrar a sua conformidade com o ordenamento jurídico.

Os ilícitos penais, por exemplo, são relevantes para o Direito, sem, contudo, serem conforme ao Direito. Determinados fatos jurídicos, como as quedas de energia decorrentes de raios, produzem consequências jurídicas, não sendo apropriado, no entanto, afirmar que são conforme ao Direito.

Em nosso ordenamento jurídico o artigo 186 do Código Civil assim define ato ilícito: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. As duas outras espécies de atos jurídicos, negócios jurídicos e atos em sentido estrito, serão a seguir apresentadas.

4.2.2.1.1 O ato jurídico em sentido estrito

Cabe normalmente à doutrina conceber classificações e definições de institutos jurídicos. Como as classificações correspondem a agrupamentos de institutos com características semelhantes, é comum existirem opções distintas entre os autores, haja vista que o ordenamento jurídico deixa grande margem de teorização para a doutrina. Entende o presente trabalho, pois, que não há que se falar em classificação certa ou errada, mas algumas sistematizações mais úteis e coerentes do que outras.³⁰⁹

³⁰⁸ VILLELA, *op. cit.* p. 258.

³⁰⁹ O presente trabalho refere-se a classificações que se enquadrem nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como também atendam aos pressupostos da lógica formal (princípio da não contradição, por exemplo).

Questiona-se, no entanto, a concepção de algumas classificações que contrariam disposição expressa de lei. Embora não seja recomendável que o legislador estabeleça definições e classificações de institutos jurídicos, há casos em que a lei não se restringe ao estabelecimento de efeitos jurídicos.

Há, em torno do ato jurídico em sentido estrito, certo dilema, haja vista que o Código Civil de 2002 deixou de priorizar a abordagem do ato jurídico em sentido estrito, passando a tratar do negócio jurídico.³¹⁰ Poder-se-ia, então, questionar se subsiste ainda no ordenamento jurídico brasileiro a figura do ato jurídico em sentido estrito.

Como não houve revogação expressa ou vedação da utilização do termo ato jurídico em sentido estrito, tendo em vista que a Teoria Geral do Direito tradicionalmente adota o instituto, entende-se no presente trabalho que essa classificação não deve ser abandonada simplesmente em virtude da alteração legislativa. O que realmente deve ser analisado é se os pressupostos adotados pela doutrina ao conceber o ato jurídico em sentido estrito são compatíveis com o ordenamento jurídico vigente.

O ato jurídico *stricto sensu* é comumente definido como toda conduta humana voluntária que produz efeitos jurídicos relevantes não dependentes da vontade manifestada.³¹¹ Em outras palavras: nos atos jurídicos *stricto sensu* (ao contrário dos negócios jurídicos) os efeitos gerados independem do querer do agente.³¹²

³¹⁰ Ver Livro III - *Dos fatos jurídico*; Título I - *Do negócio jurídico*, artigos 104 a 184 do Código Civil de 2002.

³¹¹ Segundo José de Oliveira Ascensão: “Os actos jurídicos em sentido restrito são comportamentos exteriores a que a lei liga consequências jurídicas. Assim, a destruição da coisa provoca a perda da titularidade, sendo para isso indiferente a intenção de quem a tenha provocado. Mas todo o acto é ainda um acto humano. Logo, tem como coeficiente mínimo um comportamento físico voluntário por parte do agente. É necessária a voluntariedade da conduta exterior. Em consequência, se essa conduta não foi querida – por exemplo, porque resultou da coacção física perpetrada por terceiro – o movimento corpóreo é irrelevante. É inexistente como conduta, e portanto como acto jurídico.” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*, p. 14. Carlos Alberto Pinto Mota denomina como sinônimo de ato jurídico *stricto sensu* os denominados simples actos jurídicos: “(...) factos voluntários cujos efeitos se produzem, mesmo que não tenham sido previstos ou queridos pelos seus autores, embora muitas vezes haja concordância entre a vontade destes e os referidos efeitos. Não é, todavia, necessária uma vontade de produção dos efeitos correspondentes ao tipo de simples acto jurídico em causa para essa eficácia de desencadear. Os efeitos dos simples actos jurídicos ou actos jurídicos <<stricto sensu>> produzem-se – diz-se comumente <<ex lege>> e não <<ex voluntate>>” PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 355. Neste mesmo sentido: “*Os simples actos jurídicos* são acções humanas lícitas cujos efeitos jurídicos, embora eventualmente – ou até normalmente – concordantes com a vontade dos seus autores, não são todavia determinados pelo conteúdo desta vontade, mas directa e imperativamente pela lei, independentemente daquela eventual ou normal concordância.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, p. 08. Orlando

Explica Orlando Gomes que para a compreensão do que seja ato jurídico *stricto sensu*, é indispensável fazer o seu cotejo com o negócio jurídico. É que no negócio jurídico a autonomia privada é exercida de forma ampla, sem vinculação a qualquer obrigação anterior, legal ou convencional: “o agente elege os efeitos jurídicos que deseja alcançar e a lei, reconhecendo a licitude de sua conduta, aprova o desiderato da parte”. E logo adiante conclui o autor: “Isto é, determina a lei que o ato livremente praticado tenha o efeito querido pelo agente”.³¹³

Ana Alvarenga Moreira Magalhães ressalta que o negócio jurídico passa a figurar como norma criada pelas próprias partes:

Ao passo que no ato jurídico em sentido restrito os efeitos são os designados pela lei, o negócio jurídico é fonte de direitos e obrigações na medida em que ele próprio se torna uma *norma*, gerada a partir da vontade livre de suas partes. Os efeitos, além de simplesmente queridos, são também originados pela norma particular criada a partir da vontade objetivada — não basta o mero querer para transformar um ato em negócio, é necessário que esse querer adquira, por influência do ordenamento, efeitos tipicamente seus.³¹⁴

Já nos atos jurídicos em sentido estrito as manifestações do indivíduo apresentam-se vinculadas, de modo que ao agente não cabia a liberdade de praticá-la ou não, e seus efeitos já se acham exaustivamente definidos em lei. Não teria a vontade do agente, pois, o poder de definir o efeito da declaração, já que este papel seria exercido pela lei, “que o faz de maneira direta e imperativa independentemente da concordância do agente”.³¹⁵

Exemplo bastante comum de ato jurídico *stricto sensu* seria o registro de um filho feito pelos pais. Os efeitos a serem gerados após o registro não dependem da

Gomes subdivide os atos jurídicos *stricto sensu* em atos materiais e participações, conforme haja ou não um destinatário. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 253.

³¹² “Assim, o pagamento e a outorga da quitação entre devedor e credor são atos jurídicos, mas não negócios jurídicos. O mesmo se pode dizer do reconhecimento de paternidade como da prestação de alimentos. Já a remissão de dívida e a emancipação, porque não vinculados a qualquer outra obrigação anterior, seriam negócios jurídicos” GOMES, *op. cit.* p. 254.

³¹³ GOMES, *op. cit.* p. 254.

³¹⁴ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

³¹⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 254. No mesmo sentido anotou César Fiuza: “Em visão bastante simples, o ato jurídico em sentido estrito é toda ação lícita, não voltada a fim específico, cujos efeitos jurídicos são produto mais da Lei do que da vontade do agente. Aliás, pouco importa que o agente deseje os efeitos, uma vez que derivam da Lei. A vontade é de simples manifestação. (...) o ato em sentido estrito possui dois elementos: uma ação humana, combinada com o ordenamento jurídico. O que o diferencia dos negócios jurídicos, como veremos, é o fato de não ser ato de autonomia privada, gerador de efeitos que derivam da vontade do agente.” FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*, p. 201.

vontade dos pais, mas decorrem diretamente da lei. Outro exemplo normalmente utilizado é o casamento, visto que os nubentes decidem se casar, mas não podem estabelecer todos os efeitos jurídicos decorrentes do vínculo.³¹⁶

Entretanto, entende-se no presente trabalho que não pode mais prosperar a distinção doutrinária entre atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos baseada na necessidade de a manifestação de vontade do agente ser suficiente para determinar a produção de todos os efeitos pretendidos.³¹⁷

Vale observar, no entanto, que tal concepção acerca da manifestação de vontade apresenta-se vinculada à teoria liberal de contrato, que foi reformada pela própria doutrina civilista ao longo de todo o século XX.³¹⁸

Pietro Trimarchi lembra que a teoria do negócio jurídico foi formulada com um propósito também ideológico (ao lado de um propósito científico), que consistia justamente na exaltação do princípio da autonomia privada.³¹⁹

Essa concepção de que a manifestação de vontade do agente só seria considerada relevante se fosse capaz de estipular todos os efeitos jurídicos era o argumento utilizado, justamente, para se negar natureza contratual ao contrato de adesão.³²⁰ O mesmo fundamento era utilizado para se atribuir natureza não contratual ao contrato de trabalho e ao contrato administrativo.³²¹

³¹⁶ No mesmo sentido, Pietro Trimarchi classifica os atos jurídicos em *atos negociais* (manifestações de vontade com a intenção de produzir efeitos jurídicos) e *atos não negociais* (os efeitos jurídicos decorrem diretamente da lei, sendo irrelevante se tais efeitos foram desejados ou não) (tradução nossa): “A tutti questi atti non negoziali seguono gli effetti giuridici stabiliti dalla legge, senza che importi in alcun modo se tali effetti siano voluti, oppure no.” TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, p. 53.

³¹⁷ “Os ‘negócios jurídicos’ são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os ‘atos jurídicos *stricto sensu*’ são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeitos que nascem da própria lei.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 303.

³¹⁸ “Sem dúvida, a intervenção do Estado no contrato, não raro, é necessária para promover equilíbrio e justiça. Todavia, ela marca uma verdadeira crise do conceito de negócio jurídico, de modo que é difícil dizer se, atualmente, prevalece a liberdade de estipulação negocial ou o dirigismo contratual”. LIMA, Taisa Maria Macena de. *Princípios fundantes do direito civil atual*, p. 250.

³¹⁹ “Do ponto de vista ideológico, a importância dada à *Teoria Geral do Negócio Jurídico* visava a exaltar o princípio da autonomia privada. Do ponto de vista científico, a teoria buscava elaborar princípios gerais sobre alguns aspectos e problemas como a capacidade negocial, a vontade, a declaração, o consenso, e a seus vícios, a interpretação, a condição, o termo, a representação, a invalidação”. [tradução livre]. No original: “Dal punto di vista ideologico, il rilievo dato alla teoria generale del negozio giuridico intendeva esaltare il principio dell’autonomia privata. Dal punto di vista scientifico, poi, la teoria intendeva elaborare principi generali su alcuni aspetti e problemi quali la capacita negoziale, la volontà, la dichiarazione, il consenso, e i loro vizi, l’interpretazione, la condizione, il termine, la rappresentanza, l’invalidità”. TRIMARCHI, *op. cit.* p. 155.

³²⁰ “O papel da vontade e consentimento do aderente (consumidor) é tão pequeno que já se negou doutrinariamente o caráter contratual – que pressupõe conjugação de vontades – do contrato de adesão.” BESSA, Leonardo Roscoe. *Proteção Contratual*, p. 288. O *caput* do art. 54 do CDC assim define contrato de adesão:

A natureza contratual do contrato de adesão, atualmente indiscutível na doutrina civilista, parte da premissa de que é suficiente que um indivíduo possa decidir se celebra ou não o contrato, sendo prescindível que possa determinar todos os efeitos a serem produzidos.

Ora, é extremamente incoerente que esses mesmos autores neguem o caráter de negócio jurídico a determinada conduta em virtude de os efeitos jurídicos não poderem ser determinados pelas partes.

Diferentemente do que imperava no século XIX, hoje se concebe que a autonomia privada não é um valor em si, não representando mais “um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e funcionalização ao sistema das normas constitucionais”.³²²

É que o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, por meio dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade, de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro.³²³

Pressupondo-se que a autonomia privada, consagrada constitucionalmente por meio da liberdade de iniciativa, deve ser exercida nos limites impostos pelo ordenamento jurídico, conclui-se que a “liberdade plena de querer” a produção de efeitos jurídicos não existe.

A autonomia privada permite ao indivíduo que aja no intuito de produzir efeitos jurídicos, independentemente de poder escolher detalhadamente quais efeitos quer produzir. No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão distingue com precisão o consenso sobre o conteúdo essencial do contrato e eventual acordo de vontades sobre todas as cláusulas contratuais:

Pode-se celebrar um contrato sem haver encontro de vontades sobre todos os aspectos do seu conteúdo. O fenômeno tem manifestação flagrante no domínio das

“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.” Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

³²¹ Acerca da evolução da teoria do contrato vide: MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*, p. 192-202; MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 40-56.

³²² PERLINGIEIRI, Pietro. *Profili del diritto civile*, p. 277.

³²³ PERLINGIEIRI, *op. cit.* p. 277.

cláusulas negociais gerais. Raríssimas pessoas têm consciência do que aceitaram ao subscrever um contrato de seguro ou de fornecimento de serviços essenciais. E todavia, estão vinculadas. [...] O mútuo consenso, ainda que seja directamente referido à celebração dum contrato, implica sempre que haja coincidência no objectivo de celebrar um contrato determinado. O que significa que o objecto essencial do contrato tem efetivamente de ser objecto de acordo entre as partes.³²⁴

Lembra Pontes de Miranda o quanto é comum confundir os efeitos do negócio jurídico com a vontade, seu suporte fático:

A vontade dos efeitos, o querer tais efeitos, é dado fático; passa-se no plano puramente econômico; nem é possível, nesse plano, outra causação que de vontade a efeitos: o que fica entre eles é o *jurídico*. Daí haver efeitos não queridos e não se produzirem efeitos que foram queridos. Se atendemos a isso, os efeitos indicam ou indiciam o negócio jurídico de que se trata; a vontade é a vontade do que, dos efeitos, *pode* ser produzido, digamos o máximo deles ou o mais importante; portanto, uma vez que só a figura jurídica é que diz o que é que *pode* produzir-se, a vontade é de negócio jurídico: o que de vontade não se aproveita, porque o efeito querido não se *pode* produzir é totalmente estranho ao negócio jurídico, ou, agarrado a ele, é marcado, como nulo, ou como anulável, pelas regras jurídicas referentes ao negócio jurídico de que se trata. A cada momento, estão as pessoas a errar quanto ao nome do negócio jurídico, que têm por fito, ou quanto ao nome das prestações (aluguel em vez de preço, ou vice-versa).³²⁵

Em regra é a vontade que dita os efeitos do negócio jurídico, mas é importante ressaltar a possibilidade da incidência de normas inderrogáveis pela vontade das partes (ditas “normas de ordem pública”).³²⁶

Ora, tanto no ato jurídico em sentido estrito quanto no contrato de adesão existe a manifestação de vontade do agente no intuito de produzir efeitos jurídicos, sem que possa, no entanto, determinar minuciosamente quais efeitos quer produzir.

Da mesma forma que se considera a autonomia privada do aderente a um contrato de seguro ou de telefonia móvel (porque se entende que o indivíduo concorda com a produção de efeitos jurídicos decorrentes de todas as cláusulas contratuais), não

³²⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*, p. 465-468.

³²⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 163-165.

³²⁶ Prefere-se a expressão “normas inderrogáveis pela vontade das partes” a “normas de ordem pública”, tendo em vista que todas as normas jurídicas buscam, na verdade, uma finalidade de interesse coletivo. A grande preocupação refere-se ao caráter impositivo (e até mesmo autoritário) da expressão normas de ordem pública, como se não fosse importante a participação popular no processo de edição e aplicação do direito. É verdade que as chamadas normas dispositivas não podem ser “revogadas” pelas partes, haja vista que o próprio legislador prevê que uma das possibilidades de cumprimento da lei é o estabelecimento de regras diversas. Não há revogação da lei, mas simplesmente uma previsão legal permissiva para que as partes estabeleçam condições diversas. Se não houver previsão específica, prevalecerá a regra prevista na lei. No entanto, mesmo com estas ressalvas, prefere-se a expressão “normas inderrogáveis” a “normas de ordem pública”.

se pode dizer que ao se casar, ou ao registrar um filho, as pessoas não pretendiam a produção dos efeitos jurídicos previstos pela lei.

A fonte das obrigações, no caso, não pode ser apontada como critério distintivo, haja vista que o foco da definição de ato jurídico em sentido estrito, segundo a doutrina majoritária, é a reduzida autonomia da vontade do agente afetado pela produção dos efeitos jurídicos decorrentes da lei.

Caso se entenda necessária a elaboração de uma classificação dos negócios jurídicos segundo o grau (ou seja, a quantidade) de autonomia das partes envolvidas, há que se considerar que há contratos (assim reconhecidos pela doutrina) em que as partes têm menos liberdade de iniciativa do que em um ato jurídico em sentido estrito. Basta lembrar dos contratos celebrados entre os indivíduos em geral e as empresas concessionárias do serviço público de energia elétrica domiciliar.

Não é sustentada no presente trabalho a impossibilidade de estabelecer uma classificação dos negócios jurídicos em função do grau de autonomia das partes, mesmo porque a liberdade de estipulação das cláusulas já é adotada como critério para a definição de outras espécies de contratos, como o contrato de adesão.³²⁷ Entende-se, no entanto, que a distinção entre atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos, com base na possibilidade de determinação dos efeitos, não mais se sustenta, tendo em vista a evolução da teoria do negócio jurídico.

Adota-se como critério para a distinção entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, o caráter obrigatório ou facultativo da conduta, segundo as lições do professor João Baptista Villela: “[...] ao negócio o agente pode, em primeiro lugar, praticá-lo ou abster-se de fazê-lo [...]. Já nos atos a liberdade não existe nem para a prática, nem para o conteúdo”.³²⁸

A ação do agente na produção de um ato jurídico *stricto sensu* é necessária, de modo que a omissão do sujeito pode, até mesmo, ser considerada um ilícito. Tomem-se como exemplos o ato de os pais registrarem um filho e o ato de se pagar um tributo. Ambos são atos em sentido estrito, pois ao agente só cabe praticá-los. Por

³²⁷ “É o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aplicação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrata pela outra parte para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas”.

³²⁸ VILLELA, João Baptista. *Do fato ao negócio*: em busca da precisão conceitual, p. 265.

outro lado, quando um cidadão se depara com a possibilidade de celebrar um contrato (negócio jurídico), a ação do agente é livre, ou seja, não é obrigatória a sua prática.³²⁹

A adoção de um ou outro critério para a definição do ato jurídico em sentido estrito tem repercussão, por exemplo, na concepção da natureza jurídica do casamento. Para grande parte da doutrina o casamento é ato jurídico *stricto sensu*, haja vista a impossibilidade dos nubentes estabelecerem todos os efeitos jurídicos decorrentes da manifestação de vontade. Para o professor João Baptista Villela, no entanto, o casamento é um negócio jurídico, considerando que não se trata de conduta obrigatória. Por outro lado, o contribuinte comete ilícito se não pagar o tributo devido. Embora o foco continue na autonomia privada, a distinção de ato e negócio não se pauta na determinação de efeitos, mas sim na obrigatoriedade ou não de se praticar determinado ato.

No negócio jurídico, o agente pode deixar de praticá-lo, residindo aí a relevância da autonomia da vontade. Já no ato jurídico em sentido estrito, a omissão do agente caracteriza a ilicitude da sua conduta. E é este o único critério plausível referente à diferenciação do ato em sentido estrito e do negócio jurídico.

Adota-se no presente trabalho a definição de negócio jurídico apresentada por João Baptista Villela, entendido como a vontade humana manifestada para criar, modificar ou extinguir direitos no mundo jurídico, de modo que o “agente pode, em primeiro lugar, praticá-lo ou abster-se de fazê-lo”.³³⁰

Definido o negócio jurídico, adota-se como ponto de distinção entre negócio e ato *stricto sensu* a liberdade dos indivíduos praticarem ou não a conduta. Deve-se observar, portanto, que o papel da vontade é também relevante na classificação dos negócios jurídicos.

Ao se tratar, posteriormente, de institutos como o ato-união e a instituição, em abordagem comparativa com o contrato, é imprescindível compreender o papel da vontade dos agentes quando da celebração de um negócio jurídico.

³²⁹ VILLELA, *op. cit.* p. 265.

³³⁰ VILLELA, *op. cit.* p. 264.

4.2.2.2 Negócios jurídicos unilaterais e plurilaterais

Segundo o número de centros de interesses identificados nas manifestações ou declarações de vontade que compõem o suporte fático dos negócios jurídicos (partes do negócio), classificam-se os negócios jurídicos em unilaterais e plurilaterais.³³¹

Importante ressaltar que parte do negócio não é sinônimo de pessoa, haja vista que cada parte pode ser representada por uma, duas ou inúmeras pessoas. O termo 'parte' pode designar não só uma única pessoa (física ou jurídica), mas também um grupo de pessoas que se apresentem no negócio como um único centro de interesses.³³² Quando a parte for representada por várias pessoas, ela será pluripessoal; do contrário, quando na parte houver apenas uma pessoa, será unipessoal.³³³

Dessa forma, adotando-se como critério-base a estrutura do negócio jurídico, mais precisamente o número e o modo de composição das declarações de vontade que o constituem, vê-se que um negócio jurídico poderá ser unilateral ou plurilateral. Para distingui-los deve-se analisar como se posicionam as diversas pessoas que participam da formação do ato jurídico negocial.

4.2.2.2.1 Negócios jurídicos unilaterais

³³¹ Assim como no presente estudo, Pietro Trimarchi classifica os negócios jurídicos em unilaterais e plurilaterais (bilaterais), tratando este último como sinônimo de contrato. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, p. 156.

³³² “A unilateralidade, bilateralidade ou plurilateralidade do negócio jurídico alude a ser uma só a manifestação de vontade, que é o elemento volitivo do negócio jurídico, ou serem duas, ou mais.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 168. “Parte não é sinônimo de pessoa. Uma parte pode ser constituída por várias pessoas. Assim, se há um direito que pertence a três pessoas e estas comumente renunciam a ele, há um negócio jurídico unilateral, a renúncia, praticado por várias pessoas. A parte é definida pela titularidade dos interesses que se actuam nos negócios” ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*, p. 33.

No mesmo sentido: TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, p. 156; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 199.

³³³ Há autores que utilizam o termo plúrimos em vez de pluripessoais, como José Abreu Filho em: ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, p. 169.

Existe nos negócios jurídicos unilaterais uma só parte, haja vista que, ainda que seja composta por mais de uma declaração de vontade, representa um único interesse, posto em um só lado. Assim, são negócios jurídicos unilaterais aqueles que têm existência e eficácia autônoma, que prescindem de outra manifestação de vontade. São vários os exemplos de negócios jurídicos unilaterais, como o testamento, a promessa de recompensa, a renúncia da propriedade imóvel etc.³³⁴

Ainda sob o aspecto estrutural dos negócios unilaterais deve-se observar que, na hipótese de haver mais de uma manifestação de vontade (negócio unilateral pluripessoal), é imprescindível que os interesses envolvidos sejam comuns (ou pelo menos análogos) entre as pessoas envolvidas. Caso contrário não haverá a unicidade de parte.³³⁵

Os negócios jurídicos unilaterais dependem de previsão legal expressa, constituindo rol taxativo. No intuito de evitar interferências indesejadas na autonomia privada de terceiros não se admitem negócios unilaterais atípicos, preservando-se a liberdade de iniciativa e o princípio da autonomia da vontade.³³⁶

Não se pode admitir que alguém seja obrigado a sofrer efeitos jurídicos contrários à sua vontade, a não ser que haja previsão legal expressa. Trata-se da efetivação do princípio da reserva legal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II da Constituição de 1988).

Cumprido observar também que em razão de os negócios unilaterais dependerem da vontade de terceiros para se tornarem perfeitos, passam a ser irrevogáveis assim que atingem a esfera jurídica de outras pessoas. Assim, deixam de ser disponíveis para o declarante tão logo produzem seus efeitos com relação a

³³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 201.

³³⁵ Diz-se “análogos” porque existem negócios jurídicos nos quais os interesses manifestados nem sempre são idênticos. Tome-se como exemplo a realização de uma assembleia de condomínio, as partes tem interesses próprios. (vide item 2.3.2. 2).

³³⁶ “É de notar que enquanto para os contratos domina, dentro de certos limites (sobretudo para os contratos de natureza obrigacional), o princípio da liberdade negocial, sendo portanto admitidas quaisquer combinações não especificamente previstas na lei, para os negócios unilaterais costuma dizer-se que eles não podem ter lugar fora das modalidades que a lei refere (princípio da tipicidade). Isto pelo menos quanto aos negócios que não toquem só a esfera jurídica do seu autor, mas também a de outra pessoa. Nesta conformidade não poderiam, em regra, constituir-se obrigações, nem para o próprio de declarante (ou declarantes), por negócio jurídico unilateral. A justificação desta doutrina, sendo manifesta quando o efeito visado possa ser desfavorável ao declaratário, não está isenta de dificuldades quanto tal efeito só possa ser-lhe vantajoso.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, p. 41.

terceiros. E se saem da esfera de disponibilidade do declarante é porque ele não pode mais revogá-los.³³⁷

Lembra Pontes de Miranda que os negócios jurídicos unilaterais podem, eventualmente, ser introduzidos em negócios jurídicos bilaterais e mesmo assim permanecerão unilaterais. A renúncia, negócio unilateral, pode ser inserida em um contrato, negócio bilateral, sem deixar de ser um negócio jurídico unilateral.³³⁸

4.2.2.2.2 Negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais

Adotam-se no presente estudo os termos bilaterais e plurilaterais para denominar negócios jurídicos formados por duas ou mais partes, respectivamente, independentemente do número de pessoas que componha cada parte. Cumpre registrar que os efeitos jurídicos são os mesmos para os negócios bilaterais e plurilaterais.

Pontes de Miranda entende ser ainda relevante a classificação dos negócios quanto à incidência de efeitos sobre uma, duas ou mais partes: “Quanto à *eficácia*, é que os negócios jurídicos (bilaterais ou plurilaterais) podem ser unilaterais, bilaterais, ou plurilaterais (plano da eficácia)”.³³⁹

Há autores que distinguem os negócios jurídicos bilaterais dos plurilaterais em virtude da existência ou não de contraposição de interesses. Sustentam, assim, que o contrato supõe um consenso alcançado mediante o intercâmbio de duas declarações de vontades congruentes. Já os negócios plurilaterais constituiriam decisões comuns em assuntos de interesses coletivos, sem que se configure a contraposição de interesses.³⁴⁰

³³⁷ “Os negócios jurídicos unilaterais, quando se destinem a produzir efeitos na esfera jurídica de outrem, são irrevogáveis tão depressa estejam produzidos esses efeitos, por se terem verificado as ulteriores circunstâncias de que dependessem. Não há portanto paralelismo entre o modo da constituição e o da revogação deste negócio. Nem contraria o princípio posto a revogabilidade do testamento (art. 1754º) e a do negócio de fundação, antes de intervir o reconhecimento.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. 41.

³³⁸ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 169.

³³⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. p. 245.

³⁴⁰ ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, p. 75.

Marcos Bernardes de Mello, adotando como critério a direção da vontade das partes, distingue os negócios jurídicos plurilaterais dos bilaterais, sustentando que para a formação dos negócios plurilaterais é essencial a existência de vontades comuns que convirjam para o mesmo fim:

Diferentemente dos negócios jurídicos bilaterais que se formam pela *coincidência* de vontades *opostas* sobre um mesmo objeto, os negócios jurídicos plurilaterais resultam de vontades *distintas* que convergem para um *fim comum*(...) O objeto do negócio jurídico plurilateral, seja a constituição de sociedade simples ou empresária, seja de associação ou outro ente coletivo, consubstancia-se na finalidade comum: o lucro, o lazer, a prestação beneficente, a indústria etc.³⁴¹

No entanto, o presente trabalho sustenta que a direção das vontades das partes é irrelevante para se conceber um negócio jurídico como plurilateral. O que interessa à definição dessa categoria de negócio jurídico é a existência de mais de uma parte, cada uma com seu interesse específico. As vontades das partes devem ser distintas, sob pena de não existirem, na verdade, partes autônomas. Se as vontades das partes caminharem no mesmo sentido não há que se falar em negócio plurilateral, mas em negócio unilateral pluripessoal.³⁴² Como bem observa Pontes de Miranda, se o interesse é um só (interesses comuns), a pluralidade de pessoas não implica pluralidade de lados (partes): “A unidade de interesse, com pluralidade de pessoas, dá a pluripessoalidade; não a plurilateralidade”.³⁴³

Logo, cada parte de um negócio jurídico bilateral pode ser constituída por uma ou inúmeras pessoas, desde que todos os integrantes da mesma parte tenham objetivos e interesses comuns. Por essa razão é que se afirma que as partes atuam em reciprocidade, isto é, convergem quanto ao objeto a ser negociado, mas possuem interesses divergentes sobre esse mesmo bem.³⁴⁴

³⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. p. 205-206.

³⁴² “Às vezes, a noção de *parte* coincide com a de *pessoa* (um indivíduo aluga sua casa a outro); mas não há sinonímia, porque pode haver pluralidade de indivíduos e unidade de parte no negócio jurídico. O conceito exato de parte pode-se dizer *directional*, e traduz o sentido da declaração de vontade.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 314.

³⁴³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 179.

³⁴⁴ “Haver mais de um *lado* implica, essencialmente, *reciprocidade*. Por isso, o negócio jurídico unilateral pode ser realizado (=formado) por mais de uma pessoa, como um negócio jurídico bilateral pode ter mais de dois figurantes (=manifestações de vontade), sem que percam a sua identidade. Isso porque é irrelevante quantas sejam as pessoas que participam do negócio (=figurantes), pois somente interessa a *quantidade de lados* a partir dos quais são manifestadas as vontades negociais e, portanto, se há ou não reciprocidade entre elas. O que importa saber é se há acordo de vontades do homem *diante* de outro homem, não do homem *ao lado* de outro

Não pode ser confundida a existência de objetivos comuns (capaz de caracterizar um negócio como plurilateral), como sustenta Marcos Bernardes de Mello, com a necessidade de consenso entre as partes quanto ao objeto.³⁴⁵

Sempre existirá um interesse comum na consumação do negócio jurídico, ou seja, mediata e indiretamente, o objetivo das partes é sempre comum: a realização do negócio jurídico.

Se não houver convergência sobre o objeto, serão constituídos, na verdade, negócios jurídicos autônomos e paralelos que discutem questões de interesse de apenas uma parte. Seria o caso de um sujeito “A” querer vender uma casa e um outro sujeito “B” querer comprar um carro. A convergência de vontades sobre determinado objeto é pressuposto lógico, pois, da existência do negócio plurilateral.

É imprescindível que as partes concordem quanto às condições do negócio. Ainda que os interessados em um mesmo objeto tenham finalidades distintas, é imprescindível que haja consenso. Como bem observa Caio Mário da Silva Pereira, a presença de consentimento, ou de coincidência das vontades, é condição de existência do próprio negócio jurídico.³⁴⁶

Portanto, o presente trabalho define o negócio jurídico bilateral como a conjugação de vontades de duas partes distintas que coincidem quanto ao objeto, mas que são distintas entre si, havendo consentimento quanto às condições reciprocamente propostas, no intuito de criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações.

homem. Porque se o homem está *ao lado* de outro as suas manifestações de vontade são *paralelas* (=), enquanto se estão *um diante* do outro, são *recíprocas*(=).” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 199.

³⁴⁵ Imprescindível separar o vínculo jurídico entre os sócios em uma sociedade empresarial, por exemplo, daquele vínculo jurídico formado pela entidade com terceiros.

³⁴⁶ “(...) o negócio jurídico *bilateral* pressupõe duas declarações de vontade e não uma, e requer a sua coincidência sobre o objeto. Não basta, sendo bilateral, que duas pessoas, conjunta ou separadamente, manifestem sua vontade, porque até aí inexistente o negócio jurídico. Surge este, quando as emissões volitivas se *ajustam*, ou *coincidem*, porque neste momento se diz que já há o *consentimento* (de *cum + sentire*)” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 313-314. No mesmo sentido escreveu Marcos Bernardes de Mello: “Não basta a coincidência das vontades sobre o objeto – como se A quer vender o bem X e B o quer comprar -, porque é necessário que haja, também, acordo, consenso. Se A vende, mas não a B, ou se não chegam a concordar sobre o preço, negócio bilateral não há, por faltar elemento essencial: o acordo (= consenso).” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 203, e Pontes de Miranda: “O que faz negócio jurídico bilateral não é a junção da aceitação à oferta, mas o efeito do *consensus* que resulta das duas manifestações de vontade, dos dois negócios destinados à conclusão do negócio jurídico bilateral” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. p. 179.

A doutrina afirma, correntemente, que o principal negócio jurídico bilateral é o contrato, sem discorrer satisfatoriamente, no entanto, sobre os demais negócios bilaterais que não teriam natureza contratual.

Dessa forma, torna-se importante analisar outros institutos, que não teriam natureza contratual, mas que se enquadrariam na categoria de negócios jurídicos bilaterais. São apresentados, principalmente, os acordos e os atos-união.

Para o presente trabalho, no entanto, não existem negócios jurídicos bilaterais que não tenham natureza jurídica contratual, tendo em vista a evolução da definição de contrato do Estado Liberal até os dias de hoje.³⁴⁷

No item seguinte o instituto do contrato merecerá tratamento em apartado em virtude de sua relevância para o presente trabalho e também para toda a Teoria do Direito.

4.2.3. Contratos

4.2.3.1 Definição e requisitos

O instituto dos contratos é considerado como um dos mais instigantes e notáveis de toda a Teoria Geral do Direito, seja por sua utilização secular, seja pela distorcida e inquestionável definição repetidamente utilizada no âmbito doutrinário.³⁴⁸

No presente estudo, considera-se contrato o negócio jurídico constituído por duas ou mais partes que acordam quanto ao objeto, tendo por finalidade adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.

³⁴⁷ No mesmo sentido, Pietro Trimarchi trata como sinônimos os negócios jurídicos bilaterais e os contratos. O autor classifica os negócios jurídicos quanto ao número de partes em *negócios unilaterais* (“negozi unilaterali”) e *contratos* (“contratti”): “Se il negozio è costituito dalle dichiarazioni di volontà o dai comportamenti negoziali di due o più parti, si dice **bilaterale** o **plurilaterale**. Il **contratto** è il negozio com il quale *due* o *più parti* costituiscono, regolano o estinguono rapporti giuridici *patrimoniali* (art. 1321 col.civ.)”. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*, p. 156.

³⁴⁸ ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, p. 72.

Conforme será demonstrado ao longo deste capítulo, o instituto do convênio enquadra-se na definição de contrato aqui apresentada, haja vista que os convenientes constituem partes autônomas que assumem atribuições próprias no intuito de atender a um objetivo de interesse público pré-determinado. Na hipótese de descumprimento de qualquer das cláusulas do convênio (como dever do partícipe privado de prestar contas), o partícipe inadimplente poderá ser responsabilizado pela ofensa ao direito subjetivo da outra parte.³⁴⁹

Considerando que não há uniformidade quanto ao conceito de contrato, a presente definição será justificada nos itens seguintes por meio da análise das características e dos requisitos apresentados pela doutrina.

4.2.3.1.1 Consenso e produção de efeitos jurídicos

A necessidade de consenso (acordo de vontades) e a produção de efeitos jurídicos são os dois requisitos inquestionáveis para a celebração do contrato.³⁵⁰

De forma sistemática, a doutrina aborda da seguinte forma esses dois aspectos essenciais à formação do vínculo contratual: a) oposição de duas ou mais partes, que queiram provocar determinados efeitos jurídicos entre si ou entre as

³⁴⁹ A esse respeito, o STF já consolidou entendimento no sentido da manutenção da condenação imposta pelos tribunais de contas a agentes públicos que empregaram irregularmente verbas públicas repassadas por meio de convênios administrativos. cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.328-7/DF. Impetrante: José Carlos dos Santos; Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 24 de outubro 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 20 de outubro 2010. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 232.093-8/CE. Requerente: Ministério Público Federal; Requerido: Francisco Nilson Moreira. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento 28 de março de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 20 de outubro 2010.

³⁵⁰ “O que faz negócio jurídico bilateral não é a junção da aceitação à oferta, mas o efeito do *consensus* que resulta das duas manifestações de vontade, dos dois negócios destinados à conclusão do negócio jurídico bilateral. (...) O que importa à conclusão do contrato é o *consensus*; e o *consensus* ocorre se há oferta, que se aceita, por se considerar oferta, ou se há oferta a que sucede oferta que se tem de ter como aceitação.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. p. 178-179. Ver também PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 07. Acerca da pluralidade de definições de contrato, vide: BESSONE, Darcy. *Do contrato*, p. 29.

pessoas que representem ou a quem desejem favorecer; b) coincidência das declarações das partes baseadas na coincidência das vontades.³⁵¹

De acordo com Orlando Gomes a oposição das partes refere-se à posição que ocupam na relação jurídica, não sendo necessário que sejam antagônicos os interesses dos contratantes. Em razão da posição distinta ocupada por cada parte em um contrato é que se faz necessário consentir quanto ao seu objeto.

Dessa forma, todo contrato supõe mútuo consenso, não sendo admissível que alguém fique vinculado a determinado conteúdo que não pretendeu ou não se percebeu. Segundo José Oliveira Ascensão: “Se alguém aceita uma proposta porque lhe deu um entendimento que não seria normal, há um dissenso. As partes consentiram em realidades diferentes. Havendo dissenso, não há contrato”.³⁵²

A produção de efeitos jurídicos é justamente o que distingue o instituto do contrato de um mero acordo de vontades. Isso significa que um ajuste passa a ter relevância para a teoria geral do negócio jurídico se pretender criar, modificar ou extinguir determinada relação jurídica. É exatamente esta a concepção que o presente trabalho atribui à expressão “produção de efeitos jurídicos”.

Os contratos produzem, naturalmente, efeitos jurídicos, seja de natureza obrigacional ou não, como por exemplo, direitos familiares, reais etc.³⁵³

No entanto, há controvérsias acerca da necessidade do preenchimento de outros requisitos, como por exemplo, a exigência de efeitos patrimoniais para a configuração dos contratos.

4.2.3.1.2 Necessidade de produção de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial

³⁵¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 315.

³⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*, p. 435.

³⁵³ “(...) contratos não são apenas os acordos com eficácia obrigacional, como também os acordos que transmitem ou extinguem créditos e obrigações e os que criam, modificam ou extinguem situações jurídicas de outra natureza (pessoais, associativas, familiares, sucessórias, reais e relativas à propriedade intelectual).” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*, p. 28. Diversamente, Pietro Perlingieri considera que são efeitos jurídicos todos aqueles fatos ou atos que tenham relevância para o direito, ou seja, qualquer fato da realidade social resguardado pelo ordenamento jurídico. PERLINGIERI, Pietro. *Profili del diritto civile*, p. 84.

A produção de efeitos na esfera patrimonial das partes é apontada com frequência como característica elementar do contrato. Para essa corrente o objeto do acordo deverá sempre ter conteúdo econômico, sob pena de configurar um acordo sem existência jurídica.³⁵⁴

Na doutrina italiana também é comum apontar-se o conteúdo patrimonial como requisito do contrato:

O único gênero de relações sobre as quais o contrato incide (constituindo, regulando, extinguindo). Fora deste território o contrato não opera: não constitui, nem regula, nem extingue, nem mesmo altera relações que não sejam ao mesmo tempo jurídicas e patrimoniais.³⁵⁵

Nesse sentido vale transcrever as lições do Professor César Fiuza, referindo-se à natureza patrimonial do negócio: “A ausência desse requisito torna o contrato negócio jurídico inexistente. Não é contrato a combinação entre duas pessoas de se abraçarem todas as manhãs”.³⁵⁶

Considera-se no presente estudo que não há razão para se negar natureza contratual aos vínculos que tenham objeto de conteúdo não patrimonial. A essência do contrato não se verifica no caráter econômico das relações formadas, haja vista que o cerne do contrato é o consenso existente entre declarações de vontades legítimas

³⁵⁴ “Emprega-se o vocábulo contrato em sentido amplo e restrito. No primeiro, designa todo negócio jurídico que se forma pelo concurso de vontades. No segundo, o acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial”. GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 09. Darcy Bessone alega que em todo contrato há uma relação jurídica patrimonial: “Logo se percebe que para a sua [contrato] configuração é necessário o concurso de dois elementos: um, *subjetivo*, consistente no *acordo de vontades*; outro, *objetivo*, que é a *relação* ou o *poder jurídico*, de natureza patrimonial, constituído, regulado ou extinto pelo mesmo *consentimento*.” BESSONE, Darcy. *Do contrato*, p. 59. No mesmo sentido anotou Messineo: “El contrato es definido por la ley (...), como el *acuerdo de dos o más partes, para constituir, regular o disolver entre ellas una relación jurídica patrimonial el contrato roma* siempre como matéria una relación jurídica *patrimonial*. De esto se sigue, por lo tanto, que la relación, de meramente *económica*, se transforma – por el hecho mismo de ser tomada como matéria de contrato – em relación *jurídica*.(...) no es matéria de contrato una relación no patrimonial” MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del contrato*, p. 40-41. César Fiuza ressalta o caráter patrimonial do objeto do contrato: “Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e sócio-econômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana. Tal convenção deve versar sobre matéria de cunho patrimonial, econômico. Deve revestir caráter material, sendo conversível em dinheiro. Aliás, como vimos anteriormente, o caráter patrimonial da prestação é fundamental para o Direito das Obrigações”. FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*, p. 388 e 399.

³⁵⁵ ROPPO, Vincenzo. *Trattato di diritto privato: Il contratto*, p. 5 (tradução nossa). No mesmo sentido: PERLINGIERI, Pietro, URCIOLI, Maria Antonietta. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, p. 459.

³⁵⁶ FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*, p. 388 e 399.

acerca de um determinado objeto cujo fim é adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos. Nada mais.³⁵⁷

A dinâmica da vida cotidiana, bem como as complexas e diversas relações sociais formadas nas inúmeras e diferentes culturas não se limitam a relações contratuais de caráter econômico. Incontáveis são os contratos envolvendo direitos personalíssimos, por exemplo, em que não se formam relações patrimoniais.³⁵⁸

4.2.3.1.3 Liberdade das partes como requisito do contrato

Ante a definição do instituto dos contratos, sabe-se que é essencial à sua constituição o consenso entre as partes, bem como os efeitos jurídicos, patrimoniais ou não, advindos de sua celebração.

Mas há ainda mais elementos necessários à constituição do instituto. Antes de haver mútuo consenso para a celebração do contrato, o ordenamento jurídico concede ao sujeito a liberdade de contratar ou não contratar. Trata-se da consagrada autonomia privada, intrínseca a cada indivíduo, perceptível quando da sua manifestação de vontade (ou mesmo de seu silêncio).

A autonomia privada consiste no poder facultado aos indivíduos de gerir sua esfera jurídica, não se restringindo à possibilidade de contratar ou não, mas de exercer livremente todos os direitos que lhe são inerentes.

Os efeitos decorrentes da vontade declarada só serão produzidos (na aceção jurídica, e não fática) se tiverem apoio da norma legal, ou seja, se não confrontarem com o ordenamento jurídico.³⁵⁹

³⁵⁷ “O objeto não importa; pode ser de natureza patrimonial ou familiar, ou mesmo incluir-se na esfera do Direito Privado ou na do Direito Público.” BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*, p. 203.

³⁵⁸ “Contrato será então o facto humano, voluntário e lícito, formado por duas ou mais declarações concordantes que produzem efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*, p. 37.

³⁵⁹ “A constituição de negócios jurídicos só se permite dentro dos limites legais. A respeito de muitas relações, não é possível, juridicamente, negociar-se.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 71. No mesmo sentido anotou Orlando Gomes: “O efeito jurídico tem de ser querido. A vontade de provocá-lo deve ter

O negócio jurídico é uma evidente manifestação do princípio da autonomia privada imanente a todo o direito privado.³⁶⁰ Pode-se afirmar que a autonomia privada consiste no poder, posto pelo ordenamento jurídico a todos os particulares, de auto-regulamentarem seus interesses em suas esferas jurídicas, estabelecendo suas relações jurídicas com outros sujeitos de direito, privados ou públicos.

apoio em norma jurídica, não bastando, para qualificar o negócio, qualquer *intento práctico*. Assim, não é negócio jurídico o ato de quem rouba com propósito de ser punido (Windscheid) (...) Não produzem efeito os que visem a fins impossíveis, ilícitos ou imorais. O Direito os condena. A outros ignora.”. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 272.

³⁶⁰ O direito positivo limita a autonomia das partes no intuito de atender a outros valores e ideais também consagrados pela sociedade. Mas tais limitações, de forma alguma, afastam a liberdade de iniciativa e, conseqüentemente, a possibilidade de os particulares estabelecerem obrigações e direitos recíprocos, cf. PERLINGIURI, Pietro. *Profili del diritto civile*, p. 277. A partir da manifestação da vontade de se realizar negócio incidirá, necessariamente, uma regra jurídica vigente. Os efeitos decorrentes a partir daí fogem do domínio do agente, pois não se pode prendê-los somente à vontade. Há inclusive efeitos não queridos quando da manifestação da vontade. Os efeitos podem até ser atingidos por lei nova, sendo, nesta hipótese, dirigidos, a partir de então, por tal lei. Como bem anotou Pontes de Miranda: “Tanto mais relevantes são essas considerações que os *efeitos* podem ser atingidos por leis novas e seria difícil admitir-se que, ao se concluir o negócio jurídico, se houvesse querido a eficácia presente e a imprevisível eficácia futura. A pessoa, que se casou sob lei que não permitia o divórcio, não quis a dissolubilidade, nem seria de atender-se à sua vontade, se a tivesse querido. Quis o casamento, negócio jurídico” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 163-165. Ressalvados eventuais direitos adquiridos (art. 5º, inciso XXXVI). A essência do negócio jurídico não reside apenas na vontade, pois se assim fosse, ao interpretá-lo dever-se-ia investigar, primeiro, a vontade interna do agente, mesmo se não manifestada: “Com o negócio, o indivíduo não se limita a declarar que quer alguma coisa, mas declara, para os outros, o objeto do seu querer: e deve ser um regulamento vinculativo, o que ele estabelece no seu interesse, para as relações com os outros. Com o negócio, ele não pode limitar-se a manifestar um estado de espírito, um modo de ser do querer, que teria uma importância psicológica puramente individual; mas deve apontar um critério de conduta, estabelecer uma relação de valor normativo.” BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 91. Cabe aqui anotar as interessantes observações realizadas por César Fiuza, Renata Barbosa de Almeida e Gustavo Pereira Leite Ribeiro: “A doutrina jurídica contemporânea, bem como outras ciências, como a psicanálise, parecem sugerir que a tão propalada vontade, fundamento elementar da obrigatoriedade dos contratos, já não pode mais ser compreendida como se autônoma ela fosse. Ao revés, o que se tem criado e reconhecido, hoje, é que a vontade sofre a imposição de uma série de limitações. Restrições jurídicas apresentam-se várias, as quais incitam a revisão das funções e dos objetivos contratuais. Ao lado delas, também se apresentam as denominadas conformações psíquicas, as quais – quiçá antes mesmo das restrições jurídicas, por terem dimensão interna – definiriam a própria criação do desejo humano [...] para a psicanálise as condutas humanas advêm de motivações não aferíveis e controláveis racionalmente. A vontade não é fator decisivo. Afinal, de fato, nem sempre finalizamos o processo pulsional racionalmente, através da escolha do objeto real. E mesmo quando há esta determinação pelo consciente, ela a isso se resume, não abrangendo o elemento principal: a representação da meta, que se emoldura nos moldes das marcas de nossa *psique*. Repise-se, pois, que o desejo é alheio ao nosso controle racional e, sobretudo, é o que origina todas as nossas ações, dentre as quais se encontram, inclusive, aquelas voltadas para a satisfação das necessidades vitais.” FIUZA, César; ALMEIDA, Renata Barbosa de; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *et al.* Contratos e psicanálise: elementos para uma nova abordagem da contratualidade. A vontade em um negócio jurídico só é relevante após sua manifestação, que pode ocorrer por meio de uma declaração ou mesmo por um comportamento. Depois que essa vontade é manifestada, vincula o agente. Em geral, é por meio da declaração de vontade, não contrária ao ordenamento jurídico, que se constitui a forma de um negócio jurídico. A vontade exteriorizada de uma pessoa esclarece a outras pessoas o teor volitivo de seu querer. Somente após sua declaração é que se torna possível a constituição de um negócio jurídico e, posteriormente, a identificação de seus efeitos que, como já dito, não se restringem ao querer da vontade manifestada, cf. ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, p. 47.

Justamente por meio dos negócios jurídicos é que os sujeitos se auto-regulam, constituindo, modificando, extinguindo e determinando o conteúdo de suas relações.

Entretanto, não só pelos negócios jurídicos é que se percebe a autonomia privada. Toda forma de manifestação dos direitos subjetivos se faz em função da autonomia, pois por meio dela é “que se manifesta *no poder de livre exercício dos seus direitos ou de livre gozo dos seus bens pelos particulares — ou seja, é a autonomia privada que se manifesta na <<soberania do querer>> — no império da vontade*”.³⁶¹

O âmbito de atuação da autonomia privada é vasto, incluindo-se temas relativos à família (reconhecimento de filho), à saúde (transplante), às formas de atuação social (atividades políticas e culturais) etc.³⁶²

Percebe-se, assim, que a autonomia privada encontra-se presente em todos os ramos do Direito. No direito tributário, por exemplo, o contribuinte tem liberdade para requerer ou não o parcelamento de um débito junto à Fazenda Pública. O princípio é mais nítido, no entanto, no plano das relações patrimoniais, pois em outros ramos o caráter imperativo das normas jurídicas proíbe a disposição de certos direitos.³⁶³

Na teoria do negócio jurídico a autonomia privada é representada, principalmente, pela liberdade contratual.³⁶⁴ A extensão do conceito de liberdade contratual vem se alterando desde a transição do Estado Liberal para o Estado Social.

³⁶¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 89-90.

³⁶² “Gli atti di autonomia hanno dunque fondamenti diversificati, non sono da ricondurre unicamente all’libertà di iniziativa economica garantita dall’art. 41 cost. (in quanto, come già ricordato, sai armonizzata con l’utilità sociale, la libertà, la sicurezza e la dignità umana: art. 41, co. 2), ma si collegano direttamente all’art. 2 cost. Quando la negoziazione riguarda situazioni soggettive non patrimoniali; la fenomenologia è in tale matéria ampia e degna di attenta considerazione: si pensi, ad es., alle scelte relative all’aliquota (trapianti, aborto, inseminazione artificiale), all’vita familiare (accordo sull’indirizzo familiare: art. 144 cod. civ. riconoscimento del figlio naturale, <<assenso>> del minore ultrasedicenne al riconoscimento [...])” PERLINGIURI, Pietro. *Profili del diritto civile*, p. 240.

³⁶³ PINTO, *op. cit.* p. 90. Observe-se que o contrato é o principal instrumento de efetivação das necessidades capitalistas. Não é sem razão que a base desse sistema econômico repousa na consagração da propriedade privada e na livre iniciativa.

³⁶⁴ “A liberdade de celebração dos contratos consiste na faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração. Segundo tal princípio *a ninguém podem ser impostos contratos contra a sua vontade ou aplicadas sanções por força de uma recusa de contratar nem a ninguém pode ser imposta a abstenção de contratar*. Se uma pessoa quiser, pode celebrar contratos; se não quiser, a sua recusa é legítima” PINTO, *op. cit.* p. 95-97. No mesmo sentido: “El contrato es siempre el resultado de una libre determinación de las partes (libertad de contratar) y que sería contradictorio con el concepto del contrato la coacción sobre las partes (o sobre una de ellas) para hacer que estipulen. Esto es tan cierto que, faltando la libertad del querer, el contrato es nulo o puede ser anulado.” MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del contrato*, p. 51-52.

Segundo a concepção vigente no Estado Liberal, era essencial para a existência de um contrato que as partes pudessem discutir e estipular livremente as cláusulas contratuais, conforme a autonomia inerente a cada um dos sujeitos da relação contratual.³⁶⁵

Exigia-se, pois, que as partes pudessem não só escolher a celebração ou não de um contrato, mas também determinar com quem contratariam e todo o conteúdo do contrato.³⁶⁶

Com o advento do Estado Social, o contrato deixa de ser pautado exclusivamente na autonomia privada. O Estado intervencionista passou a impor inúmeras cláusulas compulsórias por meio das normas cogentes que visavam a estabelecer preceitos obrigatórios e inderrogáveis pela simples vontades das partes. Acerca da restrição da autonomia privada com a superação do Estado Liberal vale citar as lições de Carlos Alberto da Mota Pinto:

A liberdade de fixação ou modelação do conteúdo dos contratos conhece também algumas restrições, logo aludidas no artigo 405º (<<dentro dos limites da lei>>). Estas restrições eram, sem dúvida, menores num sistema jurídico-privado assente nas bases doutrinárias do liberalismo económico, em que o Estado se reservava o papel de mero garante das condições de livre desenvolvimento da iniciativa dos particulares, assistindo, sem intervir, à actuação destes. Deslocado o ponto de apoio doutrinário e jurídico-constitucional do liberalismo para um intervencionismo estatal, mais ou menos acentuado, procura o direito civil assegurar, pelo menos contra as suas negações extremas, uma justiça efectiva e substancial nas relações entre as partes, bem como valores ou interesses da colectividade, tais como os bons costumes, a ordem pública, a celeridade, a facilidade, a segurança do comércio jurídico. Para realizar estes objectos são consagradas limitações à liberdade de fixação do conteúdo contratual.³⁶⁷

³⁶⁵ “Puede cualquiera concluir contratos con un participante libremente elegido (libertad de conclusión) y determinar libremente con este el contenido de la regulación contractual (libertad en la formación del contenido). Esto es lo que afirma el principio de la libertad contractual, no declarado, ciertamente, de modo explícito en la ley, pero presupuesto por ella y reconocido indirectamente con la normatización de sus límites.” LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*, p. 706-707. Vale observar que alguns autores continuaram atrelados à concepção liberal de contrato mesmo após o advento do Estado Social: “O essencial nele [contrato] é a *liberdade* de cada um dos contratantes firmar a relação jurídica, e a *autoridade* do vínculo formado, insuscetível de alteração pelo prazo de sua vigência, seja em virtude de lei consequente, ou manifestação unilateral de um das partes, retratando-se. Essa a concepção do contrato, gizada no direito romano, e afirmada em contornos teóricos precisos pelos juristas modernos.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 605.

³⁶⁶ “De acordo com a concepção liberal, para que determinada relação jurídica adquirisse o carácter contratual, o princípio da autonomia da vontade exigia que estivessem presentes as seguintes condições: 1- liberdade de contratar ou de se abster (contratar ou não contratar); 2- liberdade de escolher o sujeito com quem será celebrado o contrato (com quem contratar); 3- liberdade de estabelecer as cláusulas contratuais (conteúdo e forma do contrato).” MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*, p. 193. Também nesse sentido: ROPPO, Vincenzo. *Trattato di diritto privato: Il contratto*, p. 46-47.

³⁶⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 97-98.

O interesse público se sobrepôs à autonomia da vontade das partes contratantes, derrogando o individualismo característico do Estado Liberal.³⁶⁸

Desde o esgotamento do modelo do contrato concebido no Estado Liberal, percebeu-se que o princípio da liberdade contratual não é de forma alguma absoluto. No ordenamento jurídico pátrio tal princípio deve observar, por exemplo, a função social da propriedade e do próprio contrato.

Os direitos do proprietário tornam-se um poder-dever a ser exercido de acordo com seus interesses e com o interesse de terceiros, não podendo ser entendido como um mero ônus que o proprietário tem de suportar. A função social aparece como requisito da própria existência e proteção do direito de propriedade.³⁶⁹

O intervencionismo estatal nas relações jurídicas contratuais fez-se necessário para garantir que o ideal de liberdade pudesse ser alcançado por todos, visto que no Liberalismo econômico os limites entre a autonomia da vontade e a opressão contratual eram muito tênues.³⁷⁰

Dessa forma, razão não há para ainda se valer das premissas utilizadas pela doutrina tradicional, vinculadas até hoje aos ideais liberais. Assim, apresenta-se como princípio norteador de todo contrato o princípio da liberdade contratual que, ante a evolução do entendimento de autonomia privada, sofreu inevitáveis modificações que o restringiram a fim de se poder alcançar os fins do Estado Democrático de Direito.

³⁶⁸ “O Estado Social de Direito assenta-se em um humanismo democrático, em substituição ao individualismo do Estado Liberal, buscando socializar a satisfação dos interesses pelo Estado, mantendo em relevo a garantia dos direitos fundamentais, sem descuidar da garantia dos direitos sociais e da concretização da justiça. Para tornar efetiva a tutela dos direitos fundamentais, passa a articular direitos, liberdades e garantias individuais (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia do indivíduo) com os direitos sociais (direitos que visam refazer as condições materiais e culturais em que vivem as pessoas).” BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*, p. 25.

³⁶⁹ “Num ordenamento que admita, sem limitações, a liberdade contratual, não há uma justiça ou rectidão contratual, há uma <<justum pretium>>. Essa perspectiva está hoje ultrapassada: importa criar e garantir os pressupostos da formação dos contratos, num quadro de real e efectiva auto-determinação recíproca. Impõe-se corrigir ou impedir os desenvolvimentos absolutos da liberdade contratual, assegurando uma situação de real liberdade e igualdade dos contratantes, bem como as exigências da justiça social. Assim o reclama uma consideração conjunta e permanente da personalidade o homem e da sua socialidade.” PINTO, *op. cit.* p. 97-98.

³⁷⁰ PINTO, *op. cit.* p. 98. No mesmo sentido Vincenzo Roppo: “Cominciano così a moltiplicarsi gli interventi pubblici che, per proteggere l’interesse generale o l’interesse delle categorie sociali deboli, limitano la libertà contrattuale: specialmente com norme di legge che vietano di inserire nel contratto determinati contenuti, svantagiosi per la parte debole” ROPPO, Vincenzo. *Trattato di diritto privato: Il contratto*, p. 47.

Ocorre que grande parte da doutrina considera até hoje imprescindível que as partes tenham ampla e irrestrita liberdade de contratação para que um negócio jurídico bilateral seja considerado contrato. Entende-se, dessa forma, que o contrato não é o único negócio jurídico bilateral.

Baseando-se nas lições de Léon Duguit, Orlando Gomes ressalta que bilateralidade não é sinônimo de contrato:

O ato subjetivo, do qual o contrato é o tipo por excelência, se caracteriza pela produção de uma obrigação especial, concreta, individual, momentânea, que não existiria para o sujeito pela simples aplicação de uma regra qualquer de direito objetivo. Com essa distinção mostra Duguit que nem todo ato jurídico bilateral é contrato, mas, tão-somente, os que criam situações individuais novas.³⁷¹

Contudo, a existência dos chamados negócios jurídicos bilaterais sem natureza contratual não mais se justifica em virtude da restrição da autonomia privada pela ampla regulação legal. Como bem observa Teresa Cristina de Souza, se transportarmos a definição de situação jurídica objetiva exposta por Duguit para os dias atuais, praticamente todas as situações jurídicas serão objetivas, no sentido de estarem legalmente reguladas.³⁷²

A compreensão dos negócios jurídicos bilaterais de acordo com a concepção de Duguit implicaria, hoje em dia, classificar como negócios bilaterais com natureza não contratual institutos como contrato de trabalho, contrato administrativo, contrato de adesão e contratos de consumo. Em nenhum desses exemplos citados existe a liberdade plena de estipulação de obrigações para as partes, independentemente da aplicação de uma regra de direito objetivo.

Deve-se perceber, pois, que a edição de normas cogentes nos distintos ramos do direito, que limitam a autonomia contratual das partes (contratos administrativos, contratos de trabalho, por exemplo), como também o reconhecimento de existência de liberdade contratual nas avenças em que uma das partes não participa

³⁷¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 312.

³⁷² “Esvazia-se, portanto, o conteúdo de *contrato* e de *situação jurídica objetiva*, figuras que poderão ocorrer tão-somente quando se tratar de relações jurídicas totalmente inéditas, submetida apenas aos limites legais genéricos – atinentes à capacidade, objeto e forma -, cujo conteúdo ainda não tenha sido apreendido pelo direito com a mesma intensidade que os demais. Em face do exposto, afirma-se a impossibilidade de se permitir que a doutrina administrativista permaneça repetindo as lições de Léon Duguit exatamente nos termos expostos no início do século passado. A classificação dos atos jurídicos proposta pelo autor francês não é mais adequada à atual doutrina jurídica.” SOUZA, Teresa Cristina de. *A natureza contratual da relação de função pública*, p. 176-177.

da elaboração das cláusulas contratuais (contratos de adesão), afastam as premissas adotadas para a definição de contrato no Estado Liberal.

Os contratos devem ser tratados, portanto, como sinônimos, e não como espécies de negócios jurídicos bilaterais (ou plurilaterais). Caso contrário, os estudiosos do direito continuarão presos às premissas liberais de autonomia da vontade, ampla e irrestrita, desconsiderando que a noção de autonomia privada deve atender aos demais princípios e valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito.³⁷³

4.2.3.1.4 O contrato como acordo reflexivo: divergência de interesses

Conforme já foi observado, para a celebração de um contrato é imprescindível que haja consenso entre as partes (sempre duas ou mais), ou seja, um acordo sobre o objeto do contrato. O segundo aspecto para o qual se deve atentar quando da análise das características do contrato refere-se aos efeitos por ele produzidos. Os efeitos jurídicos não precisam necessariamente ter conteúdo econômico.

Entretanto, ainda quanto aos efeitos contratuais, deve-se atentar para outra característica bastante controvertida na doutrina. É muito comum indicar-se como característica essencial à formação contratual a existência de interesses contrapostos.³⁷⁴

Ocorre que a ideia de contraposição de interesses foi concebida tendo por norte única e exclusivamente os contratos de troca, cujo exemplo maior é o contrato de

³⁷³ “Nos contratos ou negócios bilaterais há duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte. Há assim uma *oferta ou proposta* e a *aceitação*, que se conciliam num *consenso*”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 387.

³⁷⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 135, MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del contrato*, p. 62, MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 438, BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*, p. 202.

compra e venda. A contraposição de interesses não se confunde com a divergência de interesses.

Segundo Carlos Ferreira de Almeida, nos contratos cujo objeto é uma liberalidade (doação, *e.g.*) ou a cooperação (mandato, *e.g.*), os interesses típicos não são contrapostos: “E não há sequer contradição entre a existência de interesses divergentes e a unidade de posição contratual”. Exemplifica o autor que, na venda de coisa comum, os co-proprietários (vendedores), que constituem uma só parte, podem valer-se da via contratual exatamente para evitar maiores conflitos de interesses entre os próprios condôminos.³⁷⁵

Basta, portanto, que os efeitos jurídicos decorrentes da celebração de um contrato incidam nas pessoas que dele façam parte: “O contrato não implica sempre contraposição de interesses, mas enquanto ato de autonomia, o acordo por que se forma reflete-se sempre nas pessoas que nele são parte. O contrato é um acordo reflexivo”.³⁷⁶

Cumprido observar que a concepção do contrato como acordo reflexivo assemelha-se muito à característica da *enantiomorfia*, apresentada por Pontes de Miranda:

Se há duas ou mais pessoas que manifestam vontades diferentes e enantiomórficas, há negócio jurídico bilateral ou plurilateral, porque a enantiomorfia, partindo de esferas jurídicas diferentes, tem de exprimir o que as duas vontades exprimem. Se há diferença sem haver enantiomorfia, há pluralidade de negócios jurídicos, e não negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais. Só é bilateral o negócio jurídico quando a enantiomorfia é admitida no mundo jurídico (= suscetível de composição para entrar no mundo jurídico); doar e receber doação, vender e comprar, trocar a por b, dar e receber em locação, prestar serviço e receber salário.³⁷⁷

A língua portuguesa assim define o adjetivo enantiomorfo: “diz-se de corpos ou formas não sobreponíveis e simétricos um ao outro”.³⁷⁸ Digna de registro,

³⁷⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito. fontes. formação*, p. 35-36.

³⁷⁶ ALMEIDA, *op. cit.* p. 37.

³⁷⁷ Há que se atentar para o fato de que o aspecto reflexivo dos efeitos contratuais está intimamente ligado à ideia de enantiomorfia posta por Pontes de Miranda: “Se há interesses diferentes (= não idênticos, não único), e enantiomórficos, o negócio jurídico bipersonaliza-se ou pluripersonaliza-se e, além disso, bilateraliza-se ou plurilateraliza-se. Por onde se vê que a bilateralização e a plurilateralização supõem pluralidade de pessoas *mais* diferença e enantiomorfia de interesses. (...) A enantiomorfia é típica do contrato: um vende, outro compra; um dá ou promete em locação, outro recebe ou tem pretensão à locação; A troca a por b. (= B troca b por a).” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 176-247.

³⁷⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, p. 1130.

assim, a (habitual) precisão terminológica de Pontes de Miranda, que encontrou no vernáculo pátrio termo que muito bem define a característica do contrato. Não se trata de interesses idênticos, que se sobrepõem, mas de objetivos complementares, que se relacionam para atender ao interesse das diferentes partes.

Existindo reciprocidade entre as manifestações das partes que, necessariamente resultará em efeitos reflexivos, não há motivo para se exigir contraposição de interesses. A esse respeito vale citar as lições de Marcos Bernardes de Mello:

Haver mais de um *lado* implica, essencialmente, *reciprocidade*. Por isso, o negócio jurídico unilateral pode ser realizado (=formado) por mais de uma pessoa, como um negócio jurídico bilateral pode ter mais de dois figurantes (=manifestações de vontade), sem que percam a sua identidade. Isso porque é irrelevante quantas sejam as pessoas que participam do negócio (=figurantes), pois somente interessa a *quantidade de lados* a partir dos quais são manifestadas as vontades negociais e, portanto, se há ou não reciprocidade entre elas. O que importa saber é se há acordo de vontades do homem **diante de** outro homem, não do homem **ao lado de** outro homem. Porque se o homem está **ao lado de** outro as suas manifestações de vontade são **paralelas** (=), enquanto se estão um **diante do** outro, são **recíprocas**(=).³⁷⁹

Postos os aspectos essenciais à caracterização do contrato, necessário agora analisar algumas classificações já consagradas pela doutrina para, em seguida, proceder ao enquadramento do convênio como uma espécie contratual. Ademais, será imperiosa a análise de alguns institutos jurídicos cuja definição é, no presente estudo, entendida como contratual.

4.2.3.2 Institutos contratuais

4.2.3.2.1 Ato coletivo³⁸⁰

³⁷⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. p. 199.

³⁸⁰ O ato coletivo não se confunde com o ato colegial. No ato coletivo existe a pluralidade de partes, ao passo que no ato colegial existe apenas uma parte com pluralidade de pessoas. Orlando Gomes leciona que os atos colegiais resultam da soma de manifestações de vontades, não necessariamente unânimes, advindas de uma deliberação. Dessa forma, mesmo que a manifestação final não seja consoante com o desejo de todos os manifestantes, eles terão que acatar a decisão do grupo, se assim dispuser o estatuto ou se assim a lei autorizar. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 310-311.

No ato coletivo as manifestações de vontade (sempre mais de uma) são paralelas e os sujeitos que a compõem, ao manifestarem suas vontades, não se contrapõem, pois buscam o mesmo fim. E a consecução dos objetivos comuns só será possível com a soma de todas as vontades manifestadas capazes de formarem uma única vontade coletiva.³⁸¹

León Duguit entende que os atos coletivos constituem, na verdade, atos plurilaterais. Para o autor, ato coletivo, também denominado de pluralidade de declarações unilaterais, é aquele formado por grupos de pessoas que emitem declarações unilaterais de vontade, com o mesmo objeto e objetivo. Trata-se da soma de declarações unilaterais que não chegam a formar um contrato.³⁸² Segundo Duguit, no ato coletivo as vontades dos declarantes se uniriam e se tornariam uma só, embora no âmbito interno da sociedade seja possível distinguir cada vontade individualmente. A distinção entre o ato coletivo e o ato complexo reside justamente no fato de não haver a absoluta perda da individualidade de cada vontade. Exemplo clássico de ato coletivo seria o estatuto das sociedades empresariais.³⁸³

³⁸¹ Segundo Orlando Gomes, são exemplos de atos coletivos: “a) a constituição de uma associação; b) as disposições comuns de condôminos; c) a rescisão do contrato de locação pelos locatários que alugaram em comum a coisa; d) o ato institucional de uma fundação proveniente de duas ou mais pessoas.”. GOMES, *op. cit.* p. 306.

³⁸² “Dividem-se, pois, os atos plurilaterais, em três categorias: *contrato*, *ato coletivo* e *ato-união*. Consiste o ato coletivo na soma de declarações unilaterais convergentes e o ato-união, em convenção que não chega a ser um contrato. Registra Duguit que essa classificação dos atos plurilaterais foi pouco estudada na França, existindo abundante literatura, contudo, na Alemanha e Itália, sendo Gierke o primeiro a demonstrar o engano que estava sendo cometido pela doutrina quando se considerava o contrato o ato constitutivo de uma sociedade por ações ou de uma associação, o qual foi denominado pelo autor alemão *ato coletivo unilateral*, sem paralelo no direito individual. Jellinek, por sua vez, identificou casos no direito público nos quais haveria concurso de vontades, mas não um contrato. Haveria, nessas hipóteses, um *ato jurídico plurilateral*, distinto, portanto, do ato unilateral e do contrato. Não reconhece o autor o ato coletivo (*Gesamtakt*), de modo que contrapõe, entre os casos em que há concurso de vontades, apenas o ato-união e o contrato. Na concepção de Jellinek, o ato-união consiste na produção, por diversos atos de vontade individuais, de apenas uma declaração de vontade juridicamente relevante. Ocorre a união de vontades em prol de um objetivo comum. Por outro lado, o contrato seria um acordo entre várias pessoas para a execução e recepção de prestações. Pauta-se o contrato, portanto, pela união de vontades para satisfazer interesses opostos.” SOUZA, Teresa Cristina de. *A natureza contratual da relação de função pública*, p. 155-158.

³⁸³ “Define Duguit o estatuto das sociedades como a ‘lei permanente dos associados enquanto permanecem membros da associação’. Considerando que o estatuto pode impor ao associado a obrigação de pagar anualmente um valor (‘cotização anual’), o associado pode vir a ficar na posição de devedor da associação. Essa situação, contudo, não decorre de um contrato entre os associados e a associação, que só veio a surgir com a votação do estatuto. A posição imposta ao associado decorre diretamente de uma ‘lei’ (estatuto), assim como ocorre em relação ao contribuinte de um tributo. Da mesma forma que o contribuinte é obrigado a aceitar eventual aumento de impostos, o associado, ainda que não concorde, se verá obrigado a aceitar a majoração da cotização, se assim for deliberado pela maioria. O processo descrito é definido por Duguit, conforme já acima assinalado, ao se afastar, de plano, a natureza contratual de tal situação, como mera pluralidade de atos unilaterais, uma vez que

Em sentido semelhante, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello define os atos coletivos como atos unilaterais plurais, ou seja, vontades autônomas e paralelas que se juntam para a formação de um único ato.³⁸⁴ Pontes de Miranda relata que a reunião de vontades de várias pessoas para a criação de uma fundação, por exemplo, não tem natureza jurídica contratual, mas constitui justamente ato coletivo: “Se duas ou mais pessoas instituem fundação, o ato fundacional é ato coletivo, e não contrato. Há uma só declaração, a despeito da pluralidade de fontes pessoais”.³⁸⁵

As definições de ato coletivo de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Pontes de Miranda tomam por base a autonomia das declarações de vontade que caminham no mesmo sentido, ou seja, com o mesmo objetivo final. Não há, segundo esses autores, contraposição de interesses entre os declarantes.

Denomina-se ato coletivo (ato plural) porque se trataria de vários atos jurídicos (ou negócios unilaterais) que caminham “paralelamente”, unindo esforços. O exemplo clássico apresentado por todos esses autores é o ato de constituição de pessoas jurídicas (sociedades, fundações) e todos eles buscam inspiração na doutrina de Léon Duguit.

Aspecto essencial que fundamenta a distinção entre os atos coletivos (atos plurilaterais) e os contratos consistiria na inexistência de interesses próprios de cada declarante. Por esta razão insistem os defensores do instituto do ato coletivo que as vontades manifestadas são paralelas e que o objetivo de todos os envolvidos é sempre único.

não há interdependência nem acordo; apenas identidade e concomitância de vontades. Corresponde o ato coletivo, enfim, ao conjunto das declarações unilaterais de vontade, **das quais decorre uma situação jurídica objetiva**, podendo ser identificadas em tal instituto as figuras do ato-condição e do ato-regra, com predominância do primeiro. É interessante registrar que, no item de sua obra referente ao ato coletivo, aponta Duguit a peculiar posição de Gierke, segundo o qual essa categoria de atos plurilaterais não corresponderia a mera pluralidade de atos unilaterais, uma vez que haveria o nascimento de uma vontade, a vontade da associação, ‘algo mais’ em relação às vontades individuais. Não se trata de contrato, pois inexistem as duas vontades opostas, com funções igualmente opostas, mas sim vontades que visam ao mesmo objetivo, qual seja, constituição e funcionamento da associação. Afirma-se, dessa forma, que as vontades dos associados se fundem e se perdem numa ‘vontade única e nova’, a da associação constituída.” SOUZA, *op. cit.* p. 157-158.

³⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 433.

³⁸⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 203.

A esse respeito, no entanto, apresentam-se extremamente pertinentes as críticas apresentadas por Ascarelli às teorias anticontratalistas das sociedades mercantis.³⁸⁶

Desde a constituição da sociedade as várias partes não têm interesses idênticos. Tomem-se como exemplo as divergências estabelecidas entre os sócios na hipótese de um dos partícipes promover a integralização de capital por meio da entrega de bens. O sócio que põe o bem à disposição da sociedade pretende que ele seja avaliado pelo maior preço possível; em contrapartida, aos outros sócios interessa que o bem seja avaliado por preço menor. É evidente a possibilidade de os interesses serem contrapostos.

Vislumbra-se também relevância na identificação das vontades individuais dos sócios no estabelecimento dos poderes de direção do administrador da sociedade ou ainda na estipulação da distribuição dos lucros e das perdas.³⁸⁷

Como bem observa Túlio Ascarelli, embora os declarantes tenham objetivos coincidentes (a formação de sociedade empresarial), cada um deles possui direitos e interesses próprios oponíveis aos demais.

A individualização dos sócios e o reconhecimento de interesses e objetivos próprios é tão evidente que a moderna doutrina já defende a atuação paritária entre os associados, haja vista que a igualdade de condições é pressuposto para a “vida democrática na organização.”³⁸⁸

Se realmente não se reconhecesse a individualidade de cada parte numa sociedade, não haveria razão para a previsão de exclusão de sócio que coloque em risco a continuidade da empresa (art. 1.085 do Código Civil). Já na hipótese de uma sociedade por ações, o ingresso do sócio funciona exatamente como a celebração de um contrato de adesão.

O fato de os interessados possuírem também objetivos comuns, além de objetivos próprios, não afasta a autonomia de cada um. É o que ocorre, por exemplo,

³⁸⁶ ASCARELLI, Túlio. Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, p. 227.

³⁸⁷ ASCARELLI, *op. cit.* p. 227.

³⁸⁸ “La democraticità nel fenomeno associativo opera su due livelli. Sul piano esterno, l’associazione deve essere a struttura aperta, cioè tendenzialmente accessibile a tutti, compatibilmente con l’interesse perseguito, si da svolgere la sua attività con método democratico; sul piano interno, deve garantire a tutti i componenti di poter partecipare con pari dignità allá vita dell’organizzazione”. PERLINGIERI, Pietro. *Soggetti e situazioni soggettive*, p. 129.

quando duas empreiteiras responsabilizam-se pela construção de uma grande obra. Embora o objetivo das duas seja a entrega do objeto contratado, cada uma delas possui interesses próprios, direitos próprios e obrigações próprias. É possível que uma das empresas cumpra com todas as suas obrigações e a outra não.

Vê-se, portanto, que os ditos atos coletivos, na verdade, são contratos, haja vista que constituem acordo de vontade entre duas ou mais partes no intuito de criar, extinguir ou modificar relações jurídicas.

4.2.3.2.2 Ato-união

A figura do ato-união, concebida por León Duguit³⁸⁹, representa um acordo de vontades que determina o nascimento de uma situação jurídica objetiva, de modo que a vontade de cada sujeito limita-se a aceitar a situação prevista em lei. Do ato de aceitação decorre, automaticamente, a produção de todos os efeitos jurídicos previstos abstrata e objetivamente pela lei.

Seriam exemplos de ato-união o casamento, a convenção coletiva de trabalho, a concessão de serviço público. Acerca da teoria de Duguit, vale citar as lições de Teresa Cristina de Souza: “Embora externamente possa se comparar o ato-união com um contrato, o mesmo não se pode dizer quanto à essência; do ato-união não resultam situações jurídicas subjetivas e sim mera situação legal e objetiva”.³⁹⁰

³⁸⁹ “Duguit empreendeu sua famosa análise do ato jurídico pelo exame ‘puramente psicológico’ da vontade dos sujeitos, do qual resultou sua conhecida classificação: *ato regra*, *ato condição*, *ato subjetivo*. Pouco importa seja essa distinção criticável em vários aspectos. O importante é que penetra a natureza íntima do ato jurídico, para distinguir o contrato de outros negócios plurilaterais, salientando que o ato subjetivo, do qual o contrato é o tipo por excelência, se caracteriza pela produção de uma obrigação especial, concreta, individual, momentânea, que não existiria para o sujeito pela simples aplicação de uma regra qualquer de direito objetivo. Com essa distinção mostra Duguit que nem todo ato jurídico bilateral é contrato, mas, tão-somente, os que criam situações individuais novas”. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 311-312.

³⁹⁰ SOUZA, Teresa Cristina de. *A natureza contratual da relação de função pública*, p. 158. Seguindo a mesma concepção doutrinária trazida por Duguit, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entendeu que contratos e atos-união eram categorias decorrentes do que denominou de atos convencionais, aqueles em que se somam vontades jurídicas, mediante acordo quanto ao objeto e fim buscado, formando um ato único: “(...) no contrato, os direitos e obrigações, que resultam para as partes, embora em consonância com a lei, não são, todavia, por ela estabelecidos, e derivam, realmente, da manifestação dos dois consentimentos: ao passo que na união os direitos e obrigações, que resultam para as partes, são estabelecidos pela lei, e as manifestações dos dois consentimentos constituem simples condição jurídica para aplicação a eles, em consequência, do direito vigente. (...) ato

Dessa forma, os partícipes de um ato-união declaram que aceitam fazer parte de um acordo que, por sua vez, determina o nascimento de uma situação objetiva; ou seja, os direitos e obrigações não são estabelecidos pelas partes, mas pela norma legal.

Para melhor compreender o ato-união é importante analisar a teoria desenvolvida por Duguit a respeito dos atos jurídicos, especialmente acerca da dimensão da autonomia da vontade no momento em que o indivíduo assume direitos e obrigações.

Primeiramente, o autor separa as situações jurídicas em objetivas e subjetivas. Situação jurídica objetiva é aquela decorrente de uma norma geral e abstrata, impondo-se a todas as pessoas a ela submetidas. A situação objetiva é permanente, haja vista que enquanto a norma estiver vigente a situação jurídica se mantém inalterada, produzindo efeitos jurídicos. Ou seja, as situações não se exaurem pela prática dos atos previstos em lei:

[...] buscando explicar o que caracteriza tais situações. Refere-se o autor à lei eleitoral francesa, que determina que toda pessoa maior de 21 anos é eleitora. Logo, todo aquele que atinge a referida idade torna-se eleitor. Nada pode impedi-lo de exercer seu direito de voto. Trata-se de situação geral porque se opõe a todos, e permanente porque o eleitor conserva suas prerrogativas eleitorais enquanto a lei não for revogada ou modificada.³⁹¹

A situação jurídica objetiva abrange duas situações. A primeira situação possível é aquela que decorre diretamente da lei, sem a necessidade de intervenção de um ato de vontade. A segunda situação é aquela em que toda a sua extensão está definida em lei, dependendo, no entanto, de um ato de vontade do particular ou do

convencional-união só constitui situação estatutária para as pessoas que dele participam, ao passo que o ato convencional-contrato só cria situação individual. Sirvam de exemplos, do primeiro, o acordo de vontades no casamento, para a instituição da família, e a concessão de serviço público para instituição de certo regime de prestação pública de serviço, e, do segundo, qualquer obrigação patrimonial livremente acordada entre as partes, como o regime de bens no casamento e o regime econômico-financeiro nas concessões de serviço público. Por conseguinte, a vida familiar, a prestação do serviço público se faz nos termos legais, alteráveis segundo o disposto em novos diplomas legislativos; já o regime de bens, no casamento, ou a equação econômico-financeira, na concessão, é sempre a ajustada por ocasião da formação desses atos jurídicos.” BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 435-437.

³⁹¹ SOUZA, Teresa Cristina de. A natureza contratual da relação de função pública, p. 148.

agente público para que produza os efeitos jurídicos previstos na lei. Cite-se como exemplo a nomeação e posse de um servidor público.³⁹²

Já as situações jurídicas subjetivas são especiais e momentâneas. São especiais porque podem ser invocadas e opostas apenas por determinados indivíduos, e são momentâneas porque uma vez ocorridas desaparecem por completo, ao contrário das situações objetivas. Como exemplo de situações jurídicas subjetivas apresenta-se o contrato:

São exemplos de situações jurídicas subjetivas as que decorrem de um contrato, em que se verifica uma situação especial, que diz respeito apenas aos dois contratantes, e temporária, porque quando executada a prestação, a situação desaparece por completo. Aliás — registra o autor —, o fato de as situações jurídicas subjetivas geralmente decorrerem de um contrato faz com que muitos autores as denominem *situações contratuais*, em contraposição às situações legais (situações objetivas). Entretanto, alerta Duguit para o “risco” de tal equiparação, uma vez que os contratos não são a única fonte das situações jurídicas subjetivas, que também podem nascer de atos unilaterais ou plurilaterais que não sejam contrato.³⁹³

Importante vislumbrar que, a partir da definição de situações jurídicas objetivas e subjetivas, Duguit classificou o ato jurídico em *ato-regra*, *ato-condição* e *ato subjetivo*.

O *ato-regra* é aquele em que se verifica o surgimento de um novo ato normativo, geral e abstrato, no ordenamento jurídico existente, isto é, no direito objetivo. Por meio dele haverá uma alteração no direito objetivo, sem que se modifique especificamente a situação de um indivíduo. Como exemplos de *ato-regra* apresentam-se os estatutos de sociedades, as cláusulas regulamentares de um contrato de concessão, os regulamentos etc.³⁹⁴

Já o *ato-condição* é o ato por meio do qual determinado indivíduo se submete voluntariamente a um estatuto jurídico preexistente, não cabendo a ele determinar a quais normas ele deverá obedecer.

Essa modalidade de ato jurídico tem caráter objetivo, pois há a aplicação do direito objetivo. Mas também possui um caráter subjetivo, já que sua aplicação se

³⁹² Lembra, ainda, Tereza Cristina de Souza que os atos-condição são uma das situações jurídicas objetivas. SOUZA, *op. cit.* p. 149.

³⁹³ SOUZA, *op. cit.* p. 150.

³⁹⁴ SOUZA, Teresa Cristina de. A natureza contratual da relação de função pública, p. 152.

restringe a determinados indivíduos. Como exemplo de *ato-condição* apresenta-se a nomeação dos funcionários públicos, o casamento e a naturalização.³⁹⁵

Por fim, apresenta-se o *ato subjetivo*, que gera uma situação individual, subjetiva, especial, concreta, não criada pelo direito objetivo. O contrato é tido como o exemplo que melhor retrata o *ato subjetivo*.³⁹⁶

Após analisar os atos jurídicos individualmente, Duguit os classifica segundo o número de partes que os compõem; divide-os em unilaterais e plurilaterais, conforme haja uma ou duas ou mais vontades compondo os atos, respectivamente.

Da teoria de Duguit surgem duas importantes observações. Primeiro, ele constatou que não mais procedia a ideia de que os atos unilaterais eram exclusivos do direito público, passando a identificar atos unilaterais também no direito privado.

A outra constatação foi de que havia atos que, apesar de plurilaterais (por haver concurso de vontades), não se poderia afirmar que fossem contratos (por faltar a contraposição de interesses). Tais atos plurilaterais foram classificados pelo autor em ato coletivo³⁹⁷ e ato-união.

Assim, para que se configurasse um contrato seriam necessárias para Duguit “duas declarações de vontades, que decorrem de um acordo prévio e que têm por objeto o nascimento de uma situação que envolve duas pessoas ou dois grupos de pessoas entre as quais surge uma relação de débito e crédito”.³⁹⁸

Outro exemplo de ato-união, segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, seria o vínculo existente entre um servidor estatutário e a Administração Pública. A partir do instante em que o sujeito aceita fazer parte do quadro de pessoal da Administração Pública, surge o ato condição, pois esse provável servidor público aceita se submeter a um conjunto de regras (estatuto do servidor) sem poder alterar a situação já posta.

³⁹⁵ SOUZA, *op. cit.* p. 152.

³⁹⁶ SOUZA, *op. cit.* p. 152.

³⁹⁷ Ver item 2.3.2.1.

³⁹⁸ Duguit, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie, Éditeurs E. de Boccard, Successeur, 1927, v. 1, p. 383 *apud* SOUZA, *op. cit.* p. 156.

O ato-condição, praticado pelo futuro servidor, se dá com a sua posse. Depois de nomeado, ter-se-á um vínculo jurídico, decorrente de um acordo, que gerará uma situação objetiva e legal.³⁹⁹

Observa-se então que o estatuto, concebido isoladamente, é um ato-regra. A aceitação do servidor em fazer parte do quadro da Administração Pública, ou seja, sua posse é o ato-condição. Após formado o vínculo entre o agente público e a Administração, estabelecido por meio de um somatório de vontades, há o ato-união.

Ainda hoje prevalece no direito administrativo brasileiro a concepção de que o vínculo servidor-Estado é não contratual, possuindo natureza estatutária.⁴⁰⁰

É certo que toda a teoria do autor foi moldada no início do século XX, sob a égide do Estado Liberal, razão pela qual as premissas adotadas para o desenvolvimento de sua teoria eram condizentes com a importância e os limites, atribuídos pelo ordenamento jurídico então vigente, à autonomia da vontade.

Há que se considerar, no entanto, que o instituto do ato-união não pode subsistir nos dias atuais. É que hodiernamente não há mais que se falar em situações jurídicas que não estejam legalmente reguladas.

Em todos os contratos celebrados há, necessariamente, incidência de normas que derogam a autonomia privada das partes, cerceando manifestações contrárias ao interesse da coletividade. Essa pluralidade de normas cogentes, portanto,

³⁹⁹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entende que a natureza convencional do vínculo consiste em ato jurídico complexo, denominado “ato união”, o qual pressupõe a edição do regime jurídico de natureza regulamentar. Vale transcrever as lições do autor: “Sem dúvida, a situação de emprego público envolve ato jurídico complexo, surge do acordo de vontades entre o particular e o Estado (...) Pelo ato-união as partes acordam sobre a execução de serviço público, assumindo direitos e obrigações (...) Além do ato-união, que firma o acordo de execução de serviço público, há o ato unilateral fixando a situação legal do serviço público, e regendo as relações de ordem patrimonial direta e imediata do funcionário”, BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. A relação jurídica entre o Estado e seus servidores. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro, ano IV, vol. XXIV, nov./dez. de 1943, p. 82-102.

⁴⁰⁰ “A relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares de cargo público, - ao contrário do que se passa com os empregados -, não é de índole contratual, mas *estatutária*, institucional. Nas relações contratuais, como se sabe, direitos e obrigações recíprocos, constituídos nos termos e na ocasião da avença, são unilateralmente imutáveis e passam a integrar de imediato o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no liame de função pública, composto sob a égide estatutária, o Estado, ressalvadas as pertinentes disposições constitucionais impeditivas, deterá o poder de alterar legislativamente o regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens, dantes previstos, podem ser ulteriormente suprimidos. Bem por isto, os direitos que deles derivem não se incorporam integralmente, de imediato, ao patrimônio jurídico do servidor (firmando-se como direitos adquiridos), do mesmo modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 256-257. Em sentido contrário, ver: MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*, p. 184-211.

impede o nascimento de relações jurídicas subjetivas não legalmente reguladas. Basta lembrar, por exemplo, de comandos constitucionais impositivos, explícitos e implícitos, como a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, presentes nas relações jurídicas independentemente da vontade das partes.

Pode-se afirmar, pois, que as situações jurídicas objetivas, postas por Duguit, são, nos dias atuais, todas as situações jurídicas existentes:

[...] se transportarmos a definição de *situação jurídica objetiva* exposta por Duguit para os dias atuais, praticamente todas as situações jurídicas serão objetivas, no sentido de estarem legalmente reguladas. Esvazia-se, portanto, o conteúdo de *contrato* e de *situação jurídica objetiva*, figuras que poderão ocorrer tão-somente quando se tratar de relações jurídicas totalmente inéditas, submetida apenas aos limites legais genéricos — atinentes à capacidade, objeto e forma -, cujo conteúdo ainda não tenha sido apreendido pelo direito com a mesma intensidade que os demais. Em face do exposto, afirma-se a impossibilidade de se permitir que a doutrina administrativista permaneça repetindo as lições de Léon Duguit exatamente nos termos expostos no início do século passado. A classificação dos atos jurídicos proposta pelo autor francês não é mais adequada à atual doutrina jurídica.⁴⁰¹

Dessa forma, os chamados por Duguit atos-união, nada mais são do que contratos. A concessão de serviço público, o vínculo empregatício e contrato de adesão praticamente já não encontram mais resistência quanto à sua natureza contratual.⁴⁰²

Somente o vínculo do servidor público com o Estado é ainda analisado pela maioria da doutrina brasileira com natureza não contratual. Há que se observar, no entanto, que tal posicionamento não se sustenta diante de análise mais aprofundada, haja vista que não podem ser entendidos da mesma forma como foram formulados por Duguit.⁴⁰³

⁴⁰¹ SOUZA, Teresa Cristina de. A natureza contratual da relação de função pública, p. 176-177.

⁴⁰² No direito brasileiro a resistência à natureza contratual dos contratos administrativos é encontrada nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Quanto a nós, acompanhando as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello – que tratou do assunto com mestria insuplantável -, entendemos que esta rotulação ‘contrato administrativo’ tem sido utilizada de maneira imprópria e muito infeliz, porque propiciadora de equívocos.

Com efeito, sob tal nome estão radicalizadas situações jurídicas muito distintas, a saber:

a) contratos em que os poderes reconhecíveis ao Poder Público advêm diretamente das disposições legais e por isso não lhe poderão ser negados mesmo que as cláusulas contratuais não os estabeleçam;

b) ‘contratos’ em que os poderes de instabilização da relação jurídica existiriam independentemente de qualquer previsão contratual ou normativa explícita. É o que se passa com as *concessões de serviço público* ou de utilização do domínio público. Parece-nos, todavia, que nestas hipóteses há instabilidade justamente porque o objeto da relação jurídica serve para identificá-la mas *não é suscetível de um contrato propriamente dito* e por isso não pode estratificar-se por obra da conjugação da vontade da Administração e do particular.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 618-619.

⁴⁰³ Acerca da natureza contratual do vínculo do servidor estatutário com o Estado, vide SOUZA, Teresa Cristina de. A natureza contratual da relação de função pública.

A teoria geral do negócio jurídico (incluindo-se, portanto, o contrato) evoluiu consideravelmente desde a égide do Estado Liberal até os dias de hoje. A consagração dos princípios do Estado Social reduziu a autonomia da vontade das partes quando da composição de um negócio jurídico. Ao lado da autonomia privada e da liberdade de iniciativa surgiram inúmeros outros valores a serem tutelados, tais como a segurança jurídica, a isonomia, a garantia do mínimo existencial e a dignidade humana.

Uma das consequências dessa evolução natural foi a ingerência do Estado nas relações jurídicas em prol desses valores sociais carentes de tutela. Com a massificação dos contratos a fase pré-negocial perdeu importância, ganhando força no cotidiano das pessoas a celebração de contratos de adesão. A liberdade de discutir cada uma das cláusulas do contrato não é mais considerada essencial à sua caracterização.⁴⁰⁴

Conclui-se assim que o ato-união concebido por Duguit é contrato, pois constitui acordo reflexivo de vontades entre diferentes partes com a finalidade de produzir efeitos jurídicos (ainda que não haja equivalência das manifestações).

4.2.3.2.3 Instituição

Apesar de a instituição possuir, em seu sentido vernacular⁴⁰⁵ diversos significados, o presente estudo restringir-se-á ao estudo da figura segundo seu aspecto estrutural concebido como negócio jurídico.

O termo instituição, como espécie de negócio jurídico não contratual, foi formulado pelo jurista francês Maurice Hauriou, precursor da teoria institucionalista

⁴⁰⁴ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*, p. 196.

⁴⁰⁵ “**Instituição** (u-i) . [Do lat. *Institutione*] **S.f.1.** Ato de instituir, criação, estabelecimento. **2.** A coisa instituída ou estabelecida; instituto: *instituições legais*. **3.** Associação ou organização de caráter social, educacional, religioso, filantrópico, etc.: *A ONU é uma instituição internacional*. **4. Jur.** Nomeação (de herdeiro). **5. Sociol.** Estrutura decorrente de necessidades sociais básicas, com caráter de relativa permanência, e identificável pelo valor de seus códigos de conduta, alguns deles expressos em leis; instituto. **6. Fig.** Pessoa ou coisa que, por sua eficiência, antiguidade, etc., como que representa uma instituição (5). – V. *instituições*. **Instituição canônica.** *Ecles.* Imposição dos poderes espirituais próprios de um cargo eclesiástico, feita por um superior hierárquico.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 1119.

concebida no início do século XX.⁴⁰⁶ Sua teoria negou natureza contratual a uma série de acordos amparados pelo mundo jurídico, como a formação de alguns tipos de sociedades, o casamento e o vínculo do servidor público com o Estado.

A instituição, tal como foi descrita por Hauriou, compõe-se de três elementos: a “ideia de obra”, o “poder organizado” e as “manifestações de comunhão entre os membros”.

A “ideia de obra” é o próprio objeto da instituição. Trata-se de elemento norteador das ações das pessoas que compõem a instituição, sendo o aspecto de maior importância.⁴⁰⁷ Ela não corresponde, simplesmente, à soma das vontades individuais de cada componente do grupo.⁴⁰⁸ É algo objetivamente verificável: “Importante ressaltar que a ideia impõe-se aos membros da comunidade, é obrigatória, de modo que todos os membros são coagidos a realizar a ideia objetiva”.⁴⁰⁹ Dessa ideia de obra comum, conclui-se que deverá existir um vínculo de colaboração entre os integrantes da instituição.

O “poder organizado” constitui o segundo elemento da instituição. Trata-se da organização, indispensável para a boa realização do objeto da instituição (primeiro elemento). Essa organização se desenvolve através da hierarquização interna da instituição. O poder que se impõe sobre os membros é indispensável para a realização da “ideia de obra”, pois ela é uma realidade objetiva e não se compõe da vontade conjunta de todos os membros da instituição:

⁴⁰⁶ “Não foi, certamente, por acaso que apareceu, exactamente nos primeiros anos do nosso século, uma corrente de pensamento – desenvolvida sobretudo em França sob o nome de <<teoria da instituição>> - cuja ideia central é justamente esta: o declínio progressivo e fatal do contrato a favor da instituição; com que se relacionava o progressivo e fatal declínio da autonomia da vontade, de personalidade, da própria liberdade do indivíduo, fatalmente coarctada pela prevalência das grandes organizações de massa e pelas exigências da colectividade. Outros, na tentativa de fornecer um chave de interpretação deste tipo de fenómenos, falaram de um <<regresso do contrato o status>>” ROPPO, Enzo. *Il Contratto*, p. 306-307.

⁴⁰⁷ HAURIUO, Maurice. La teoria de la institucion y de la fundacion, p. 41.

⁴⁰⁸ “Os fins e as actividades do grupo organizado constituído com o contrato, não podem identificar-se, pura e simplesmente, com os fins e com os interesses subjectivos dos contraentes singulares, com os fins e com os interesses que constituem matéria das relações contratuais singulares, através das quais os membros do grupo participam na sua constituição e funcionamento. De resto, o mesmo sentido e a mesma linguagem comum reflectem bem este fenómeno: quando se fala de <<associação>> e de <<sociedade>>, geralmente ninguém pensa no contrato constitutivo de associação (...), nem no contrato de sociedade (...); pensa-se, sim, no grupo organizado, na sua autónoma objectividade. E quando se fala de <<associado>> ou de <<sócio>>, pensa-se no membro de um grupo organizado muito mais do que na parte de um contrato.” ROPPO, Enzo. *Il Contratto*, p. 306.

⁴⁰⁹ SOUZA, Teresa Cristina de. A natureza contratual da relação de função pública, p. 67.

Manifesta-se o ‘poder organizado’ por meio da autoridade, presença indispensável na instituição, uma vez que essa se organiza hierarquicamente. As pessoas físicas com poder de decisão são concebidas, pela teoria da instituição, como órgãos, aos quais cabe o poder de dirigir os demais membros, de tomar decisões, de até mesmo “pensar pela coletividade”, de modo a realizar a “ideia”.⁴¹⁰

O terceiro elemento integrante do conceito de instituição são as “manifestações de comunhão entre os membros”.⁴¹¹ Essas manifestações devem ser encaradas também de modo objetivo. Não se trata de verificarmos subjetivamente em cada integrante da instituição a comunhão de interesses, mas de manifestação objetiva, imposta pela “ideia de obra” da instituição, que se faz exigida pela hierarquização (“poder organizado”) existente na instituição.⁴¹²

Para melhor se compreender o que se entende pelas manifestações de comunhão entre os membros, destacam-se as principais diferenças entre as instituições e os contratos:

[...] contratos repousam na igualdade das partes, enquanto a instituição tem como elemento estruturante a *autoridade*, detentora de *poder hierárquico* que, ao se manifestar, não reflete um “direito-interesse”, típico das relações individuais, mas sim um “direito-função”, decorrente da lei, à maneira como ocorre em relação às pessoas estatais.⁴¹³

No contrato a relação entre as partes é horizontal, ao passo que numa relação institucional ocorre a verticalização da relação estabelecida entre aquele que dirige (detentor do “poder de organização”) e aqueles que cumprem as ordens.

Maurice Hauriou admite dois tipos de instituições: a) as instituições-pessoa (como o Estado, associações, sindicatos etc.), nas quais o poder organizado e as manifestações comunitárias entre os membros do grupo se interiorizam no âmbito da ideia de obra; e b) as instituições-coisa, nas quais o poder organizado e as

⁴¹⁰ MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho: uma interpretação institucionalista do direito do trabalho*, p. 18.

⁴¹¹ MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho: uma interpretação institucionalista do direito do trabalho*, p. 18.

⁴¹² “son las conciencias individuales las que si conmueven al contacto com una idea común y las que, por um fenómeno de interpsicología, adquieren el sentimiento de su emoción común. El centro de este movimineto reside em la idea que se refracta em conceptos similares em milares de conciencias, provocando em ellas la tendencia e la acción.” HAURIUO, *op. cit.* p. 50-51.

⁴¹³ SOUZA, Teresa Cristina de. *A natureza contratual da relação de função pública*, p. 67.

manifestações comunitárias dos membros não são mais interiorizadas no âmbito da ideia de obra: “elas existem no ambiente social mas permanecem externas à ideia”.⁴¹⁴

Percebe-se que a teoria concebida por Hauriou toma as instituições de direito público como base de sua argumentação. Entre as características peculiares das instituições, argumenta-se que elas seriam mais estáveis que as pessoas jurídicas formadas por contrato. Segundo Rubens Requião, o contrato admite dissolução por inexecução de alguma obrigação dos sócios, ao passo que a instituição não admitiria.⁴¹⁵

Costuma-se afirmar que as instituições, na concepção de Hauriou, caracterizam-se como um conceito que se forma historicamente. Não se poderia, pois, conceber a instituição como um fato isolado no tempo ou “como um contrato que se celebra e expira em determinado momento. Trata-se de realidade que se forma no tempo e, devido à prática reiterada, são extraídos os fatores fundamentais, apreendendo-se sua essência”.⁴¹⁶

Disso decorre que a instituição tende a ser uma realidade permanente, que se arrastará no tempo independentemente da vontade daqueles que dela façam parte. Os objetivos da instituição são previamente determinados e não serão modificados pelas vontades individuais daqueles que estão nela inseridos. Há, sim, uma comunhão de interesses no interior da instituição (que é diferente da vontade individual de um contratante, por exemplo) com relação ao objetivo da própria instituição. Não se trata de objetivo escolhido em eleição por certos membros, tendo em vista que as finalidades se vinculam à própria essência da instituição.⁴¹⁷

O exemplo mais utilizado para a caracterização de uma instituição refere-se às sociedades empresariais. Assim, conforme o regime de constituição e dissolução do vínculo societário, as sociedades podem ser institucionais ou contratuais.⁴¹⁸

⁴¹⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Carl Schmitt e a fundamentação do direito, p. 84.

⁴¹⁵ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 382.

⁴¹⁶ SOUZA, Teresa Cristina de. A natureza contratual da relação de função pública, p. 65.

⁴¹⁷ “Uma vez “inseridos” na realidade institucional, a vontade individual de cada membro torna-se irrelevante, cabendo a cada partícipe buscar objetivos pré-determinados pela comunhão de interesses existente no seio da instituição.” SOUZA. *op. cit.* p. 66.

⁴¹⁸ “A sociedade empresária é contratual se constituída por um contrato entre os sócios; e é institucional se constituída por um ato de vontade não contratual. **A diferença diz respeito à aplicação, ou não, do regime do direito contratual às relações entre os sócios.** O instrumento disciplinar das relações sociais, nas sociedades contratuais, é o ‘contrato social’, enquanto nas institucionais é o estatuto”. (sem destaques no original) COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. p. 25-27.

Argumenta-se ainda que nas instituições o consentimento dos membros da sociedade não existe para disciplinar as cláusulas, haja vista que os sócios somente aderem a um esquema regulamentar já estipulado. O consentimento restringir-se-ia à aceitação da disciplina. Nesse tipo societário a continuidade da pessoa jurídica não depende do que venha a realizar determinado sócio.⁴¹⁹

A teoria institucionalista deslocou para o plano secundário o papel da vontade na configuração da relação jurídica formada. Dessa forma, é posta em posição primária a instituição em si, que não mais depende da vontade dos formadores para desenvolver continuamente suas atividades:

Ao contrário do que sucede com os contratos, que podem ser resolvidos pela inexecução das obrigações neles assumidas, tal se não verificará na instituição, onde a retirada de um sócio não repercute na estrutura social. Desse modo o sócio pode ceder, livremente, a sua participação no capital social, sem a necessidade do consentimento dos demais.⁴²⁰

Outra diferença relevante, destacada por Fran Martins, que também se filia à tese institucionalista das sociedades por ações, é que as sociedades que se formam mediante contrato têm vida limitada, temporal, enquanto que as outras, institucionais, não estão limitadas à vontade subjetiva de cada sócio.⁴²¹

Este aspecto destacado por Fran Martins merece maiores reflexões. Não se pode dizer plenamente que uma situação jurídica que foi estabelecida por um contrato, por esse simples fato, tenha vida contada, ou limitada desde a sua formação.

Não se pode dizer, por exemplo, que o contrato de trabalho é instituidor de uma situação jurídica tendente a acabar com o cumprimento das prestações das partes. Trata-se, claramente, de um contrato tendente à perpetuidade. Basta lembrar a impossibilidade temporária de rescisão do contrato de trabalho nos doze meses seguintes à cessação do afastamento decorrente de acidente do trabalho (art. 118 da Lei nº 8.213/91) ou ainda na hipótese da estabilidade garantida à gestante (art. 10, II, 'b' do ADCT/CF 88).

⁴¹⁹ DORIA, Dylson. *Curso de direito comercial*, p. 159.

⁴²⁰ DORIA, *Curso de direito comercial*, p. 159.

⁴²¹ MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, p. 213.

Cabe lembrar também o princípio da continuidade da relação de emprego, segundo o qual o contrato de trabalho terá validade, em regra, por prazo indeterminado.⁴²²

Em um contrato de prestação de serviços contínuos por um escritório de contabilidade, por exemplo, regulado pelo Código Civil, não se pode visualizar o fim do contrato assim que forem satisfeitas prestação e contraprestação.

Raciocinando analogamente sobre a realidade das sociedades, não se pode admitir que somente pelo fato de ter sido formada por meio de um contrato, que ela teria duração limitada, ou vida curta. De fato, em sociedades estatutárias, como as S.A., reconhecidas, atualmente, como instituições, formadas por estatutos, a vontade dos sócios se torna pequena em relação aos rumos e à continuidade da existência da Cia. No entanto, mesmo em uma sociedade considerada “institucional”, os sócios podem pôr fim à pessoa jurídica, bastando a realização de uma assembleia para esse objetivo (conforme artigo 206 da Lei nº. 6.404/76).

Também não se poderia afirmar que uma sociedade com maior viés pessoal, formada por contrato, tem limitado o tempo de sua existência. Em uma sociedade limitada, por exemplo, um sócio não pode exigir o fim da sociedade. Mesmo que um sócio queira se retirar da sociedade (direito assegurado pelo art. 5º, XX da Constituição), cedendo a um terceiro seu direito de participação na sociedade, tal fato não implicará o fim desta sociedade.

É verdade que nas sociedades contratuais os sócios podem decidir, através de um ato, pela extinção da sociedade. Por este motivo, há aqueles que afirmam que as sociedades contratuais possuem limitação temporal.

Não existe, numa sociedade anônima ou em uma associação, o elemento da instituição chamada de “poder organizado” ou “poder hierárquico”.

O fato de haver em uma instituição o “poder organizado” implica, naturalmente, limitação à autonomia privada de todos os entes que a constituem. A

⁴²² “Princípio da Continuidade da Relação de Emprego – Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justralhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho, de assegurar melhores condições sob a ótica obreira, de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.”. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 209-211.

autonomia privada dos entes cederá espaço às imposições, legalmente reconhecidas, da autoridade hierarquicamente superior, que ditará a ideia de obra.

Ainda quanto às sociedades empresariais, equivocadamente reconhecidas como instituições, cabe observar que a “ideia de obra” equipara-se às finalidades contidas em um contrato. É perfeitamente plausível que em um contrato celebrado entre uma editora e um escritor, por exemplo, haja a ideia de obra, nos moldes prescritos por Hauriou.

No que se refere à natureza institucionalista do casamento, observa-se que, em virtude da consagração da igualdade entre homens e mulheres, nem mesmo o casamento pode ser apontado como exemplo de instituição, segundo os preceitos de Hauriou. E não só o casamento, mas a família é comumente apresentada como exemplo de instituição. Todavia, em razão da consagrada isonomia entre homens e mulheres, o antigo “poder hierárquico” não mais vigora no direito de família.⁴²³

Historicamente o poder hierárquico era exercido pela figura masculina do “pai de família”. Ocorre que, mesmo com a consagração da igualdade entre homens e mulheres e, conseqüentemente, da autoridade do pai e da mãe, continua existindo o poder hierárquico, só que exercido agora em conjunto pelos pais. É nesse contexto que se fala em pátrio poder, nos termos do art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), denominado de “poder familiar” pelo art. 1630 do Código Civil de 2002. Uma das decorrências do pátrio poder é a guarda que têm os pais sobre os filhos, independentemente da vontade dos menores.

Por mais que uma determinada pessoa possa pretender excluir-se de sua família, formal e juridicamente não há possibilidade disso ocorrer. Lembre-se ainda que há conseqüências decorrentes dos laços sanguíneos, como o dever de sustento.

Outro exemplo de instituição apresentado por Hauriou é o Estado, cujo poder organizado (poder hierárquico) é representado pelo governo, que recebe um mandato do povo.

⁴²³ “O terceiro eixo da revolução constitucional reside nos arts. 5, I e 226, § 5º, ao estabelecerem o princípio da igualdade entre homens e mulheres. Com isso, mais de cem artigos do Código Civil de 1916 foram revogados. O princípio da igualdade altera não somente as relações entre cônjuges, mas também dispositivos sobre a tutela e a curatela, pois se estabelecia para aqueles institutos uma ordem de preferência masculina para o seu exercício”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família no século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 231-239, p. 234.

De fato, é sensível a subordinação que ocorre no âmbito estatal, visto que todo e qualquer cidadão submete-se à supremacia do Poder Público. Entende-se, pois, no presente trabalho, que o poder hierárquico de que fala Hauriou ao abordar a natureza institucional do Estado nada mais é do que o poder soberano ao qual se submetem todas as pessoas que se encontram em determinado território, independentemente de sua concordância com os preceitos estabelecidos pelo Poder Público.

Deve-se reinterpretar a definição de instituição, contextualizando no regime do Estado Democrático de Direito os elementos essenciais apresentados por Hauriou. É possível enxergar ainda nos dias de hoje traços institucionalistas na família e no Estado, por exemplo.

Mas deve-se ter em mente que na concepção originária da teoria institucionalista, tanto a figura do Estado quanto da família apresentavam-se extremamente autoritárias. O exercício do poder conferido à autoridade (o pai ou o chefe de Estado) para garantir a permanência e a organização institucional sucumbiriam diante do requisito de legitimidade para o exercício do poder.

Conclui-se, pois, que os negócios jurídicos normalmente apontados pela doutrina como instituições não passam de contratos. A natureza institucional atribuída com frequência a tais negócios não se justifica, visto que se trata de acordos livremente celebrados no intuito de gerar efeitos jurídicos.

Deve-se ressaltar que o termo instituição é muito utilizado com a finalidade de dar um elevado grau de importância a algum instituto, como por exemplo, o casamento. Comumente utiliza-se o termo instituição para transparecer uma equivocada impressão de constância, segurança, longevidade etc. Ao se utilizar de qualquer instituto dando-lhe o nome de instituição, pretende-se apenas atribuir mais importância às “instituições” que aos “contratos”. Tecnicamente, no entanto, carecem de qualquer fundamento as tentativas de supervalorizar as instituições em face dos contratos.

4.2.3.3 Classificação dos contratos

A abordagem do contrato pela literatura jurídica especializada não dispensa a subdivisão do instituto segundo critérios variados. César Fiuza, por exemplo, classifica os contratos quanto à tipificação legal, às características ontológicas, à forma, à reciprocidade das prestações, às obrigações das partes, à previsibilidade das prestações, ao momento da execução à amplitude do vínculo, à negociabilidade, ao conteúdo fiduciário, ao grau de interdependência.⁴²⁴

O presente trabalho aborda apenas as classificações do contrato que têm pertinência com o instituto dos convênios ou cuja abordagem seja importante na análise da natureza contratual dos convênios administrativos.

Dessa forma, o enquadramento do convênio como contrato plurilateral demanda o estudo dos contratos quanto ao número de partes. A análise do contrato quanto à necessidade de contraprestação das partes que o compõem permite o enquadramento dos convênios como negócios jurídicos contratuais gratuitos.

O convênio também será classificado como espécie de contrato administrativo, aplicando-se-lhe, subsidiariamente, as normas atinentes aos contratos administrativos em geral.

4.2.3.3.1 Contratos unilaterais, bilaterais e plurilaterais — formação e eficácia

Ao abordar a classificação dos negócios jurídicos percebe-se que o número de partes repercute tanto no plano da existência do negócio (número de partes que o compõem) quanto no plano da sua eficácia (número de partes que assumem obrigações).

Sob o aspecto de sua estrutura (existência), especificamente quanto ao número de partes necessárias à sua constituição, afirma-se que os contratos são

⁴²⁴ FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*, p. 435-450. Ver também BESSONE, Darcy. *Do contrato*, p. 35-48.

negócios jurídicos plurilaterais ou bilaterais. É que todo contrato é constituído, necessariamente, de duas ou mais partes.

Como é essencial para a constituição de um contrato a existência de mais de uma parte, é impossível existir, sob o aspecto estrutural (plano da existência), contrato como negócio jurídico unilateral.⁴²⁵

Já no plano da eficácia dos contratos, ou seja, segundo as obrigações que geram para as partes, pode-se classificá-los em unilaterais, bilaterais ou plurilaterais.⁴²⁶

Os contratos unilaterais geram obrigações para apenas uma das partes; já os bilaterais obrigam as duas partes que o constituíram e o contrato plurilateral obriga mais de duas partes.⁴²⁷

Cumpra observar que não se confunde o contrato unilateral (ex: doação) com o negócio jurídico unilateral (ex: testamento). No testamento a manifestação de vontade do beneficiário não é elemento integrante do negócio jurídico, de modo que ele se aperfeiçoa com a simples declaração de vontade do testador. É justamente pelo fato de precisar de apenas uma parte para existir que o testamento não é considerado contrato (negócio bilateral). Já na doação (contrato unilateral) a manifestação do donatário é condição intransponível para o aperfeiçoamento do instituto, visto que o contrato, por ser negócio bilateral, depende de pelo menos duas partes para existir. A doação, portanto, é contrato unilateral porque só cria obrigações para uma das partes (o doador), apesar de ser constituída por duas partes distintas (doador e donatário).

Os contratos bilaterais geram obrigações para as duas partes. No clássico contrato de compra e venda, o adquirente assume o ônus de entregar o valor ajustado e o vendedor assume a obrigação de entregar a coisa.

Já os contratos plurilaterais geram obrigações para as várias partes integrantes do negócio ou, em tese, pode-se ampliar indefinidamente o número de

⁴²⁵ “Los contratos son negocios jurídicos em cuya celebración participan necesariamente varias personas, dos de ellas por lo regular, de forma que por el contrato se <<obligan>> recíprocamente.” LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*, p. 429.

⁴²⁶ “Todos os contratos são negócios jurídicos bilaterais. Porque, aí, a bilateralidade diz respeito à *composição* subjetiva do suporte fático, ao nascimento do negócio jurídico, com as duas manifestações de vontade concordes (plano da existência). Poderia ser, em vez disso, plurilateral. (...) Quanto à *eficácia*, é que os negócios jurídicos (bilaterais ou plurilaterais) podem ser unilaterais, bilaterais, ou plurilaterais (plano da eficácia).” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 245.

⁴²⁷ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Classificação dos contratos*, p. 33.

partes que assumem obrigações. Apresenta-se como exemplo mais frequente o contrato de formação de uma sociedade empresarial.⁴²⁸

Desde a constituição da sociedade empresarial, cada uma das partes que a integram possui interesses próprios, não necessariamente coincidentes com os interesses dos outros sócios. Apesar de ser possível deduzir que o bem da sociedade é de interesse comum dos sócios, cada um busca, à sua maneira, realizar seus interesses individuais. Seria muito simplista filiar-se à corrente anticontratalista e alegar que os interesses das partes se unem e formam um só ato (teoria do ato coletivo),⁴²⁹ desprezando-se assim as vontades individuais.

Os sócios possuem direitos e obrigações a serem cumpridos, seja na formação do capital social, seja ao longo da realização das atividades inerentes à sociedade. O efetivo cumprimento dos deveres une os sócios em torno de um único interesse, mas não retira a individualidade de cada membro da sociedade, pessoa jurídica diversa dos sócios que a compõem.

No que se refere às associações, no entanto, o parágrafo único do art. 53 do Código Civil estabelece que “não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos”. A doutrina dominante entende, de fato, que “só há direitos e obrigações entre cada um dos associados e a própria entidade” em virtude de não haver intenção de dividir resultados.⁴³⁰

Há que se observar, contudo, que os associados possuem vários outros direitos que não se confundem com o lucro, conforme dispõe expressamente o art. 54, III do mesmo diploma normativo. Basta citar, por exemplo, o direito de um associado de ser tratado com urbanidade pelo seu colega em uma assembleia, como também o

⁴²⁸ Embora existam muitas controvérsias acerca da natureza das sociedades empresariais, adota-se no presente trabalho, como parâmetro comparativo, a concepção contratual apresentada por Túlio Ascarelli. ASCARELLI, Túlio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, p. 227. Vale observar a posição de Marçal Justen Filho. Segundo o autor há casos em que o contrato plurilateral não dá origem a um pólo subjetivo autônomo (como ocorre com a sociedade): “O contrato plurilateral ou organizacional é uma avença caracterizada por duas ordens de fatores. Por um lado, a natureza desse acordo de vontades comporta a participação de um número de partes superior a duas. Por outro lado, o contrato plurilateral não é instrumento de câmbio de riquezas entre os contratantes. O objeto de um contrato plurilateral é a criação de uma organização de bens e esforços visando ao desenvolvimento de uma certa atividade. O contrato plurilateral pode dar origem a um pólo subjetivo autônomo-tal ocorre com o contrato de sociedade. Mas há casos em que assim não se passa e o exemplo é o contrato de seguro (de grupo ou mútua).” JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, p. 30.

⁴²⁹ A respeito do ato coletivo, vide item 2.3.2.1.

⁴³⁰ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina de Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 141.

direito de exigir a prestação de contas do associado que exerça funções de administração.

Não se deve compreender o dispositivo legal como se consagrasse a inexistência de relação jurídica entre as partes, sob pena de contrariar o sistema instituído pelo próprio Código Civil. A menção à ausência de obrigações recíprocas deve ser interpretada como falta de contraposição de interesses e obrigações entre os associados, justamente por não se tratar de um contrato de troca.

Negar a existência de reciprocidade de interesses entre os associados significaria tratar todos como uma única parte, o que retrataria a existência de um negócio unilateral, e não plurilateral ou bilateral (a esse respeito vide item 3.2, *infra*).

Deve ser lembrado ainda que é requisito imprescindível para haver pluralidade de partes no negócio jurídico a existência de interesses divergentes. Dessa forma, seria extremamente contraditório considerar a associação um negócio jurídico bilateral ou plurilateral e, ao mesmo tempo, negar a existência de direitos e obrigações recíprocas. A unicidade de direitos englobaria os associados em uma única parte, tornando o acordo criador da associação um negócio jurídico unilateral.

Cumprir registrar ainda o posicionamento de parcela da doutrina que considera contrato plurilateral todo negócio jurídico bilateral em que as partes possuem objetivos comuns, citando-se como principal exemplo o contrato de constituição de sociedades.⁴³¹

Dessa forma, não se considera relevante no presente estudo, para a definição de um contrato como plurilateral, a direção das vontades das partes. Se o critério adotado é o número de partes que assumem obrigações, o fato de os interesses serem ou não comuns não importa.

A existência de objetivos comuns não se confunde com a necessária coincidência das manifestações quanto ao objeto (consenso para o contrato). Para que seja celebrado um negócio jurídico bilateral (e não negócios jurídicos autônomos e paralelos) os interesses das partes têm que incidir sobre um único objeto. De nada

⁴³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 205 e REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, p. 382.

adiantaria para a realização de um negócio bilateral que uma parte se interessasse pela venda de um carro amarelo e a outra quisesse comprar um carro azul.

A convergência de vontades sobre determinado objeto é pressuposto lógico, pois, da existência do negócio plurilateral (bilateral), sob pena de não existir consenso.

É também pressuposto lógico de existência do negócio bilateral a divergência de interesses das partes sobre o objeto do ajuste (sob pena de existir uma só parte).

De fato, na grande maioria dos contratos plurilaterais existem interesses comuns entre as partes, que consiste na busca por um objetivo determinado. Mas não se pode confundir a relação jurídico-contratual entre as partes (sócios), cada uma com os seus interesses próprios (oponíveis aos outros sócios), com outras relações jurídicas celebradas com terceiros. Ao se analisar um contrato entre determinada sociedade com terceiros, a sociedade figura como parte única e representa os interesses comuns de todos os seus sócios.

Ao analisar, no entanto, o contrato de constituição e regulação dessa mesma sociedade, não se tem como foco a relação da pessoa jurídica com terceiros, mas sim a conjugação de interesses diversos de cada sócio sobre um determinado objeto (a formação da sociedade). Trata-se, portanto, de duas relações jurídicas distintas, constituídas por dois diferentes contratos: um contrato de constituição de sociedade e um contrato desta sociedade (pessoa jurídica diferente de seus sócios) com terceiros.⁴³²

4.2.3.3.2 Contratos onerosos e gratuitos

Outra importante classificação contratual é a relativa aos efeitos das manifestações de vontade no patrimônio das partes que compõem o contrato.⁴³³

⁴³² “É necessário diferenciar a relação jurídica (ente) em face do ato jurídico que produz o seu surgimento. A expressão ‘convênio’ tanto indica a relação jurídica como a categoria de ato jurídico, o que gera dificuldade terminológica. O mesmo se passa com outras expressões jurídicas, tais como ‘sociedade’ e ‘casamento’ por exemplo” JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, p. 29.

⁴³³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. p. 314.

No negócio jurídico a título oneroso a prestação de uma parte corresponde necessariamente à contraprestação da outra parte, ou seja, ambas as partes terão encargos e receberão vantagens.

A equivalência entre as prestações — justamente o que caracteriza a onerosidade — é atribuída pelas próprias partes, não havendo necessidade de serem equilibradas sob uma análise objetiva, como uma equação matemática.⁴³⁴

Para se verificar a onerosidade ou gratuidade de um contrato, deve-se observar como traço distintivo das duas categorias o nexo causal entre as partes no que se refere à reciprocidade de vantagens. A causa, no entanto, deve ser analisada sob o aspecto objetivo, sob pena de se restringir ao plano psíquico do sujeito (elemento subjetivo), chamado pela doutrina de motivo.⁴³⁵

Deve ficar claro, portanto, pela análise do próprio negócio (sem necessidade de se recorrer à intenção subjetiva), que ambas as partes buscam vantagens, ou seja, que não atuam dispostas a fazer meras liberalidades:

Mais simples do que o critério da *causa da atribuição patrimonial* é, sem dúvida, o do *fim* visado pelos sujeitos. Por esse critério, é *oneroso* todo o negócio em que as *partes* procuram vantagens, e *gratuito*, aquele em que um dos contratantes age desinteressadamente. Contudo, o intento dos contraentes não é suficiente. Até os autores que distinguem os *negócios onerosos* dos *gratuitos* por esse critério referem-se ao nexo causal entre as atribuições patrimoniais, como fazem, alguns autores, ao firmarem como traço distintivo das duas categorias a *reciprocidade de vantagens*.⁴³⁶

Caio Mário da Silva Pereira lembra que a doutrina restringe as características da onerosidade e da gratuidade aos contratos com conteúdo patrimonial.⁴³⁷

⁴³⁴ “A falta de equivalência objectiva ou usual das atribuições patrimoniais pode ter várias explicações (especial valor subjectivo da prestação para uma das partes, mesmo no plano econômico; valor afectivo ou estimativo de um objecto; falta de capacidade ou habilidade para a negociação; urgência em concluir o negócio etc.). De qualquer modo as partes *estão de acordo em considerar as duas atribuições patrimoniais como correspectivo uma da outra*. Neste sentido pode dizer-se que no negócio oneroso as partes estão de acordo em que a vantagem que cada uma visa obter é contrabalançada por um sacrifício que está numa relação de estrita causalidade com aquela vantagem. As partes consideram as duas prestações ligadas reciprocamente pelo *vínculo da causalidade jurídica*.” PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 402-403.

⁴³⁵ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 453. No mesmo sentido: LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General*, p. 444; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 319.

⁴³⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 343.

⁴³⁷ “É *oneroso* o que proporciona ao agente uma vantagem econômica, à qual corresponde uma prestação correspectiva, e *gratuito* aquele no qual uma pessoa proporciona a outra um enriquecimento, sem contraprestação por parte do beneficiado.” PEREIRA, *op. cit.* p. 314.

Ocorre que o presente estudo admite a existência de contratos que não tenham conteúdo econômico,⁴³⁸ razão pela qual se considera possível classificar como onerosos ou gratuitos também contratos de natureza extrapatrimonial.

Existem contratos não patrimoniais, como o contrato entre pais divorciados acerca da guarda dos filhos e do direito de visita, que podem perfeitamente ser onerosos sem estabelecer uma equação econômica. Assim, se o pai aceita que a mãe passe os natais com o filho em troca de o pai ficar com a criança durante todo o mês de julho, não há como negar o caráter oneroso da avença.

Nos contratos extrapatrimoniais também pode haver sacrifícios e vantagens para as partes que os compõem. Por isso, ao se falar em ônus suportado pelas partes em um contrato não pode se restringir ao caráter econômico das prestações.

Os contratos gratuitos podem ser subdivididos em interessados e desinteressados. Nos contratos gratuitos interessados aquele que suporta o ônus o faz a fim de obter alguma vantagem: “são exemplos o transporte oferecido para atrair presença de turistas e o envio de periódico de ‘cortesia’ para induzir à assinatura.”⁴³⁹ Já no contrato gratuito desinteressado a parte que suporta o ônus atua com escopo de liberalidade, sem desejar algo em troca, direta ou indiretamente.

Há que se observar, no entanto, que os contratos gratuitos interessados em muito se assemelham aos contratos onerosos. Nesse sentido, a jurisprudência brasileira vem considerando que o estabelecimento comercial (como shoppings e supermercados) que oferece estacionamento em área própria para comodidade de seus clientes, ainda que a título gratuito, assume a obrigação de guarda dos veículos.⁴⁴⁰

⁴³⁸ “Qualitativamente, tanto é contrato o acordo de vontades para a constituição de relação jurídica patrimonial, como o que se celebra para modificar ou para extinguir vínculos dessa natureza, tanto o que cria direitos e obrigações na ordem não patrimonial, como o que dá nascimento a relações extrapatrimoniais” GOMES, *op. cit.* p. 314. Em sentido contrário, Perlingieri distingue os contratos dos acordos justamente em função, respectivamente, da existência ou não de conteúdo patrimonial PERLINGIERI, Pietro; URCIOLI, Maria Antonietta. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, p. 459.

⁴³⁹ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Classificação dos contratos*, p. 39; PEREIRA, *op. cit.* p. 365; BESSONE, Darcy. *Do contrato*, p. 75-76.

⁴⁴⁰ “CIVIL - INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE PELA GUARDA DE VEICULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. I - O ESTABELECIAMENTO COMERCIAL QUE OFERECE ESTACIONAMENTO EM AREA PROPRIA PARA COMODIDADE DE SEUS CLIENTES, AINDA QUE A TÍTULO GRATUITO, ASSUME, EM PRINCIPIO, A OBRIGAÇÃO DE GUARDA DOS VEICULOS, SENDO ASSIM RESPONSÁVEL CIVILMENTE PELO SEU FURTO OU DANIFICAÇÃO.II - RECURSO CONHECIDO PELA LETRA C E PROVIDO”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 32. 296/RS. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Data do julgamento: 04 de maio 1993. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199300042378&pv=000000000000>. Acesso

4.2.3.3.3 Contrato Administrativo

A noção básica de contrato é a mesma para todos os ramos do Direito, não havendo “diferença de fundo entre contrato do direito civil e do direito administrativo”.⁴⁴¹

No contrato administrativo, como a Administração Pública é uma das partes contratantes, ocorre a incidência obrigatória do regime jurídico-administrativo.⁴⁴² É uma relação entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público.⁴⁴³

em 28 de abril 2010. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 33. 205/SP. Relator Ministro Cláudio Santos. Data de julgamento: 04 de maio 1993. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199300075683&pv=000000000000>. Acesso em: 28 de abril 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 12.509/SP. Relator Ministro Athos Carneiro. Data do julgamento: 22 de outubro 1991. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199100140350&pv=000000000000>. Acesso em: 28 de abril 2010.

⁴⁴¹ “Se se acolher a tese defendida pelos adeptos do contrato de direito público e do contrato administrativo de que o contrato é um instituto geral do direito, e, portanto, não é típico do direito privado, e se estende, também, ao direito público, se há de concluir que o seu conceito é próprio da ciência jurídica. Destarte, inexistente diferença de fundo entre contrato do direito civil e do Direito Administrativo, e, em ambos, se encontram as mesmas notas que especificam essa categoria de atos jurídicos, e eles acarretam os mesmo efeitos, embora em ordens jurídicas diferentes, conforme for de direito público, ou administrativo, e de direito privado, ou civil.” BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 603. No entanto, é bastante comum elencar classificações e distinções acerca dos contratos celebrados pela Administração Pública: “El problema de la calificación de los contratos administrativos y su distinción con los contratos civiles há venido dividiendo a la doctrina comparada (con excepción de la francesa – claramente enrolada en la concepción del servicio publico-) en dos grandes corrientes: una que puede calificarse como finalística o substantiva, que apoya la distinción en La causa fin (finalidade u objeto), de naturaleza objetiva, propia del Derecho público, y em el régimen jurídico peculiar, que deriva de su finalidad pública, mientras que la outra se basa en la presencia subjetiva de uno de los contratantes, sosteniendo que el régimen jurídico resulta una consecuencia de las prerrogativas jurídicas que posee la Administración como sujeto. FEDRIANI, Pablo O. Gallegos. *Sobre el control jurisdiccional en la contratación administrativa*, p. 1143. No mesmo sentido: CASSAGNE, Juan Carlos. *La superveniencia de la figura Del contrato administrativo y su categorización jurídica*, p. 63.

⁴⁴² Vale observar que ao celebrar um contrato administrativo, o Estado se posiciona como sujeito de direitos e obrigações, devendo plena observância à legalidade. Hans Nawiasky separou com clareza o Estado, ordenamento jurídico, do Estado sujeito de direitos e deveres. O Estado guarda, assim, dupla acepção perante o direito: “por um lado identifica-se com a ordem jurídica, como uma totalidade, por outro, encontra-se ele dentro dessa ordem jurídica, é parte dela e na qualidade de sujeito de direito.” NAWIASKY, Hans. *Algemeine Staatslehre: Grundlegung*. 2. durchgesehene Aufl. Zurich: Benziger, 1958, p. 50, *apud* VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de trabalho com o Estado*, p. 10.

⁴⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 191. Em sentido semelhante escreveu José Manuel Sérvulo Correia: Definimos pois o *contrato* como o *acordo, vinculativo por força da lei, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que*

A posição de supremacia da Administração é revelada, principalmente, pelas chamadas cláusulas exorbitantes. Na verdade, tais prerrogativas estatais podem ser resumidas na possibilidade de a Administração Pública fiscalizar, direcionar ou impor sanções ao contratante, bem como modificar ou extinguir unilateralmente o contrato.⁴⁴⁴ No ordenamento jurídico brasileiro, o art. 58 da Lei n. 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos) consolida grande parte das prerrogativas contratuais do Estado.

Como bem observa Maria João Estorninho, é fundamental que se entenda que as prerrogativas estatais não resultam do contrato, mas sim da própria posição jurídica geral da Administração, de natureza extracontratual:

Afasta-se, assim, a ideia tradicional de que o contrato administrativo, pela sua própria natureza especial, atribuiria prerrogativas exorbitantes à Administração, para se passar a entender que, pelo contrário, é a própria Administração que, pela sua natureza, é dotada de poderes especiais aos quais não pode renunciar mesmo quando celebra contratos.⁴⁴⁵

Ao particular contratante, por outro lado, é garantida a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em contrapartida à outorga de poderes à Administração em razão das cláusulas exorbitantes. A garantia dos direitos do particular e as limitações aos poderes da Administração, na condição de parte contratante, corroboram o entendimento de que se trata de *contrato*.⁴⁴⁶

É importante observar, no entanto, que a natureza contratual dos contratos administrativos nem sempre foi aceita pela doutrina especializada.

Influenciado pelas teorias consagradas na Europa Continental, também no Brasil negava-se natureza contratual ao chamado contrato administrativo. Como as cláusulas contratuais são elaboradas unilateralmente, bem como passíveis de alteração unilateral pelo Poder Público, negava-se o caráter contratual do vínculo formado entre

vide criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.” CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 344.

⁴⁴⁴ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*, p. 145-146.

⁴⁴⁵ ESTORNINHO, Maria João. *op. cit.* p. 145-146.

⁴⁴⁶ “Por certo, as prerrogativas conferidas à Administração, fundadas, regradas e limitadas juridicamente, instrumentalizam a flexibilidade do contrato para adequá-lo às exigências do interesse público sem desnaturar o caráter contratual do instituto. Tem-se a combinação entre o elemento contratual – percebido, principalmente, pela necessidade de concordância do particular para firmá-lo e pela garantia do equilíbrio econômico financeiro – e a perseguição do interesse público.” PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública: da insuficiência da teoria estatutária no Estado Democrático de Direito*, p. 257.

a Administração Pública e o particular. Nesse sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: “O essencial [no contrato] é a *liberdade* de cada um dos contratantes firmar a relação jurídica, e a *autoridade* do vínculo formado, insuscetível de alteração pelo prazo de sua vigência, seja em virtude de lei consequente, ou manifestação unilateral de um das partes”.⁴⁴⁷

Deve-se observar, no entanto, que essa concepção de contrato foi elaborada no século XIX, durante o Estado Liberal.⁴⁴⁸ Com o advento do Estado Social e a maior intervenção estatal na esfera privada, o modelo contratual formulado no Estado Liberal não poderia mais prosperar. Além de a Administração Pública ter ampliado o rol de atividades por ela desempenhadas, detectou-se a necessidade de imposição legal de cláusulas contratuais obrigatórias, especialmente em face das complexas e novas relações de consumo estabelecidas.⁴⁴⁹

Superada pela doutrina majoritária a discussão acerca da natureza contratual dos contratos administrativos,⁴⁵⁰ deve-se considerar que os convênios enfrentam ainda hoje o mesmo problema que outrora perturbava o gênero contrato.

⁴⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 604.

⁴⁴⁸ “De acordo com a concepção liberal, para que determinada relação jurídica adquirisse o caráter contratual, o princípio da autonomia da vontade exigia que estivessem presentes as seguintes condições: 1- liberdade de contratar ou de se abster (contratar ou não contratar); 2- liberdade de escolher o sujeito com quem será celebrado o contrato (com quem contratar); 3- liberdade de estabelecer cláusulas contratuais (conteúdo e forma do contrato)” MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*, p. 193.

⁴⁴⁹ “Não demorou para que a evolução do tempo evidenciasse a necessidade de revisão dos princípios contratuais elaborados no século XIX. De um modo mais amplo, a passagem do Estado Liberal para o social afetou diretamente a indiferença do Poder Público pela sorte dos contratantes. Assim, ao longo do século XX, assistiu-se à edição de inúmeras leis que impuseram limites à liberdade contratual (dirigismo contratual), ora definido algumas regras mínimas, ora vedando expressamente determinadas cláusulas.” BESSA, Leonardo Roscoe. *Proteção Contratual*. In: BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *et. al.* (Coord.). *Manual de Direito do Consumidor*, p. 280-281.

⁴⁵⁰ Em sentido contrário, ainda negando a natureza contratual aos contratos administrativos, apresenta-se Celso Antônio Bandeira de Mello: “Acompanhando as lições do prof. Oswaldo Aranha Bandeira – que tratou do assunto com mestria insuplantável –, entendemos que esta rotulação ‘contrato administrativo’ tem sido utilizada de maneira imprópria e muito infeliz, porque propiciadora de equívocos. [...] o contratual seria apenas o que podia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionalizada. Logo, só existe contrato com relação a isto. O mais provém de ato unilateral da Administração Pública sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável. Tais circunstâncias deveriam ser suficientes para evidenciar que as relações jurídicas constituídas entre o Poder Público e particular sob a égide do regime em apreço apresentam radical disparidade em relação aos contratos. Daí a inconveniência de abrigar sob o único rótulo figuras jurídicas tão distintas e submissas a critérios e princípios completamente diversos. Esta argumentação, entretanto, não sensibilizou nossa doutrina e jurisprudência.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 618-619.

O curioso é que os mesmos argumentos utilizados anteriormente para negar natureza contratual aos contratos administrativos ainda aparecem para argumentar que os convênios não integram o gênero contrato.

4.3. O convênio como espécie de contrato administrativo

Os convênios administrativos são definidos pela doutrina como “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.⁴⁵¹

As principais características dos convênios administrativos, bem como os aspectos que os distinguem dos contratos, podem ser assim sintetizados:

- a. “os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem, por meio do convênio, para alcançá-los”;⁴⁵²
- b. “os partícipes do convênio têm competências institucionais comuns; o resultado alcançado insere-se dentro das atribuições de cada qual”; por isso inexistiria delegação de serviços (competências administrativas), pois não seria necessário que o Estado transferisse poderes aos partícipes. Já nos contratos, o Poder Público delegaria competência para a execução das atribuições contratadas;⁴⁵³
- c. “no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um resultado comum, ou seja, um estudo, um ato jurídico, um projeto, uma obra, um serviço técnico, uma invenção etc., que serão usufruídos por todos os partícipes”;⁴⁵⁴
- d. “no convênio verifica-se a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais,

⁴⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 286. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 230.

⁴⁵² DI PIETRO, *op. cit.* p. 231

⁴⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 231-234.

⁴⁵⁴ DI PIETRO, *op. cit.* p. 231.

- de imóveis, de know-how e outros”; por isso não se cogitaria, no convênio, de preço ou remuneração;⁴⁵⁵
- e. “nos contratos, as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma)”]; já nos convênios as vontades se somariam, com atuação paralela, no intuito de alcançar interesses e objetivos comuns;⁴⁵⁶
- f. “no contrato, existem partes e no convênio existem partícipes”. A distinção baseia-se exatamente no fato de “as partes” de um contrato terem interesses diversos e contrapostos, ao passo que no convênio “os partícipes” teriam interesses comuns;⁴⁵⁷
- g. nos convênios é inadmissível a cláusula de permanência obrigatória, de modo que os convenentes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência.⁴⁵⁸ Nesse sentido Hely Lopes Meirelles afirma que a liberdade de ingresso e retirada (inerente a cada conveniado), constitui característica peculiar de cooperação associativa.⁴⁵⁹

Ocorre que os argumentos utilizados pela doutrina tradicional para negar natureza contratual aos convênios não resistem à análise dos contratos e dos convênios segundo a teoria geral do negócio jurídico.

Passa-se a abordar criticamente cada um dos argumentos utilizados pela doutrina tradicional, no intuito de demonstrar que os convênios nada mais são do que uma espécie de contratos administrativos.

4.3.1 Insuficiência do argumento de que nos convênios os interesses das partes são comuns e nos contratos os interesses são sempre contrapostos

⁴⁵⁵ DI PIETRO, *op. cit.* p. 231.

⁴⁵⁶ DI PIETRO, *op. cit.* p. 231.

⁴⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 286.

⁴⁵⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, p. 146.

⁴⁵⁹ “Diante [da] igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa *cooperação associativa*, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes.” MEIRELLES, *op. cit.* p. 286.

É clássica a afirmação de Hely Lopes Meirelles de que “Convênio é acordo mas não é contrato”.⁴⁶⁰ A concepção do autor baseia-se na classificação adotada por alguns autores civilistas que distinguem contratos de acordos tendo por base a direção das vontades das partes:

O negócio (bilateral ou plurilateral) de interesses opostos ou divergentes é o *contrato*; pelo contrário o negócio (sobretudo o plurilateral, mas também o bilateral) com interesses paralelos ou convergentes para um escopo comum, costuma qualificar-se como “*acordo*”, no sentido mais restrito que, doutrinariamente, se convencionou dar a este termo.⁴⁶¹

Deve-se observar, no entanto, que mesmo no direito civil a abordagem científica autônoma do instituto “acordo” perdeu importância, como bem observa Domingues de Andrade: “É duvidoso porém se estas notas, até mesmo a que assevera a normatividade do conteúdo dos acordos, são idôneas para especificar esta figura em confronto com as duas anteriores e com os contratos”.⁴⁶²

A Teoria Geral do Negócio Jurídico tem utilizado o acordo apenas em seu sentido vernacular, como sinônimo de concordância, de consentimento.⁴⁶³ Isso fica

⁴⁶⁰ MEIRELLES, Direito administrativo brasileiro, p. 284.

⁴⁶¹ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 440. No mesmo sentido Orlando Gomes: “No contrato, as partes têm interesses contrapostos, ou pelo menos divergentes, motivo por que procuram harmonizá-lo, ajustando as respectivas declarações a uma vontade comum, ou, como esclarece Barbero, o contrato resulta da manifestação de duas partes com intentos recíprocos. No *acordo*, os sujeitos têm o mesmo intento. Concorrem para a formação do negócio *ex diversis motibus animi in anum consentium*, pelo que constituem uma soma de vontades ligadas entre si. Por outras palavras, no acordo aos diversos móveis corresponde uma causa.” GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 316.

⁴⁶² “Na definição desta categoria, primeiramente aventada pelos publicistas, e que depois alguns têm pretendido transplantar para o direito privado, costumam fazer-se intervir as três seguintes ideias: nos acordos concorrem várias declarações de vontade com o *mesmo* conteúdo (não conteúdos opostos ou análogos); os diversos declarantes não são portadores de interesses contrários; os acordos criam normas e estatuições gerais e abstractas – uma parcela de direito objectivo. É duvidoso porém se estas notas, até mesmo a que assevera a normatividade do conteúdo dos acordos, são idôneas para especificar esta figura em confronto com as duas anteriores e com os contratos. O conceito de acordo tem sido utilizado sobretudo no campo do direito privado, para explicar e qualificar a constituição das corporações e mais precisamente o acto da formulação dos respectivos estatutos.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica: facto jurídico, em especial negócio jurídico*, p. 55.

⁴⁶³ “acordo (ô). [Dev. de *acordar*.] **S.m** 1. Concordância de sentimentos ou ideias; concórdia. 2. Harmonia, concordância, consonância, conformidade (...) 3. Composição (6). 4. Combinação, ajuste, pacto. 5. Conhecimento inteiro, resultante do perfeito uso e domínio dos sentimentos; consciência (...) 6. Tino, prudência, tato, discrição [P1.: *acordos*(ô). Cf. *acordo*, do v. *acordar*.] ° Acordo de cavalheiros. Entendimento ou acordo em que partes, cordialmente, dispensam formalidades legais, garantidos-se pela palavra empenhada. [Us., não raro, ironicamente.]” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, p. 41.

claro em razão da inexistência de requisitos, legais ou doutrinários, necessários à configuração do “instituto” acordo. Repare-se que, nas definições de contrato, é comum a menção ao “acordo de vontades”. Para que um acordo passe a ter o *status* de contrato, contudo, é imprescindível que busquem a criação, modificação ou extinção de direitos. De acordo com Carlos Ferreira de Almeida, há “acordos que não são contratos, porque não produzem efeitos jurídicos”.⁴⁶⁴

Acordo, pois, é o ajuste entre duas ou mais pessoas acerca de um objeto qualquer. Dessa concordância entre as pessoas participantes de um acordo, não surge, necessariamente, um instituto jurídico, haja vista a possibilidade de os acordantes não criarem, modificarem ou extinguirem qualquer relação jurídica:

A falta de vontade de efeitos jurídicos distingue, igualmente, os negócios jurídicos dos chamados *acordos* ou *agreements* ou ainda *gentlemen's agreements*. Estas convenções são combinações sobre matéria que é normalmente objecto de negócios jurídicos, mas que, excepcionalmente estão desprovidas de intenção de efeitos jurídicos. É o caso de um *empréstimo de honra* ou de uma *disposição de bens* para depois da morte, em que o disponente confia pura e simplesmente na *honorabilidade* dos herdeiros a quem cumpre executar a disposição.⁴⁶⁵

O acordo geralmente precede um outro instituto jurídico, sendo este último que cria direitos e obrigações. Por isso afirma Emílio Betti que “o acordo, no sentido mais lato, é o primeiro requisito do contrato”.⁴⁶⁶

Repita-se, na esteira de Carlos Ferreira de Almeida, que o acordo pode ser um contrato se possuir eficácia jurídica, sendo que essa eficácia é definida conforme os critérios sociais presentes em cada sociedade.⁴⁶⁷

Como se vê, a caracterização do convênio como acordo de natureza não contratual baseia-se, principalmente, na seguinte premissa: nos contratos os interesses

⁴⁶⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*, p. 29-30.

⁴⁶⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 383.

⁴⁶⁶ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 440.

⁴⁶⁷ “Há todavia acordos que não são contratos, porque não produzem efeitos jurídicos. (...) qual é o critério que, na dúvida, deve ser usado para distinguir entre contratos e acordos sem eficácia jurídica. Na minha opinião, o critério-base há de ser objectivo: o acordo será um contrato se, segundo a concepção social dominante, como tal for considerado, isto é, se a comunidade de referência lhe reconhecer eficácia jurídica. Não se deve porém esquecer, a este propósito, a relatividade de tais concepções, variáveis em função do círculo social onde se geram e da época em que ocorrem, seguindo embora um tendência para o progressivo alastramento do domínio jurídico. Após um tempo, não longínquo, em que o Direito ficava à porta da fábrica, estava ausente da intimidade familiar e era frouxo em certas matérias negociais (...).” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*, p. 29-30.

e objetivos das partes seriam sempre contrapostos; nos convênios os interesses entre os partícipes são comuns, já que todos buscam o mesmo resultado final.

Existe duplo equívoco da doutrina ao fixar essa premissa, haja vista que: 1) a contraposição de interesses (no sentido apontado pela doutrina tradicional) não é condição de existência do contrato; 2) nos convênios os interesses das partes não são comuns.

4.3.1.1 Distinção entre “interesses contrapostos” e complementariedade de interesses: o contrato como acordo reflexivo

Para contrapor o instituto do convênio ao contrato, a doutrina do Direito Administrativo argumenta que nos contratos é imprescindível a existência de contraposição de interesses.⁴⁶⁸ De fato, vários civilistas entendem que as partes devem possuir objetivos opostos em um contrato.⁴⁶⁹

Ocorre que tal entendimento só é suficiente para abordar os contratos em que as partes busquem trocar uma prestação por uma contraprestação equivalente. É muito fácil falar de contraposição de interesses e objetivos se o raciocínio for desenvolvido com base em um contrato clássico de compra e venda.

⁴⁶⁸ Nesse ponto, vale destacar a diferença das expressões *recíprocos* e *antagônicos*. Ao se referir às obrigações recíprocas dos consortes, muito bem anotou Floriano de Azevedo Marques Neto sobre o tema: “Imperativo lembrar aqui que, em Direito, não se pode emprestar à expressão ‘*recíprocos*’ um conteúdo idêntico a ‘*antagônicos*’. A reciprocidade implica que a obrigação de uma parte depende e gera obrigações para a outra, sem necessariamente estas obrigações se contraporem de forma sinalagmática. A obrigação de todos os consortes aportarem os meios para a consecução do fim comum é recíproca, inclusive de modo a criar o direito subjetivo de um consorte que inverta os meios a seu cargo de exigir o mesmo comportamento do outro, sob pena de ser indenizado pelas perdas e danos perante o outro. Quando a União firma convênio com um Estado para repassar os meios necessários à consecução de um empreendimento, a quebra na obrigação, por exemplo, de repassar uma quantia de recursos é, a meu ver, o descumprimento de um dever contratual que, inclusive, autoriza que o Estado conveniado alegue a *exceptio non adimpleti contractus* para se esquivar de cumprir sua parcela de obrigações.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Parecer jurídico endereçado ao Ministério das Cidades, relativo à constitucionalidade do Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional com o condão de regulamentar, por lei nacional, o instituto dos Consórcios Públicos*, p. 36-37.

⁴⁶⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, p. 135; MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del contrato*, p. 62. A oposição de interesses das partes contratantes também é comumente aceita como uma característica do contrato entre os autores administrativistas, vide: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 438; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*, p. 202.

Mas se a abordagem tiver como ponto de partida um contrato de doação simples, fica mais difícil exigir a contraposição de interesses como condição da caracterização do contrato. Se forem analisadas, ainda, as situações em que duas empresas se unem contratualmente para adquirir maior poder de negociação com fornecedores ou com clientes, o vínculo entre as duas pessoas jurídicas parceiras não deixa de ter caráter contratual, já que cada uma possui direitos e obrigações em face da outra.⁴⁷⁰

É claro que para se constituir um negócio jurídico bilateral é imprescindível que haja divergência de interesses. Caso contrário existirá um negócio unilateral, que poderá abranger vários indivíduos com interesses comuns (negócio jurídico unilateral pluripessoal). Nesse sentido, a divergência de interesses é pressuposto de existência não só do contrato, mas também dos convênios administrativos, visto que nos dois tipos de acordo existem, no mínimo, duas partes.

O argumento de que nos contratos os interesses são contrapostos, por questão de coerência, deveria abranger também os convênios administrativos. Mas ninguém exige a contraposição de interesses como requisito da celebração de convênios.

Por essa razão deve ficar claro que a pluralidade de partes pressupõe (tanto para os contratos quanto para os convênios) a divergência de interesses, mas não a contraposição de objetivos. Se nos convênios os interesses fossem comuns, idênticos, não haveria negócio jurídico bilateral (que pressupõe acordo de vontades autônomas), mas sim negócio jurídico unilateral.⁴⁷¹

A noção de contraposição de interesses, no contrato, deve ser revisitada para compreender o instituto como acordo reflexivo.⁴⁷²

⁴⁷⁰ Vale lembrar, na linha de Carlos Ferreira de Almeida, que nos contratos cujo objeto é uma liberalidade (doação, *e.g.*) ou a cooperação (mandato, *e.g.*), os interesses típicos não são contrapostos: “E não há sequer contradição entre a existência de interesses divergentes e a unidade de posição contratual” ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*, p. 35-36.

⁴⁷¹ Como bem observa Pontes de Miranda: “Se o interesse é um só, a pluralidade de pessoas não implica pluralidade de *lados*, de partes (expressão mais própria ao direito processual que ao material, razão por que a evitamos). A unidade de interesse, com pluralidade de pessoas, dá a pluripessoalidade; não a plurilateralidade.” PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 247.

⁴⁷² Nesse sentido, vale observar as lições de Carlos Ferreira de Almeida: “O contrato não implica sempre contraposição de interesses, mas enquanto ato de autonomia, o acordo por que se forma reflete-se sempre nas pessoas que nele são parte. O contrato é um acordo reflexivo.” ALMEIDA, *op. cit.* p. 37.

O convênio, como contrato, é um acordo reflexivo. Fica evidente que os objetivos de cada parte se relacionam, por meio de um acordo, com o intuito de se alcançar o interesse comum. Ao se analisar o convênio como acordo de vontades de natureza reflexiva, percebe-se que ele não é distinto ontologicamente de um contrato celebrado por dois vizinhos para a construção de um muro divisor das duas propriedades.

Nas duas situações existe um contrato, com obrigações claras e definidas para cada uma das partes, no intuito de atender a um objetivo único. À medida que os contratos são classificados com base em outros critérios (como inexistência de lucro ou vantagem para o particular que contrata com a Administração Pública), é que surgem diferenças entre os vários acordos que podem ser celebrados.

Faz-se necessário, pois, destacar a precisão terminológica de Pontes de Miranda ao apresentar a enantiomorfia como característica essencial dos negócios jurídicos bilaterais. Como bem observa o autor, a existência de interesses diferentes é condição indispensável para a existência de negócio jurídico bilateral, haja vista que, se o interesse é único, o negócio jurídico será necessariamente unilateral (ainda que pluripessoal).⁴⁷³

Além da pluralidade de pessoas que manifestam vontades distintas, é imprescindível que se trate de interesses enantiomórficos, complementares. Esse caráter reflexivo do acordo é que garante que todas as vontades convirjam para um único negócio (ex: comprar e vender; doar e receber). Caso contrário, em vez de um negócio jurídico bilateral existirão dois negócios jurídicos autônomos e incomunicáveis.⁴⁷⁴

Trata-se da complementariedade dos distintos interesses representados em um negócio bilateral. Tanto no contrato quanto no convênio existem interesses distintos (sob pena de se ter uma única parte no negócio), que se complementam no intuito de atingir o objeto da avença.

⁴⁷³ PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, p. 247.

⁴⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* p. 247. Sobre a enantiomorfia como requisito do contrato, vide item 2.3.1.4 *O contrato como acordo reflexivo: divergência de interesses.*

4.3.1.2 A impossibilidade de existência de meros “interesses comuns” nos negócios jurídicos plurilaterais: atecnia do termo “partícipe”

Como suposta característica peculiar dos convênios, a doutrina tradicional apresenta a existência de interesses comuns e coincidentes das partes (denominadas “partícipes”).

Considera-se no presente trabalho que o termo “partícipe” apresentado pela doutrina tradicional consiste em tentativa equivocada de contornar a divergência de interesses existente no convênio.⁴⁷⁵ Embora se admita que o termo “parte” esteja intimamente ligado à ideia de divergência de objetivos, a saída encontrada pela doutrina tradicional para não concluir que o convênio é um negócio jurídico unilateral — o que evidenciaria o equívoco teórico — foi inventar um novo termo (“partícipe”), de modo que continuariam existindo “lados” distintos no negócio. Assim, pode-se continuar dizendo que o convênio é negócio plurilateral (ou bilateral) sem ter que admitir que existem partes distintas e, conseqüentemente, interesses distintos.⁴⁷⁶

Argumenta-se que os “partícipes” do convênio atuariam desinteressadamente, buscando única e exclusivamente a satisfação do interesse público.

É claro que em todo negócio jurídico com pluralidade de partes há um interesse comum, representado, justamente, pelo contrato a ser celebrado:

⁴⁷⁵ Vale citar, novamente, o posicionamento do professor Hely Lopes Meirelles, tendo em vista que foi o responsável pela disseminação da distinção entre contrato e convênio no direito brasileiro: “(...) *no contrato* há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários) uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no *convênio*, em que não há partes, mas unicamente *partícipes* com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidade, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 386. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 231.

⁴⁷⁶ Como bem dipôs Floriano Marques Neto, o número de partes não pode ser determinante para a definição do instituto como contrato ou não: “[...] não me parece que o número de partes a realizar o negócio jurídico seja determinante para afastar ou caracterizar a natureza contratual do ajuste.” MARQUES NETO, *op. cit.* p. 30. Completa o autor que “[...] (uma) espécie de ajuste de vontades que fugiria do paradigma clássico da doutrina sobre o tema refere-se às parcerias público-privadas (PPP) recém instituída pela Lei Federal nº 11.079/04. Na gênese de uma parceria está justamente a comunhão de escopos. Difícil seria ver nelas um antagonismo de vontades. Ainda assim, a ninguém ocorre sustentar que tais acordos não são contratos administrativos típicos. A espancar qualquer dúvida, a lei federal enquadra explicitamente tais ajustes como contratos administrativos.” MARQUES NETO, *op. cit.* p. 31.

Corresponde a uma orientação privatística do pensamento herdado da tradição jurídica romana considerar as partes de um negócio bilateral como estando em conflito de interesse uma com a outra, e ver no negócio celebrado a composição obtida entre as pretensões contrárias. Mas na medida em que, pelo contrário, é possível afirmar uma orientação publicística da ciência jurídica, logo se desenha, ao invés, a necessidade da colaboração entre as partes no negócio bilateral ou plurilateral, e este é encarado, desde o princípio, mais do que como meio para obter a composição de um conflito individual, como instrumento de colaboração, destinado a realizar entre interesses, mesmo divergentes, uma convergência que corresponda à utilidade social.²⁸

Dessa forma, deve existir consenso entre as partes, sobre o objeto a ser acordado, sob pena de as manifestações de vontade não incidirem sobre a mesma relação jurídica.⁴⁷⁷ Como tal assertiva é válida para qualquer contrato, é claro que vale para os convênios.

A necessidade de consenso, no entanto, não retira a importância da divergência de interesses e objetivos para a existência de negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

Vale citar, a esse respeito, parecer de autoria do professor Celso Antônio Bandeira de Mello acerca de um convênio administrativo celebrado entre a União e o Estado do Paraná. Partindo da premissa de que “o convênio é um contrato entre partes de direito público”, o autor destaca a necessidade de compatibilização dos “respectivos interesses”:

²⁸ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, p. 440.

⁴⁷⁷ Havendo mais de um parte (lado) com unicidade de objeto, há plurilateralidade: “Essa classificação, como é evidente, tem por fundamento o número de posições (=lados) de que são exteriorizadas as vontades negociais necessárias a compor o negócios jurídico. Não importa quantos figurantes manifestaram a vontade negocial, mas o número de *lados* de que partem tais manifestações. Nessa concepção, *lado* significa *centro de interesses*, posição da qual a vontade é emanada num mesmo sentido. Haver mais de um *lado* implica, essencialmente, *reciprocidade*. Por isso, o negócio jurídico unilateral pode ser realizado (=formado) por mais de uma pessoa, como um negócio jurídico bilateral pode ter mais de dois figurantes (=manifestações de vontade), sem que percam a sua identidade. Isso porque é irrelevante quantas sejam as pessoas que participam do negócio (=figurantes), pois somente interessa a *quantidade de lados* a partir dos quais são manifestadas as vontades negociais e, portanto, se há ou não reciprocidade entre elas. O que importa saber é se há acordo de vontades do homem *diante* de outro homem, não do homem *ao lado* de outro homem. Porque se o homem está *ao lado* de outro as suas manifestações de vontade são *paralelas* (=), enquanto se estão um *diante* do outro, são *recíprocas* (=). Se várias pessoas em uma mesma posição (=lado) exteriorizam vontade negocial, como ocorre se *A* e *B*, conjuntamente, *criam uma mesma fundação* (Código Civil, art. 62), há negócio jurídico unilateral. Apesar da pluralidade de instituidores, o negócio não se bilateraliza nem se plurilateraliza se fossem *A*, *B* e *C* os figurantes na criação da fundação, porque não haveria correspectividade ou reciprocidade nas manifestações de vontade, uma vez que emanadas de um mesmo *lado*. Igualmente, há negócio jurídico bilateral se *A*, *B* e *C* permutam o imóvel *X* pelo imóvel *Y* com *D* e *E*.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 199.

O contrato, seja ele de direito privado, seja de direito público, é uma **composição consensual de interesses**; uma **pacífica harmonização de interesses**; por isso, com muita propriedade, Clóvis Beviláqua observou que o contrato se substancia numa **'transfusão de vontades'**. Na medida em que envolve um **ponto de coincidência** de interesses, os sujeitos se afinam em torno dele, fazendo-o pela livre conjunção de suas vontades, as quais, dessarte, se atrelam para obter a recíproca satisfação de suas aspirações.⁴⁷⁸

Outro aspecto interessante apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello diz respeito ao caráter comutativo e oneroso de alguns convênios em que as partes estipulam prestações equivalentes no intuito de atingir ao interesse público comum:

Sobremais, na medida em que uma relação comutativa e onerosa se instaura, deve-se entender que as partes buscaram prestações contrapostas que se equilibram. Vale dizer, considera-se que os sujeitos, tendo em pauta os respectivos interesses, sopesando-os, bem como aos recíprocos engajamentos, procuraram um termo de equivalência justificador ao enlace travado.⁴⁷⁹

Além disso, deve-se compreender que a busca e a proteção de interesses públicos pela sociedade civil (terceiro setor) não retira o caráter privado de toda pessoa jurídica criada por particulares, nos termos de seus respectivos estatutos. Pode ser que pontualmente a busca dos interesses próprios de cada indivíduo se assemelhe ou mesmo coincida com interesses públicos que devem ser perseguidos pelo Estado.

Na verdade, a noção de interesse público adotada pela Constituição de 1988 consagra uma pluralidade de princípios e valores, os quais devem ser ponderados em cada caso concreto. Mas não se pode perder de vista que toda conduta lícita visa à efetivação de um princípio constitucional, de modo que, em abstrato, pode ser considerada manifestação de interesse público.⁴⁸⁰ Mas é imprescindível observar que cada particular busca, na verdade, seus próprios interesses ou, em outras palavras, *cada indivíduo protege o interesse público de acordo com suas próprias convicções*.

É irrelevante que tais instituições tenham ou não finalidade lucrativa. É que esses objetivos são definidos por um pequeno grupo de pessoas e que tais objetivos

⁴⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Interesse público primário e secundário _ Convênio entre União e Estado _ Dever de indenização*, p. 56. Vale ressaltar, no entanto, que o autor nega a natureza contratual dos contratos administrativos em geral, os quais contam com um particular em um dos pólos da relação, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 619.

⁴⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Interesse público primário e secundário _ Convênio entre União e Estado _ Dever de indenização*, p. 56.

⁴⁸⁰ Para uma abordagem específica da noção de interesse público, vide item 3.4.4 - *Realização de Atividades de Interesse Público*.

devem, por imposição estatutária, ser sempre perseguidos, ainda que não coincidam com as prioridades públicas. Deve-se questionar, por exemplo, se organizações sem finalidade lucrativa vinculadas à Igreja Católica distribuiriam preservativos no carnaval para evitar a proliferação do vírus da Aids. Se as ordens religiosas, de acordo com a determinação do Papa, proíbem tais métodos anticoncepcionais, o alegado “interesse público” buscado pela instituição não será, no caso concreto em exame, o interesse de toda a coletividade.

Em suma: é equivocado o argumento de que nos convênios as entidades sem finalidade lucrativa e o Estado possuem objetivos e interesses comuns. Ainda que o objeto acordado apresente interesse semelhante, cada pessoa jurídica age de acordo com seu interesse próprio, embasado em ideologia própria (religiosa ou não).

O fato de a entidade particular não possuir finalidade lucrativa não acarreta, necessariamente, a inexistência de interesses institucionais próprios. O lucro é apenas mais uma das várias manifestações lícitas (e, portanto, manifestações de interesse público) consagradas pela Constituição de 1988, não podendo, portanto, ser apontado como interesse “mais privado” ou menos público.

Ademais, mesmo os contratos gratuitos podem representar a busca de interesses próprios das partes. Não é em vão que tais contratos são classificados em contratos gratuitos desinteressados e interessados.⁴⁸¹

Não há como negar que nos convênios existem partes, cada uma com seus próprios interesses e objetivos, com obrigações distintas para cada uma das partes.

É importante observar que a concepção doutrinária de que nos convênios os interesses são comuns vem sendo refutada há vários anos pelo direito positivo brasileiro. O art. 48 do Decreto nº 93.872/86 já previa a utilização do convênio para executar “serviços de interesse recíproco” (e não interesses comuns), redação mantida pelo Decreto nº 97.916/88.

⁴⁸¹ “Dependendo do contexto e da causa concreta, contratos como a doação e o comodato, normalmente celebrados com escopo de liberalidade (isto é, *desinteressadamente*), podem ser realizados por interesse econômico. Nesses casos, qualificam-se como *interessados*. São exemplos o transporte oferecido para atrair presença de turistas e o envio de periódico de ‘cortesia’ para induzir à assinatura. A distinção é importante pois a disciplina própria dos contratos gratuitos pode ser parcial ou totalmente afastada diante da presença de um interesse econômico por parte de quem confere a vantagem à contraparte”, MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Classificação dos contratos*, p. 39.

Atualmente, o Decreto Federal nº 6.170/2007 (com redação dada pelos Decretos nº 6.428/08 e nº 6.497/08) continua prevendo a utilização dos convênios para questões de interesses recíprocos das partes:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União. (sem destaque no original)

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos 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, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a 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.(sem destaque no original)

Vale observar ainda que a própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º, parágrafo único, estabelece expressamente que será considerado contrato, independentemente do nome dado ao ajuste de vontades, qualquer acordo que estabeleça obrigações recíprocas para as partes:

Art. 2º (omissis)

[...]

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Com a conjugação do disposto no art. 1º do Decreto nº 6.170/2007 e no art. 2º da Lei nº 8.666/93, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que tanto os convênios quanto os contratos são instrumentos utilizados para atender a interesses e obrigações recíprocas das partes.

Mas o aspecto mais surpreendente da concepção tradicional acerca dos convênios diz respeito à exigência de contrapartida como requisito de sua validade:

Em regra, a contrapartida é obrigatória, devendo ser estabelecida em termos percentuais do valor previsto no instrumento de transferência. Assim sendo, o ente

federado conveniente deverá comprovar que os recursos relativos à contrapartida estão devidamente assegurados, salvo quando o concedente arcar com todos os custos.⁴⁸²

Nesse sentido vale citar ainda o art. 25, § 1º, IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal (L.C. n. 101/2000): “§ 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias: IV - comprovação, por parte do beneficiário, de: d) previsão orçamentária de contrapartida”.

No plano infralegal, a Instrução Normativa n. 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional não deixa dúvidas acerca da obrigatoriedade da contrapartida nos convênios:

Art. 7º O convênio conterá, expressa e obrigatoriamente, cláusulas estabelecendo:
[...]

II - a obrigação de cada um dos partícipes, inclusive a contrapartida, de responsabilidade do conveniente, que deve ser aportada, proporcionalmente, de acordo com o cronograma de liberação das parcelas de recursos federais do convênio.

Ademais, o próprio Tribunal de Contas da União tem adotado essa tese, estabelecendo que a ausência de contrapartida nos convênios é causa determinante para a instauração de tomada de contas especial.⁴⁸³

Mais uma vez, fica clara a impropriedade da distinção tradicional entre contratos e convênios do ponto de vista ontológico com base na inexistência de lucro e na inexistência de direitos e obrigações recíprocas.

Imagine-se uma subvenção social, destinada à cobertura de déficits da APAE de São Paulo pelo reconhecimento dos serviços prestados às crianças portadoras de deficiências físicas e mentais.⁴⁸⁴

⁴⁸² ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. Controle das transferências financeiras da União. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 150-151. Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União. A saber, confira: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2229/2003. 1ª Câmara. Tomada de Contas Especial. Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha. Data do julgamento 10 de outubro 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em 10 de setembro 2010.

⁴⁸³ Ao se referir à inexistência de contrapartida nos convênios administrativos assim tem se manifestado o TCU: “A Instrução Normativa nº 01 da Secretaria do Tesouro Nacional, de 15 de janeiro de 1997, atual disciplinadora dos convênios, prevê, no seu art. 38, II que tal prática passa a ser causa determinante da instauração de tomada de contas especial, coibindo, pois, a sua disseminação.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 68/1997. 1ª Câmara. Tomada de Contas Especial. Ministro Relator Humberto Guimarães Souto. Data do julgamento 08 de abril 1997. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em 10 de setembro 2010. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2229/2003. 1ª Câmara. Tomada de Contas Especial. Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha. Data do julgamento 10 de outubro 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em 10 de setembro 2010

Se não se exige uma contrapartida específica da APAE, o negócio jurídico não teria natureza de convênio, haja vista que o art. 7º, II da Instrução Normativa/STN nº 1/97 proíbe a celebração de convênios sem contrapartida específica. Mas por outro lado, a transferência financeira justifica-se pelos relevantes serviços prestados em benefício da coletividade.

Embora a definição de convênio adotada por toda a doutrina seja um acordo de vontades no intuito de atender a objetivos e interesses comuns, sem que haja o estabelecimento de direitos e obrigações recíprocas, a inexistência de contrapartida faz com que a destinação da subvenção social à APAE passe a ter a natureza de contrato (doação).

Em outras palavras: a contradição está justamente em dizer que o convênio não é contrato porque somente neste último haveria direitos e obrigações recíprocas e, ao mesmo tempo, estabelecer como requisito de validade do convênio a previsão de contrapartida (contraprestação) do partícipe.

Conforme demonstrado no item anterior, a existência de obrigações recíprocas é condição de existência dos contratos bilaterais e plurilaterais. Não se pode confundir o intuito de cooperação das partes com a existência de interesses únicos. O convênio, tal como o contrato, é um acordo reflexivo, por meio do qual as partes complementam os seus interesses próprios na busca do objeto consensualmente definido.

⁴⁸⁴ “A Apae - Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais nasceu em 1954, no Rio de Janeiro. Caracteriza-se por ser uma organização social, cujo objetivo principal é promover a atenção integral à pessoa com deficiência, prioritariamente aquela com deficiência intelectual e múltipla. A Rede Apae destaca-se por seu pioneirismo e capilaridade, estando presente, atualmente, em mais de 2 mil municípios em todo o território nacional. Uma pesquisa realizada pelo Instituto Qualibest em 2006, a pedido da Federação Nacional das Apaes, mostrou que a Apae é conhecida por 87% dos entrevistados e tida como confiável por 93% deles. São resultados expressivos e que refletem o trabalho e as conquistas do Movimento Apaeano na luta pelos direitos das pessoas com deficiência. Nesse esforço destacam-se a incorporação do Teste do Pezinho na rede pública de saúde; a prática de esportes e a inserção das linguagens artísticas como instrumentos pedagógicos na formação das pessoas com deficiência, assim como a estimulação precoce como fundamental para o seu desenvolvimento. [...] O Movimento Apaeano é uma grande rede, constituída por pais, amigos, pessoas com deficiência, voluntários, profissionais e instituições parceiras - públicas e privadas - para a promoção e defesa dos direitos de cidadania da pessoa com deficiência e a sua inclusão social. Atualmente o Movimento congrega a Fenapaes - Federação Nacional das Apaes, 23 Federações das Apaes nos Estados e mais de duas mil Apaes distribuídas em todo o País, que propiciam atenção integral a cerca de 250.000 pessoas com deficiência. É o maior movimento social do Brasil e do mundo, na sua área de atuação”. Disponível em: <http://www.apaebrasil.org.br/artigo.phtml/2>. Acesso em: 29 de jun. 2010.

4.3.2 Necessidade de desvincular o contrato da ideia de delegação de serviços públicos

Outro argumento apresentado pela doutrina tradicional para negar natureza contratual aos convênios refere-se à delegação de serviços públicos. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O convênio não se presta à delegação de serviço público ao particular, porque essa delegação é incompatível com a própria natureza do convênio; na delegação ocorre a transferência de atividade de uma pessoa para outra que não a possui; no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências institucionais comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos.⁴⁸⁵

Sustenta a autora que o convênio seria instrumento de fomento por meio do qual o Poder Público incentivaria o particular a buscar o interesse público. Por essa razão a celebração do convênio entre entidades públicas e particulares não poderia ser confundida com um contrato, que consiste em forma de delegação de serviços públicos.⁴⁸⁶

Todavia, há que se observar que não é requisito essencial do contrato administrativo a delegação de serviços públicos a um particular. Nem todo contrato celebrado pela Administração se identifica com a espécie concessão de serviço público, modalidade regulada especificamente pela Lei nº 8.987/95.

⁴⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 234.

⁴⁸⁶ “Difere do serviço público, porque, neste, o Estado assume como sua uma atividade total ou parcialmente públicas; no fomento, o Estado deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade que traz algum benefício para a coletividade. O incentivo é dado 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 realizem atividades úteis à coletividade, como os clubes desportivos, as instituições beneficentes, as escolas particulares, os hospitais particulares etc.” DI PIETRO, *op. cit.* p. 233. Floriano Marques Neto, por sua vez, entende que nos convênios há delegação de atividade pública de um ente para outro: “No convênio se estabelece uma relação de cooperação em que um ente fornece meios para que o outro exerça suas competências, provendo-o do quanto necessário e transferindo-lhe eventualmente obrigações[...] Naquele (convênio) delega-se o exercício de uma atividade pública de um ente para outro. [...] Quando a Constituição fala em encargos e serviços, temos que nisso ver uma autorização para, no exercício de sua autonomia, um ente descolar o exercício de suas competências (a expressão ‘*encargos*’ não me parece poder ser lida com outro sentido) para outro ente, sem contudo delas renunciar. Eis a derradeira nota: restou com o artigo 241 autorizada a **delegação** – não a renúncia, bem se veja – de competências entre entes da Federação, no âmbito tanto do consórcio público como no tipo especial de convênio (‘convênio de cooperação’) mencionada pela Carta pós EC nº 19.” MARQUES NETO. Parecer jurídico..., p. 22 e 26.

Se o Estado celebra um contrato administrativo de prestação de serviços que tenha por objeto o desenvolvimento de um sistema operacional (*software*) destinado ao controle da arrecadação tributária, não há que se falar em delegação de serviço público à empresa contratada. E não restam dúvidas de que tal contrato seria regulado pela Lei nº 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre contratos administrativos.

Nos contratos de terceirização celebrados pelo Poder Público, visando à contratação de empresas para a prestação das chamadas atividades-meio, também não há delegação de serviços públicos. E nem por isso esses acordos deixam de apresentar natureza contratual.

O que é essencial para a celebração do contrato e também para o convênio é que o Estado e o particular concordem quanto às respectivas prestações e contrapartidas. A única diferença entre os dois institutos é que não se admite a busca do lucro por meio da celebração do convênio, ao passo que os contratos podem ser onerosos ou gratuitos.

E o fato de uma entidade prestar serviços gratuitamente na área da saúde por meio da celebração de um convênio ou exigir contrapartida financeira (lucro) por meio de um contrato não faz com que os dois acordos sejam ontologicamente distintos. Tomando-se por base esse mesmo exemplo, não se pode falar em delegação de serviços públicos no contrato, só porque o particular vai auferir lucro, e exercício de competências próprias se o particular atuar gratuitamente como partícipe de um convênio. A natureza das suas atribuições não se altera, pois, ou ele pode prestar serviços na área da saúde ou não pode; e o fato de buscar lucro ou atuar gratuitamente não afeta a liberdade de iniciativa que lhe foi conferida pela Constituição.

Ademais, não se pode confundir a possibilidade de o particular executar determinadas atividades na iniciativa privada com a prestação de serviços para o Estado, ou mesmo em parceria com o Estado. É nesse sentido que José dos Santos Carvalho Filho sustenta que as atividades do terceiro setor realizadas em parceria com o Estado passam a ter a qualificação de função delegada do Poder Público, visto que se trata de execução por particulares de serviços que beneficiam a coletividade.⁴⁸⁷

⁴⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 382.

De fato, é inegável que o particular pode explorar economicamente os serviços de saúde e educação, sem necessidade de delegação estatal, nos termos dos artigos 199 e 209 da Constituição da República.⁴⁸⁸

Ocorre que tais serviços, como quaisquer outros que se pretendam executados em nome do Estado, devem ser precedidos da anuência do Poder Público. Qualquer particular pode construir um hospital e prestar serviços na área da saúde, mas não haverá, nesse caso, qualquer vinculação com a Administração Pública. Serão constituídas relações privadas de prestação de serviço, regidas pelo direito civil.

As atividades ligadas à construção civil, por exemplo, são também livres à iniciativa privada, de modo que não há necessidade de delegação estatal para o seu desempenho. Mas nenhuma empreiteira poderia pintar as paredes do Palácio do Planalto sem a devida autorização estatal. Poderia um museu, por exemplo, ser construído em decorrência da celebração de um contrato de obra pública ou por meio da celebração de um convênio entre um particular e o Estado. No primeiro caso a obra seria toda paga pelos cofres públicos, ao passo que no segundo poderia uma fundação privada arcar com todos os custos da construção.

Nem o convênio nem o contrato têm como requisito de existência ou de validade a delegação de serviços públicos pelo Estado. Mas tanto no convênio quanto no contrato é imprescindível o consentimento estatal para a prestação de serviços, seja para o Estado, seja com o Estado (colaboração).

⁴⁸⁸ “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º. As instituições privadas poderão participar de forma complementar no sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º. É vedada a destinação de recursos públicos para auxílio ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

“Art. 209 O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I- cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II- autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

4.3.3 Impossibilidade de distinção de convênios e contratos com base na precariedade

A doutrina tradicional nega natureza contratual aos convênios em virtude de sua precariedade, ou seja, devido à liberdade de ingresso e de retirada inerente a cada conveniado. Nesse sentido as lições de Hely Lopes Meirelles, referindo-se ao convênio:

Diante da igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa *cooperação associativa*, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes.⁴⁸⁹

A distinção dos contratos e dos convênios com base na permanência ou precariedade do vínculo entre as partes representa grande equívoco quanto à compreensão não só dos convênios, mas também do próprio instituto do contrato.

Nos contratos celebrados por tempo indeterminado as partes podem rescindir o vínculo a qualquer tempo, exigindo-se tão somente a comunicação prévia para evitar surpresas desagradáveis para a outra parte. Cite-se como exemplo um contrato por tempo indeterminado de prestação de serviços de consultoria jurídica a uma empresa privada. Tanto o escritório de advocacia quanto a empresa cliente podem rescindir o contrato mediante simples comunicação prévia.

O que torna um contrato precário é a possibilidade de uma das partes rescindir o vínculo unilateralmente a qualquer tempo, sem que a ruptura acarrete para a outra parte direito à indenização.

A precariedade, pois, deixa de existir com a fixação de um prazo determinado no contrato, haja vista que as partes passam a ter direito subjetivo às prestações até o advento do termo final.

⁴⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 286. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 231. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, p. 146; FREIRE, Elias. *Direito Administrativo*, p. 342.

Considerando, no entanto, a incidência do regime jurídico-administrativo sobre as relações jurídicas de que o Estado participa, o art. 57 da Lei n. 8.666/93 negou a possibilidade de existirem negócios jurídicos bilaterais de natureza precária, haja vista a vedação de celebração de contratos por tempo indeterminado. Registre-se que a Lei n° 12.349, de 15 de dezembro de 2010, alterou o art. 57, inciso V, da Lei n° 8.666/93, estabelecendo que os contratos celebrados por dispensa de licitação, nas hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24 da mesma Lei, poderão ter vigência pelo prazo determinado de até 120 (cento e vinte) meses.

A celebração de convênios e contratos por prazo determinado foi reforçada pela legislação específica, com a redação modificada pela Lei n° 12.349/2010. Nesse sentido, o art. 1° da Lei n° 8.958/94 passou a exigir que os convênios e contratos celebrados pelas Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) e demais Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs), com as fundações instituídas com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa, fossem celebrados por prazo determinado.⁴⁹⁰

Vale mencionar também que o artigo 3°-A da Lei n° 10.973/04 dispõe que a Financiadora de Estudos e Projetos — FINEP, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico — CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei n° 8.666/93, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às IFES e demais ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no *caput* do art. 1° da Lei n° 8.958/94, com a anuência expressa das instituições apoiadas.⁴⁹¹

⁴⁹⁰ Vale transcrever também o artigo 1.-A da referida lei “Art. 1°-A. A Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP, como secretaria executiva do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento poderão realizar **convênios e contratos**, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, **por prazo determinado**, com as fundações de apoio, com finalidade de dar apoio às IFES e às ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos mencionados no *caput* do art. 1°, com a anuência expressa das instituições apoiadas.” (sem destaques no original).

⁴⁹¹ Vale destacar também o artigo 4° da Lei n° 10.973/04, cuja redação não foi alterada pela Lei n° 12.349/10: “Art. 4° As ICT poderão, mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio: I - compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística; II - permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, desde que tal permissão não interfira diretamente na sua atividade-fim, nem com ela conflite. Parágrafo único. A permissão e o compartilhamento de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo obedecerão às prioridades, critérios e

Como será demonstrado no capítulo seguinte, a vedação de celebração de contratos administrativos por prazo indeterminado aplica-se também aos convênios.

4.3.3.1 A impossibilidade de celebração de permissão de serviço público por tempo indeterminado: a exata compreensão do termo “precariedade” previsto no art. 40 da Lei nº 8.987/95

Em se tratando de análise de prazo no âmbito dos contratos administrativos, nenhum instituto é mais carregado de indefinições e divergências do que a permissão de serviços públicos.

Primeiramente, porque o instituto sempre foi definido como ato administrativo, discricionário, unilateral, com natureza precária e, portanto, passível de revogação a qualquer tempo pela Administração.

Com o advento da Constituição de 1988, a validade da permissão de serviço público passou a ser condicionada à prévia realização de licitação, nos termos do art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

A partir de então, a doutrina passou a reconhecer que não se poderia mais falar em “permissão precária” se fosse instituído um termo final no negócio jurídico celebrado com o particular. Nesse sentido José dos Santos Carvalho Filho:

Embora seja, de regra, inteiramente discricionária, e nesse caso pode ser chamada de simples ou incondicionada, a permissão poderá ser condicionada (também chamada de contratual), quando o próprio Poder Público criar autolimitações, que podem se referir a prazo, razões de revogação, garantias aos permissionários etc. Nessas hipóteses, a discricionariade administrativa sofrerá mitigação, pois que a liberdade de atuação por parte do administrador esbarra nas condições que ele próprio estabeleceu. Exemplo: se uma determinada permissão de uso de bem público é outorgada sem qualquer condição, a Administração é livre para revogá-la. Se, todavia, é garantido o prazo mínimo de um ano, a Administração terá que respeitar tal prazo, pena de, não o

fazendo, possibilitar que o permissionário postule a reparação dos seus prejuízos pela extinção antecipada.⁴⁹²

No intuito de regulamentar o art. 175 da Constituição, foi editada a Lei Federal Ordinária nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a qual trata dos institutos da concessão e permissão de serviço público. A permissão foi então definida na lei:

Art. 2º.[...]

IV- permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

[...]

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

O legislador, assim, reconheceu o instituto da permissão como um *contrato*, afastando a ideia da permissão de serviço público como ato administrativo unilateral.

Mas por outro lado, a Lei nº 8.987/95 continua caracterizando a permissão como instituto precário e revogável, o que criou certa confusão em torno da permissão de serviço público.

A esse respeito, é importante observar a dificuldade do legislador ordinário em definir e caracterizar o instituto da permissão, visto que apesar de ter sido definida como contrato, apresentou-se como característica a sua “revogabilidade unilateral”. Ora, justamente por se tratarem de negócios jurídicos bilaterais, os contratos não são “revogáveis”, mas sim “rescindíveis” ou “resilíveis”.⁴⁹³ Os atos administrativos, justamente por serem unilaterais, é que são passíveis de revogação.

⁴⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 157-158. No mesmo sentido Diógenes Gasparini: “os direitos outorgados por essa espécie de ato são, em tese, precários. Em face dessa característica, a ninguém é dado exigi-la da Administração Pública, conforme decisão proferida pelo STJ por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 72-DF (DJU, 7 ago. 1989) ou impedir sua revogação (RT, 655:176)”, GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, p. 79.

⁴⁹³ “A liberação dos contratantes opera-se, então, por via de *resilição voluntária*. Consiste na dissolução do vínculo contratual, mediante atuação da vontade que a criara. Pode ser *bilateral* ou *unilateral*. [...] A palavra *resilição*, defendida em nome da boa técnica, é a que melhor traduz este fenômeno jurídico, mais significativa do que *resolução* ou *revogação*, cada uma com o seu significado específico.” PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 89.

E nesse contexto é que a permissão é definida como “contrato precário”, contradizendo a clássica distinção entre o ato de permissão — unilateral e precário — e o contrato de concessão — bilateral e não precário.⁴⁹⁴

É que, na verdade, o que torna um contrato precário é a possibilidade de uma das partes rescindir o vínculo unilateralmente a qualquer tempo, sem que a ruptura acarrete para a outra parte direito à indenização.

A precariedade, assim, deixa de existir com a fixação de um termo final no contrato, pois as partes contratantes passam a ter direito à continuidade do vínculo até o prazo final. Qualquer rompimento antecipado acarretará direito de indenização para compensar os prejuízos sofridos pela parte que não lhe deu causa.

Dessa forma, discute-se no âmbito da permissão sobre a conciliação da *natureza contratual* com as qualificações da *precariedade* e da *revogabilidade*, previstas expressamente pelo art. 40 da Lei nº 8.987/95.

Pela interpretação literal da Lei, parte da doutrina entende que se trata de contrato administrativo instituído por prazo indeterminado, de modo que fica mantida a precariedade do instituto. Nesse sentido as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Já na permissão, a precariedade encontra-se na própria origem do ato de outorga; a administração, ao consentir, por ato formal, na outorga da prestação do serviço público ao permissionário, já o faz com a nota da precariedade, o particular que recebe a permissão já sabe que ela é dada a título precário, sem prazo estabelecido, e que, por isso mesmo, pode ser retirado, a todo momento, pela administração, sem qualquer direito a reparação pecuniária.

Ocorre que o regime jurídico-administrativo consagrado pela Constituição de 1988 não admitiria, em hipótese alguma, que a Administração Pública publicasse edital de licitação no intuito de convocar interessados na celebração de contratos administrativos que demandam investimentos, para celebrar vínculo por prazo indeterminado.

⁴⁹⁴ Atenta à impropriedade técnica do legislador quanto à utilização do termo *revogabilidade* para se referir a contrato administrativo, Cristiana Fortini interpreta como possibilidade de rescisão do contrato administrativo: “Ainda que a revogabilidade, forma de extinção de atos discricionários, também esteja inserida no art. 40, preferimos admitir que se trata de impropriedade técnica, sendo possível entender que, ao assim disciplinar, o legislador pretenda falar em rescisão unilateral. Há de se esclarecer que não se pretende ignorar a presença da expressão “revogabilidade unilateral”. Defende-se, apenas, que seja feita a adequação terminológica, visando a respeitar o que mesmo o art. 40 estabelece, consignando que a permissão será instrumentalizada como contrato de adesão”. FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos - Franquia, Concessão, Permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2009, p. 37.

Dependendo de quem fosse o vencedor da licitação, poderia o agente político beneficiá-lo ou prejudicá-lo. Assim, seria possível rescindir (ou “revogar”) o contrato dois meses após o início de sua execução, sem que fosse devida ao contratado qualquer indenização. Mas se o vencedor fosse licitante apadrinhado dos governantes, poderia ter um contrato com a duração até o final do mandato eletivo.

Exatamente por esta razão é que se deve analisar atentamente o art. 175 da Constituição, que consagra a natureza contratual da permissão e ainda menciona a instituição de um prazo final. Como se vê, ao determinar que o legislador estabeleça critérios para a “prorrogação dos contratos” de permissão e de concessão, o Constituinte reconheceu que tais acordos devem ser celebrados por tempo determinado. Não se prorroga um contrato que não tenha um prazo final expirado.⁴⁹⁵

Ademais, a própria Lei nº 8.987/95 esvaziou o conteúdo da dita “precariedade”, ao estabelecer no parágrafo único do mesmo art. 40 que se aplica à permissão “o disposto nesta lei”. Basta, pois, a leitura atenta do texto da lei para perceber que há vários dispositivos incompatíveis com a celebração de contratos por prazo indeterminado e, portanto, com a alegada precariedade.

Nesse sentido o art. 9º, § 4º que estabelece o direito do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro instituído no momento da celebração da avença, o que inclui o lucro auferido pelo prazo de execução do contrato. Observe-se, aliás, que tal garantia já é prevista no art. 37, XXI, da Constituição de 1988.

Merece igual atenção o art. 15, I, que prevê como critério de julgamento das propostas o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado. É evidente que qualquer licitante só tem condições de calcular o valor da tarifa pela prestação do serviço se tiver condições de prever a amortização do investimento por um prazo certo e determinado.

Por fim, registre-se que o art. 18 determina que o edital de licitação estabeleça o objeto, as metas e o prazo do contrato (inciso I). E não se argumente que o inciso I seria aplicável exclusivamente à concessão, haja vista que o comando geral

⁴⁹⁵ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”.

do art. 40, parágrafo único (que determina a aplicação das disposições da lei ao instituto da permissão) foi excepcionado expressamente nas situações em que a Lei nº 8.987/95 não se aplicaria à permissão. Nesse sentido vale citar o inciso XIV do mesmo art. 18, ao tratar da previsão no edital da minuta do contrato de concessão: “XIV - nos casos de concessão, [o edital conterà] a minuta do respectivo contrato, que conterà as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis”.

Não há dúvidas, portanto, que a precariedade do contrato de permissão prevista no art. 40, *caput*, da Lei Federal nº 8.987/95, deve ser entendida como possibilidade de alteração e rescisão unilateral do vínculo, sem prejuízo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, conseqüentemente, da obrigatoriedade de inserção de termo final (normalmente a instituição de prazo no contrato). Trata-se de interpretação, conforme a Constituição, do art. 40 da referida Lei, haja vista a previsão constitucional acerca da “prorrogação dos contratos” e, conseqüentemente, a imposição constitucional de que os contratos sejam celebrados a termo.

Em sentido contrário, Cristiana Fortini defende o reconhecimento da precariedade do instituto da permissão como forma de distingui-la da concessão de serviço público: “do contrário, estaríamos igualando os institutos, raciocínio que, como entendemos, deve ser condenado”.⁴⁹⁶

Ocorre que as interpretações que visam a garantir a distinção entre a concessão e a permissão não podem abrir mão da observância ao regime jurídico-administrativo, em especial o respeito à impessoalidade e à isonomia, que só podem ser observados se o edital de licitação assegurar a todos os interessados as informações sobre a duração do vínculo.

Poderia o legislador ordinário — e seria até melhor que o fizesse — estabelecer distinções entre a permissão e a concessão de serviço público, haja vista o comando constitucional nesse sentido. Seria admissível, por exemplo, que a permissão pudesse ser utilizada para contratos de menor vulto e com prazos mais curtos, ao passo que a concessão seria utilizada para contratos que tivessem objetos mais caros e prazos mais estendidos.

⁴⁹⁶ FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP*, p. 27.

Mas em hipótese alguma poderia o legislador permitir que a Administração Pública controle, livremente, a duração do contrato, visto que se trata de aspecto essencial para a determinação na competitividade do certame licitatório.

Diante do exposto, a permissão de serviço público, prevista no art. 40 da Lei nº 8.987/95, deve ser interpretada como um contrato administrativo a ser celebrado com termo certo, ou seja, por prazo determinado, concebendo-se a precariedade como a mera possibilidade de a Administração rescindir unilateralmente o vínculo, desde que assegure o pagamento de indenização ao contratado na hipótese de comprovação de prejuízos.⁴⁹⁷

4.3.3.2 Impossibilidade de celebração de convênios com natureza precária

Há que se considerar que, mesmo na hipótese de prevalecer o entendimento no sentido de que a permissão de serviço público pode ser celebrada por prazo indeterminado, tal interpretação não atingiria o instituto do convênio.

Como o art. 116 da Lei n. 8.666/93 estabelece a aplicação, aos convênios, daquilo que for compatível, resta evidente a incidência da proibição de celebração de acordos de natureza precária, prevista no art. 57 da mesma lei. Além de ser extremamente compatível com o instituto do convênio, a vedação de contratos sem termo final mostra-se compatível com o próprio art. 116, § 1º, o qual estabelece a obrigatoriedade de elaboração de plano de trabalho e cronograma de desembolso.

O plano de trabalho é a determinação das tarefas a serem executadas pelos partícipes, de modo que o convênio terá a duração necessária e suficiente para o

⁴⁹⁷ Como bem observa José dos Santos Carvalho Filho, a contratualização prevista no art. 40 da Lei nº 8.987/95 acarretou grande aproximação entre a permissão de serviço público e a concessão de serviço público: “A nova postura legal, portanto, descartou a permissão de serviços públicos como ato administrativo, da forma clássica como era considerada. Aliás, com o tratamento estabelecido na lei, fica difícil saber, em termos atuais, quais as linhas diferenciais efetivas que demarcariam a diferença entre a concessão e a permissão de serviços públicos”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 158. Podem ainda ser apontadas pequenas diferenças entre os dois institutos, como: a concessão de serviços públicos exige licitação na modalidade concorrência, ao passo que a permissão exige licitação em qualquer modalidade (art. 2º, II, Lei nº 8.987/95); o contrato de concessão de serviço público só pode ser celebrado com pessoa jurídica, ao passo que o contrato de permissão de serviço público pode ser celebrado com pessoas físicas (art. 2º, II e IV, Lei nº 8.987/95).

cumprimento de tais atividades. O inciso II do § 1º estabelece ainda a necessidade de previsão das “etapas ou fases de execução” e o inciso VI trata da “previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fase programadas”. É evidente a determinação legal acerca da duração do convênio.

Isso significa que o plano de trabalho constitui, na verdade, a instituição de um termo nos convênios celebrados, o que faz nascer o direito recíproco das partes verem o acordo executado até o final. Trata-se de termo incerto, haja vista a inexatidão do momento de expiração do vínculo. Mas não há qualquer dúvida quanto à certeza de que o convênio encerrar-se-á com a conclusão do plano de trabalho.

Observe-se que a classificação do *termo* em *certo* e *incerto* não contradiz a natureza deste elemento accidental do ato jurídico. É que ao mencionar-se termo incerto, cogita-se da exatidão do momento em que o evento realizar-se-á, e não da sua ocorrência, que é sempre certa. É neste aspecto que o termo difere da condição, a qual consiste em evento futuro e incerto. O termo consiste em fato futuro e certo, podendo ser exato (certo) ou inexato (incerto) apenas o momento da realização do fato futuro.⁴⁹⁸

Um prazo determinado no contrato, fixado em dias ou meses, representa a instituição de termo certo, tendo em vista que já está prefixada no tempo sua exata incidência.

O plano de trabalho referente ao convênio, por outro lado, constitui um termo incerto, visto que a execução das atividades pode durar mais ou menos do que fora previsto inicialmente. Logo, sua exata incidência não está prefixada no tempo.

Dessa forma, deve-se concluir que o compromisso assumido pelo particular com o Estado não corresponde a uma mera expectativa de direito, mas sim ao direito subjetivo estabelecido em favor da Administração Pública. A celebração de um convênio envolve a fixação de obrigações para o Estado e para o partícipe privado com o objetivo de atender ao objeto específico delimitado no convênio.

Tanto nos contratos quanto nos convênios entre o Poder Público e instituições privadas existe um acordo de vontades com direitos e obrigações entre as partes, visando a uma finalidade de interesse público.

⁴⁹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, p. 484.

Em face do princípio da motivação e também do princípio da finalidade não poderia a Administração Pública celebrar um convênio se não houvesse necessidade de interesse coletivo a ser atendida. Dessa forma, uma vez celebrado o convênio, fica caracterizado que a sociedade necessita da realização das atividades nele previstas.

Se o particular se compromete com o Poder Público a cumprir as contrapartidas previstas no convênio e abruptamente desiste de cumprir essa obrigação, inevitavelmente suas ações e omissões trarão prejuízos à coletividade. Trata-se de expectativa legítima da sociedade, que passou a contar com o cumprimento das obrigações assumidas pelo convenente. Tais prejuízos podem ser financeiros ou mesmo sociais, haja vista que escolas deixariam de funcionar, hospitais não seriam reformados etc.

Dessa forma, entende-se inconstitucional e ilegal o artigo 61 da portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008, o qual estabelece como cláusula de todo convênios:

Art. 61. O convênio ou contrato de repasse poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente da avença, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.

Parágrafo único: Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio ou contrato de repasse, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de trinta dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.⁴⁹⁹

E não há que se argumentar que a gratuidade da atuação do partícipe privado seria incompatível com o estabelecimento de sanções em face do descumprimento das obrigações previstas num convênio. Basta lembrar que mesmo o contrato de doação, exemplo clássico de negócio gratuito, não admite revogação pelo doador, ressalvadas as taxativas hipóteses previstas no art. 555 e seguintes do Código Civil: “**Art. 555.** A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo”.

⁴⁹⁹ Antes dessa portaria a ilegalidade já existia, haja vista a o inciso X, do art. 7º da Instrução Normativa 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional: “X - a faculdade aos partícipes para denunciá-lo ou rescindi-lo, a qualquer tempo, imputando-se-lhes as responsabilidades das obrigações decorrentes do prazo em que tenham vigido e creditando-se-lhes, igualmente os benefícios adquiridos no mesmo período;”

A possibilidade de rescindir unilateralmente contratos celebrados com prazo certo acarreta, invariavelmente, sanções e responsabilidades à parte que se recusa a cumprir o contrato até seu termo final.

E há que se ressaltar ainda que a possibilidade de rescisão unilateral do vínculo é direito assegurado apenas à Administração Pública, na hipótese em que demonstrar ser a medida imprescindível para a proteção do interesse da coletividade. Ainda que existisse precariedade do vínculo, portanto, seria apenas em favor do Estado, a exemplo do que ocorre com os contratos.

Dessa forma, por consistirem os convênios em espécies de contratos administrativos, torna-se passível de responsabilização a conduta do partícipe privado que, por decisão unilateral, deixar de executar as prestações a que se obrigou por meio do convênio. Aplicam-se, pois, as sanções previstas no artigo 87 da Lei nº. 8.666/93.⁵⁰⁰

O curioso é que as tentativas de se negar natureza contratual aos convênios forçaria que a doutrina tradicional a cair em contradição. Ao atribuir natureza institucional às sociedades, o argumento utilizado é a permanência da instituição e a precariedade do contrato.⁵⁰¹ Por outro lado, ao afirmar que o convênio é precário, diz-se que os contratos são permanentes e duradouros.

Conclui-se, portanto, que em razão da incidência do regime jurídico-administrativo sobre o instituto dos convênios, não se pode afirmar que há livre

⁵⁰⁰ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I-advertência;

II-multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III-suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV-declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III, IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.”

⁵⁰¹ Fran Martins sustenta que as sociedades que se formam mediante contrato têm vida limitada, temporal, enquanto que as outras, institucionais, não estão limitadas à vontade subjetiva de cada sócio, cf: MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*, p. 123.

ingresso e retirada dos partícipes. Como todo e qualquer contrato administrativo, deve o convênio ser celebrado por tempo determinado, de forma a garantir o atendimento das necessidades coletivas consensualmente ajustadas entre o Estado e o particular.

Mas o aspecto mais importante deste item é justamente a impossibilidade de distinção entre o convênio e o contrato em face da precariedade de um instituto e da estabilidade do outro. Quanto à inadmissibilidade de celebração de convênios (e nem de contratos administrativos) de natureza precária, em face do regime jurídico-administrativo, o assunto será retomado no capítulo 5, ao abordar o prazo no convênio.

4.3.4 O convênio como contrato plurilateral

Sob o aspecto estrutural, o convênio será sempre composto por dois ou mais centros de interesses (partes), razão pela qual constitui um negócio jurídico bilateral (plurilateral).⁵⁰²

Importa observar que o presente trabalho não admite a existência de negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais que não possuam natureza contratual.⁵⁰³ E consequentemente, não subsiste qualquer tentativa de se atribuir natureza não contratual ao convênio administrativo por meio de seu enquadramento em um dos institutos a seguir:

a) os atos coletivos, entendidos como negócios jurídicos plurilaterais nos quais os sujeitos buscariam o mesmo fim são, na verdade, contratos. Tendo em vista a evolução da teoria do contrato, desde o Estado Liberal até os dias atuais, entende-se que tanto a figura do ato coletivo (concebido como ato plurilateral), quanto o instituto do ato-união, enquadram-se na definição de contrato;⁵⁰⁴

b) infrutífera também a tentativa de se negar ao convênio natureza contratual sob o argumento de se tratar de acordo de vontade com natureza

⁵⁰² Conforme já exposto no item 2.2.1.1 *O ato jurídico em sentido estrito*, adotou-se no presente trabalho a definição de negócio jurídico apresentada por João Baptista Villela.

⁵⁰³ A esse respeito, vide item 2.2.2. 2 Negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais.

⁵⁰⁴ Vide item 2.3.2. 1. *Ato coletivo*.

institucional (teoria institucionalista de Maurice Hauriou). Faltariam ao convênio os elementos essenciais à formação de toda instituição, como o poder organizado, que se desenvolve por meio da hierarquização interna da instituição;⁵⁰⁵

Concebido como negócio jurídico bilateral (contrato), o convênio pode ser composto por duas ou mais partes. Nada impede que a Administração Pública celebre um convênio com duas diferentes entidades no intuito de atender ao interesse público.

Para que se configure a plurilateralidade, o importante é a possibilidade de o negócio jurídico vir a possuir inúmeras partes, ainda que seja celebrado com apenas duas:

Apesar da ideia que parece transmitir o adjetivo plurilateral, não é essencial para a formação de negócio jurídico plurilateral a presença de mais de dois lados. A constituição de sociedade por duas pessoas, apenas, não bilateraliza o negócio jurídico plurilateral, em razão de que, em tese, é possível o aumento do número de sócios, indefinidamente. Na sociedade é sempre possível a entrada de outros no negócio jurídico, apesar de não haver impedimento de que, *in causa*, os sócios possam estabelecer limitações ou mesmo vedação ao acesso de outros à sociedade.⁵⁰⁶

Portanto, sob o aspecto estrutural, o convênio será sempre um negócio bilateral (plurilateral), razão pela qual é definido como uma espécie de contrato.⁵⁰⁷

Nesse sentido, vale transcrever o que anotou Marçal Justen Filho:

O convênio é uma manifestação contratual. Por isso, os princípios basilares contidos na legislação sobre contratações administrativas deverão ser obrigatoriamente

⁵⁰⁵ Vide item 2.3.2. 3. *Instituição*.

⁵⁰⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 205.

⁵⁰⁷ Sobre a natureza contratual dos convênios e dos consórcios administrativos, leciona Floriano Marques Neto: “Os consórcios públicos têm natureza contratual, ainda que sua constituição demande também a prática de outros atos entre os quais a manifestação legislativa ratificadora. Inobstante, é patente o caráter negocial, de estipulação de obrigações recíprocas que a constituição destes entes consorciais envolve. O artigo 241 [...] alterou profundamente o regime sobre o qual se afirmava a tradicional doutrina administrativista acerca de convênios e consórcios. A partir da EC nº 19 arrisco-me a dizer que os consórcios não só podem como devem ser constituídos por contrato, no âmbito do qual as partes consorciadas (entes da Federação com interesses convergentes) tanto estipulem a repartição entre si e em favor do consórcio de encargos, como as transferências de encargos, bens, pessoal e serviços (em suma: de obrigações em face destes). Parece-me, pois, indeclinável a natureza contratual do ato de constituição desta nova figura consorcial.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parecer jurídico endereçado ao Ministério das Cidades, relativo à constitucionalidade do Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional com o condão de regulamentar, por lei nacional, o instituto dos Consórcios Públicos. No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer jurídico endereçado ao Ministério das Cidades, relativo à constitucionalidade do Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional com o condão de regulamentar, por lei nacional, o instituto dos Consórcios Públicos.

observados mesmo quando o vínculo jurídico se estabelecer entre órgãos estatais diversos, ainda quando não integrantes do Poder Executivo.⁵⁰⁸

Para classificar o convênio quanto à eficácia, deve-se indagar o número de partes que assumem obrigações. Como todas as partes do convênio obrigam-se no intuito de atender ao objeto do ajuste, conclui-se que o convênio será sempre um negócio plurilateral quanto à eficácia. Será, pois, um contrato plurilateral.⁵⁰⁹

Demonstrada a natureza contratual dos convênios administrativos, deve-se observar que a Lei nº 8.666/93 estabelece um regime jurídico específico para o instituto: “Art.116. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”

Assim, a Lei Geral de Licitações consagra o convênio como uma espécie de contrato, aplicando-se-lhe subsidiariamente as disposições referentes aos demais contratos administrativos.⁵¹⁰

A expressão “no que couber” disposta no *caput* do art. 116 demonstra que a Lei nº 8.666/93 traça efeitos gerais para determinados contratos administrativos (contrato de obras, serviços etc.), de modo que “caberá” tudo aquilo que não for contrariado expressamente pelos dispositivos legais acerca dos convênios. Tudo que puder ser aplicado aos convênios sem que acarrete contradição com as normas específicas do art. 116 estará abrangido pela expressão “no que couber”.⁵¹¹

⁵⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 954. Em obra diversa, o autor ratifica sua posição quanto à natureza contratual dos convênios: “[...] o convênio é uma manifestação contratual. Não existe, no campo da Teoria Geral do Direito, uma categoria de ato jurídico específica e autônoma, denominada *convênio*, que seja diversa e distinta do contrato. A utilização da expressão *convênio*, no âmbito do Direito Administrativo, reflete a intenção de evitar confusão com as avenças tradicionalmente praticadas entre a Administração Pública e particulares. [...] o convênio se configura como uma espécie de contrato plurilateral.” JUSTEN FILHO, Marçal. Parecer jurídico endereçado ao Ministério das Cidades, relativo à constitucionalidade do Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional com o condão de regulamentar, por lei nacional, o instituto dos Consórcios Públicos.

⁵⁰⁹ Acerca dos contratos plurilaterais, quanto à sua eficácia, vide PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 245.

⁵¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 952-953. Em outra oportunidade, anota o autor: “No entanto e rigorosamente, o convênio é uma manifestação contratual. Não existe, no campo da Teoria Geral do Direito, uma categoria de ato jurídico específica e autônoma, denominada *convênio*, que seja diversa e distinta do contrato.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, p. 26.

⁵¹¹ Cumpre observar que enquanto a expressão “no que couber” for interpretada como “nada cabe”, o convênio continuará sendo compreendido como um protocolo de intenções: “Os convênios, a seu turno, *não obrigam as partes a nada*, mas apenas indicam a sua recíproca intenção de colaborar em algum assunto de interesse comum. Se por alguma razão imperiosa, e ou se porque simplesmente mudou de ideia, uma parte no convênio decide não

O convênio é um contrato administrativo com cláusulas especificamente previstas no art. 116, que dispõem sobre a execução do ajuste de acordo com um plano de trabalho pré-estabelecido, com repasses financeiros realizados gradativamente pela Administração Pública (conforme cronograma de desembolso), para que o particular execute as atividades estabelecidas.

A principal peculiaridade do convênio, no entanto, não é prevista expressamente na Lei de Licitações, e diz respeito à impossibilidade de o particular ser remunerado pela execução do convênio. Em outras palavras, o convênio é uma espécie de contrato administrativo em que o contratado (partícipe) não pode auferir lucro.

Importa destacar que apesar de ser forte defensor da natureza não contratual dos contratos administrativos⁵¹², Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se aos convênios celebrados entre entidades da Administração Pública como acordo de natureza contratual. Consequentemente, leciona o autor, aplicam-se aos convênios administrativos os cânones referentes à interpretação dos contratos:

O problema proposto cinge-se, no que tem de nodular, ao tema da interpretação contratual. Com efeito, um convênio é um contrato entre partes de direito público. Ora, o que está em pauta é saber-se como, ante os convênios e aditivo **sub examine**, devem ser considerados compostos os direitos dos contratantes.

Cumpra, então, liminarmente, encarecer algumas noções singelas, porém básicas para todo esforço de interpretação contratual. Por este meio alumbram-se os fundamentos que inspiram o instituto jurídico do contrato e extraem-se vetores que servirão de guia

mais manter-se conveniada, então sai livre e desimpedidamente do convênio, sem com isso violar regra alguma de direito, e sem permitir com isso qualquer objeção juridicamente reclamável pela outra parte.” Completa o autor: “A Lei nº 8.666 *nada tem com convênios, nem como lei de licitações que é, jamais deveria ter falado desse assunto*, como alegre e despreocupadamente fez no art. 116. O art. 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 dos convênios já eram celebrados com base aproximada naquele roteiro mais do que *natural*. O art.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 mesmo, e o direito também. Ninguém se iluda que o art. 116 da lei de licitações, talvez imaginado 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 nisso acredita fá-lo por absoluta desinformação e desconhecimento histórico do instituto.” RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Desmistificando os convênios*, p. 01-03.

⁵¹² Sobre o posicionamento do autor acerca da natureza não contratual dos contratos administrativos, vide BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 618-619. Nas últimas edições, no entanto, o autor passa a cogitar a natureza contratual dos contratos administrativos, deixando claro que os convênios são espécies de contratos: “O contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: 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. Estes últimos são os contratos que originam as associações, as sociedades. Os do primeiro tipo são todos os demais contratos. A Lei de Contratos Administrativos cogita desta última espécie. Já os convênios e os consórcios correspondem a contratos do segundo tipo – ou seja, daqueles em que as partes têm interesses e finalidades comuns”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 663-664.

para a inteligência das relações desta natureza, orientando, pois, a exegese reclamada para o caso vertente.⁵¹³

Passa-se a analisar no próximo capítulo, assim, o regime jurídico dos convênios celebrados entre os entes públicos e também entre a Administração Pública e os particulares.

⁵¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Interesse público primário e secundário _ Convênio entre União e Estado _ Dever de indenização, p. 56.

5. REGIME JURÍDICO DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

5.1. Introdução

Depois de estabelecidas as premissas necessárias à determinação do regime jurídico dos convênios administrativos, o presente trabalho passa a analisar especificamente os principais aspectos dessas parcerias celebradas entre entes públicos e entre o Estado e instituições privadas sem finalidade lucrativa.

Serão consideradas as conclusões dos capítulos anteriores, de modo que pode ser necessária a releitura de alguns itens específicos para acompanhar as discussões introduzidas neste capítulo cinco.

Dessa forma, vários aspectos do regime jurídico dos convênios serão analisados distintamente se o vínculo for celebrado entre entidades públicas ou se existir uma entidade privada em um dos pólos da relação jurídica. Cite-se como exemplo a realização de licitação como requisito de validade dos convênios, o que só será exigido na hipótese de ser celebrado um convênio entre a Administração e um particular. Esta mesma lógica será seguida, por exemplo, quando da análise da possibilidade de rescisão do convênio, como também no que se refere à aplicação de sanções pelo conveniente.

Ao analisar o regime jurídico dos convênios entre o Poder Público e uma instituição privada, deve-se compreender que se trata de acordo em que o particular não auferirá lucro em decorrência das atividades desempenhadas, o que retrata a disposição desse parceiro privado de atender ao interesse coletivo.

É necessário considerar, por outro lado, que a inexistência de vantagem direta para o particular não significa a inviabilidade de competição entre as várias instituições potencialmente interessadas na celebração do convênio. Não se pode admitir, igualmente, que os interesses institucionais de cada entidade privada sejam, necessariamente, os mesmos objetivos que a Administração Pública deve perseguir no caso concreto, haja vista que o particular orienta-se pela autonomia privada e pela livre

iniciativa, ao passo que ao Estado cabe ponderar entre os diversos princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico-constitucional (vide item 3.4.4).

Outro aspecto muito discutido no capítulo 4 diz respeito à natureza contratual dos convênios administrativos, que é adotada como premissa fundamental a partir deste ponto. De fato, a aceitação do convênio como espécie de contrato administrativo atrai a incidência de todas as regras e princípios não contrariados pelas disposições específicas do art. 116 da Lei nº 8.666/93.

Por fim, há acordos previstos pela legislação específica que possuem natureza de convênios, como contratos de gestão, termos de parceria e eventuais outros institutos criados por leis específicas no intuito de regular os acordos celebrados entre entes públicos e instituições sem fins lucrativos para atender a objetivos comuns. Nesse caso, não há dúvidas de que o regime jurídico dos convênios terá plena aplicabilidade aos demais acordos acima citados.

O grande desafio a ser enfrentado na análise crítica do regime jurídico dos convênios administrativos diz respeito à implementação de um controle burocrático⁵¹⁴, tal como vigente para os contratos administrativos em geral, na contramão do que vem sendo praticado pela Administração Pública brasileira há várias décadas.

Não há dúvidas de que questões como a imposição de licitação para a escolha dos partícipes dos convênios, a exigência de documentos necessários à habilitação dos interessados, a impossibilidade de o partícipe privado rescindir o vínculo unilateralmente, despertarão o sentimento de resistência e de antipatia de muitos juristas especializados no direito público.

Apesar de todo o “incômodo” que pode surgir para os agentes públicos responsáveis pela celebração e gestão de convênios administrativos, como também

⁵¹⁴ A expressão *controle burocrático* é utilizada no sentido de controle formal, de meios, em contrapartida ao controle de resultados. Trata-se de expressão consagrada no Brasil a partir da reforma administrativa veiculada pelo ex-Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira: “A adoção da Reforma Gerencial por partidos políticos independentemente de sua cor ideológica não é surpreendente, porque a Reforma Gerencial é a segunda reforma histórica do aparelho do estado moderno. A primeira foi a Reforma Burocrática, e ocorreu nos países avançados na segunda metade do século XIX; seu objetivo era tornar profissional e efetivo um Estado Liberal pequeno. A Reforma Gerencial ocorreu a partir dos anos 1980, no quadro da democracia, para dar conta de um Estado Social muito maior em termos de número de funcionários e de despesa pública. Ela partia dos avanços logrados pela primeira, mas seu objetivo não era mais somente tornar a ação do estado mais efetiva, mas também torná-la eficiente na área social e científica que emprega um grande número trabalhadores cujas atividades não são exclusivas de estado”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial*. In: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2008/07.17.DemocraciaEstadoSocialER ReformaGerencial.28.2.08.pdf>. Acesso em: 10/11/2010.

para os diretores e administradores de organizações não governamentais habituados a receber verbas públicas por meio de tais acordos, deve-se reiterar o compromisso do presente trabalho com a ciência jurídica e com o regime jurídico-administrativo consagrado pela Constituição de 1988.

É nesse sentido que se propõe a revisão do regime jurídico aplicável aos convênios administrativos em face dos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade, da moralidade administrativa, como também da exigência de realização de licitação para a celebração de contratos administrativos (art. 37, XXI).

Feitas essas considerações iniciais, passa-se a analisar o regime jurídico dos convênios, em especial a interpretação da expressão “no que couber”, prevista no citado art. 116 da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

5.2. Espécies de convênios administrativos

Como espécie de contratos administrativos, exige-se como requisito à celebração de convênios que o Estado esteja em pelo menos um dos pólos da relação. Se a Administração Pública não for parte no vínculo, o acordo de vontades celebrado será um contrato privado, celebrado entre particulares, o que afasta o interesse do direito administrativo na matéria.

Diógenes Gasparini sustenta que é requisito no convênio que “pelo menos um dos partícipes seja pessoa jurídica de direito público”.⁵¹⁵

Contudo, entende-se que não assiste razão ao autor, haja vista a possibilidade de celebração de convênios entre um particular e pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta ou controladas pelo Poder Público. Adota-se, pois, o critério estabelecido no art. 1º da própria Lei nº 8.666/93:

Art. 1º (*omissis*)

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as

⁵¹⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, p. 376.

empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, não há dúvidas sobre a exigência de um dos partícipes ser entidade integrante da Administração Pública ou por ela controlada. Há que se considerar, no entanto, que, a depender da natureza do outro partícipe, o regime jurídico do convênio sofrerá alterações.

Por esta razão, entende-se imprescindível classificar os convênios em convênios públicos e convênios público-privados, em sentido semelhante à terminologia apresentada por Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires.⁵¹⁶

A divergência entre a construção desses autores e a classificação aqui proposta diz respeito ao convênio público-privado, que, neste trabalho, é o convênio celebrado entre a Administração e um particular, ao passo que os professores citados denominam convênio privado o acordo celebrado entre dois entes privados. A crítica que se apresenta à classificação proposta por eles baseia-se na inexistência de convênio administrativo quando se tratar de ajuste entre particulares, regidos única e exclusivamente pela autonomia privada, hipótese em que o vínculo deve ser tratado como contrato privado, regido pelo direito civil.

Lado outro, o presente trabalho entende importante também separar os convênios financeiros, em que há transferência de recursos de um partícipe a outro, dos convênios não financeiros, hipótese em que a cooperação entre os partícipes prescinde de qualquer transação de natureza pecuniária.

A abordagem em separado das aludidas espécies de convênios faz-se importante em virtude de nenhuma das normas legais aplicáveis diferenciarem o regime jurídico daqueles convênios firmados entre entes públicos e entre estes e entidades privadas, ou mesmo distinção entre os convênios em que há repasses financeiros e os convênios em que não há transferência de recursos públicos.

5.2.1 Convênios Públicos

⁵¹⁶ RIBEIRO, Jorge Miranda; PIRES, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e poder judiciário, recomendações*, p. 35.

Convênio público (ou convênio público-público) é o acordo de vontades celebrado entre entes estatais sob regime de mútua cooperação, no intuito de atender a objetivos de competência comum. São muito comuns os convênios entre a União e Estados no intuito de realizar grandes obras viárias, como duplicação de avenidas e construção de viadutos.

Ao contrário do que sustentam Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires, não se considera requisito do convênio o “repasso de recursos financeiros advindos do orçamento”.⁵¹⁷

Entende-se, pois, plenamente possível a celebração de convênios que não envolvam transferências de dinheiro entre entes públicos. É o que ocorre, por exemplo, nos convênios entre a Receita Federal e Secretarias de Fazenda Estaduais e Municipais, celebrados no intuito de unificar dados fiscais dos contribuintes, reduzindo-se a evasão fiscal.

5.2.2 Convênios público-privados

Convênio público-privado é aquele firmado entre a Administração Pública e uma entidade privada, sem que o particular possa auferir lucro em decorrência das atividades desempenhadas no intuito de atender aos objetivos pactuados.

Como bem observa Sérgio Ciqueira Rossi, não obstante tenha sido criado historicamente como um modelo a ser celebrado entre entes de direito público, o convênio também pode aproveitar entidades privadas, “figurando como uma das mais usuais formas de participação da sociedade civil na execução de atividades públicas”.⁵¹⁸

⁵¹⁷ RIBEIRO, Jorge Miranda; PIRES, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e poder judiciário, recomendações*, p. 35.

⁵¹⁸ ROSSI, Sérgio Ciqueira; CASTRO JR., Sérgio de. Convênios: Características principais e aspectos de interesse. *BLC - Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo, n.º 5, p. 462-466, maio 2006, p. 436.

Nessa hipótese, não estará ocorrendo *delegação* de serviços públicos, mas tão-somente *fomento* a uma atividade privada que, direta ou indiretamente, contribui para o interesse público.⁵¹⁹

Trata-se dos convênios celebrados entre o Estado e as organizações não governamentais integrantes do terceiro setor, como associações de proteção a crianças com câncer, associações que atuam na defesa de pessoas com deficiência visual etc.

Importa esclarecer que a referência a entidade privada não inclui as pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta, nem as entidades controladas pelo Estado, haja vista que nessas hipóteses o convênio será público (convênio entre entes estatais).⁵²⁰

Cumprе observar também que os convênios privados não podem ser confundidos com acordos de vontade celebrados entre particulares, tendo em vista que é imprescindível a presença da Administração em um dos pólos da relação para que o acordo de vontades seja considerado convênio.⁵²¹

Por outro lado, conforme já demonstrado nos capítulos anteriores, entende-se possível a celebração de convênios entre a Administração e pessoas privadas cujo contrato social admita a busca do lucro (vide especificamente item “3.4.2.1-A possibilidade de entidades com finalidade lucrativa celebrarem convênios administrativos”).

É possível, no entanto, que os entes federativos estabeleçam incentivos ou restrições para a celebração de convênios no âmbito da atividade administrativa de fomento. É nesse sentido que o art. 5, II, da Instrução Normativa nº 01/97 da Secretaria do Tesouro Nacional, proíbe a concessão de auxílio, contribuição ou subvenção a entidades que tenham finalidade lucrativa. Como a atividade administrativa de fomento depende do juízo político de cada ente federativo, não há dúvidas de que a vedação de celebração de convênios com empresas, instituída pelos

⁵¹⁹ ROSSI, Sérgio Ciqueira. CASTRO JR., Sérgio de. *op. cit.* p. 436.

⁵²⁰ Vale ressaltar que as entidades de direito privado integrantes da Administração Indireta criadas para a exploração de atividade econômica, nos termos do art. 173 da CR/88, não firmam convênios públicos, mas sim público-privados, tendo em vista que seu regime jurídico equipara-se ao das empresas privadas criadas por particulares.

⁵²¹ Em sentido contrário: RIBEIRO, Jorge Miranda; PIRES, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e poder judiciário, recomendações*, p. 35.

atos normativos infralegais editados pela União (como o art. 6º, V da Portaria Interministerial 127/08), aplica-se apenas no âmbito federal.

Não se pode confundir a celebração de convênios com empresas privadas e a destinação de subvenções e auxílios a entidades com finalidade lucrativa, o que seria vedado pelo art. 199, § 2º da Constituição de 1988. O que é vedado pela Constituição é o repasse financeiro visando ao custeio das empresas privadas (o que caracteriza a subvenção e o auxílio), e não a transferência financeira vinculada ao atendimento dos objetivos do convênio.⁵²²

Na hipótese da subvenção, o Poder Público sustenta uma entidade privada que tem dificuldades econômicas para pagar suas despesas permanentes (custeio), ao passo que, na celebração de convênios, o Estado conta com uma entidade privada disposta a atuar em um interesse público, sem receber vantagens financeiras por isso.

Por esta razão, não existe, *a priori*, qualquer ilícito na celebração de um convênio entre um Estado e a empresa Coca-cola, se esta última se dispuser a realizar gratuitamente uma atividade de interesse público. Um exemplo seria um convênio em que a Coca-cola se dispusesse a distribuir, gratuitamente, panfletos e cartazes fornecidos pela Secretaria de Saúde. Como a empresa entrega refrigerantes nos mais remotos lugares, seria extremamente válido para o interesse público contar com tamanha rede de distribuição sem qualquer custo financeiro.

Observe-se, por fim, que mesmo a possibilidade de as pessoas políticas estabelecerem incentivos e restrições a segmentos da sociedade, no âmbito da atividade de fomento, encontra limites impostos pelo princípio da isonomia. Portanto, qualquer tratamento diferenciado atribuído às entidades sem finalidade lucrativa que não se mostre adequado e necessário para atingir a igualdade em seu sentido substancial será considerado inconstitucional.⁵²³

⁵²² “Importa que o objetivo, o interesse seja comum, e que não haja intenção de auferir lucro por meio da celebração de convênio. Tanto é assim que é vedado ‘destinar recursos públicos como contribuições, auxílios ou subvenções às instituições privadas *com fins lucrativo*’ (grifamos), conforme art. 5º, II, da Instrução Normativa n.º 1/STN/97”. CANDEIA, Remilson Soares. *Convênios celebrados com a União e suas prestações de contas*, p. 50.

⁵²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21.

5.2.3. Convênios financeiros e convênios não financeiros

Considerando que o convênio representa modalidade de acordo em que ambos os partícipes devem somar esforços para atingir os fins pretendidos, é natural que haja contribuições mútuas.

Normalmente, o convênio envolve repasses financeiros de uma entidade a outra, que será a gestora dos recursos transferidos, no intuito de atender ao objetivo almejado, o que ensejou a inclusão, no art. 1º, § 1º do Decreto nº 6.170/07, da transferência de recursos financeiros como característica essencial do convênio:

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos 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, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a 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” (sem destaque no original).

Embora seja realmente usual o repasse financeiro nos convênios, nada impede que entes públicos celebrem convênios visando à troca de informações ou mesmo a disponibilização mútua de equipamentos.⁵²⁴ Nesse sentido, poderia ser celebrado um convênio entre a Polícia Militar do Estado de São Paulo e a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, sem que houvesse transferências financeiras, tendo como objetivo a captura de determinado criminoso que atua nos dois estados.

O Decreto nº 6.170/07, no entanto, além de presumir a movimentação financeira em todos os convênios, pressupõe ainda que a União sempre realizará o repasse e o outro partícipe receberá o dinheiro e fará a gestão dos recursos. É o que se depreende das definições de “concedente” e “conveniente”, dispostas no art. 1º, § 1º do Decreto nº 6.170/07:

⁵²⁴ “Quanto à *onerosidade* dos convênios, podem esses acordos de vontade envolver repasses de verbas de uma parte para outra ou não envolver repasse algum, constituído-se tão-somente de serviços que uma parte presta à outra, ou que reciprocamente as partes prestam entre si, ou, ainda, que ambas prestam à coletividade, cada qual incumbindo-se de algo.” RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Desmistificando os convênios*, p. 01.

IV - concedente - órgão da Administração Pública federal direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos financeiros ou pela descentralização dos créditos orçamentários destinados à execução do objeto do convênio;

VI - conveniente - órgão ou entidade da Administração Pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, bem como entidade privada sem fins lucrativos, com o qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio.

Na verdade, as normas especificamente previstas para os convênios presumem a transferência de recursos financeiros. É nesse sentido que se fala em exigência de cronograma de desembolso, bem como em exigência de contrapartida, ou ainda no dever de licitar para celebrar contratos com a verba recebida por meio de convênios com a União.

Assim, o art. 116, § 1º, incisos IV e V da Lei nº 8.666/93, estabelecem como requisito de validade do convênio que sejam apresentados plano de aplicação dos recursos financeiros recebidos e cronograma financeiro. Trata-se de instrumento técnico-financeiro que permite ao ente estatal responsável pelo repasse dos valores que planeje a sua ordenação de despesas, na medida da necessidade do plano de trabalho do convênio. Além disso, o cronograma financeiro serve como mecanismo de controle, na medida em que obriga o partícipe gestor da verba a detalhar os gastos não só em função das despesas a serem realizadas, mas também do momento em que o dinheiro será utilizado.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (L. C. 101/00), no art. 25, § 1º, 'd', impõe que o partícipe tenha previsão orçamentária para pagamento da contrapartida como condição das transferências voluntárias.

Também sobre o repasse de recursos públicos, o art. 11 do Decreto nº 6.170/07 estabelece que o partícipe deve observar os princípios constitucionais da Administração Pública para gastar a verba recebida do Governo Federal.

Dessa forma, considerando que não é absoluta a presunção normativa da transferência de recursos em todos os convênios, propõe-se a classificação em convênios financeiros e convênios não financeiros.⁵²⁵

⁵²⁵ Nesse sentido as lições do Professor Floriano Marques Neto: “Não há apenas um tipo de convênio, mas vários. Por exemplo, o convênio previsto no art. 116 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, trata-se do *convênio de repasse de recursos*, muito diferente, por exemplo, de um *convênio de mera cooperação técnica* ou

Os convênios financeiros envolvem a transferência de recursos de natureza pecuniária de um partícipe para outro. Trata-se de instrumento de descentralização administrativa utilizado entre entes públicos ou mesmo entre um ente da Administração Pública e um particular. Hipoteticamente, tome-se como exemplo um convênio administrativo celebrado entre a União e o Município de Jundiaí-SP, no intuito de viabilizar a construção de um hospital público de grande porte. Poderá a União transferir a verba necessária para a construção do hospital, ao passo que ao município incumbiria a gestão e aplicação dos recursos, incluindo-se a disponibilização da mão-de-obra necessária para administrar e fiscalizar a execução da obra.

Já os convênios não financeiros não envolvem a transferência de recursos entre os partícipes. Novamente em caráter hipotético, poderia ser citada como exemplo a celebração de um convênio entre o Estado da Bahia e o Município de Salvador, com o objetivo de unir esforços para evitar a sonegação fiscal. Nesse caso, os auditores fiscais estaduais e municipais partilhariam informações e redes de contatos no intuito de coibir fraudes que atentem contra a fiscalização tributária.

Assim, a interpretação da expressão “no que couber” prevista no art. 116, *caput*, da Lei nº 8.666/93, deve também levar em consideração a natureza do convênio como financeiro ou não financeiro.

Dessa forma, em se tratando de convênios não financeiros, algumas exigências impostas pelas normas legais e infralegais não terão aplicabilidade. Na linguagem do art. 116, *caput*, “não cabe” exigir a elaboração de cronograma de desembolso ou de plano de aplicação de recursos se não houver repasse. Também não há que se falar em exigência de contrapartida (contraprestação), se não há prestação (transferência de recursos). No mesmo diapasão, na hipótese de se tratar de convênio não financeiro, não se pode cogitar da realização de seleção entre fornecedores como requisito para a celebração de contratos com as verbas recebidas do Governo Federal, visto que não há dinheiro a ser gasto pelo partícipe.

de delegação do exercício de competência; é, portanto, um erro aplicar o regime administrativo-financeiro do primeiro quando se está em face de um dos dois últimos”. MARQUES NETO. Os Consórcios Públicos, p. 7.

Vale ressaltar, por fim, que os convênios não financeiros não se confundem com contratos privados de doação simples, em que o particular figura como doador e a Administração Pública como donatária. Os convênios administrativos pressupõem atribuições para todos os partícipes que integram a relação jurídica, ao passo que a doação, por ser contrato unilateral, prevê obrigações para apenas uma das partes (vide item 4.2.3.3.1 - *Contratos unilaterais, bilaterais e plurilaterais — formação e eficácia*).

5.3. Os convênios no direito positivo brasileiro

Os convênios administrativos são tratados no ordenamento jurídico brasileiro de maneira interdisciplinar. Assim, enquanto o direito administrativo preocupa-se com o aspecto formal do negócio jurídico (como procedimento e requisitos de validade), ao direito financeiro interessam as questões referentes aos repasses financeiros realizados pelos entes públicos.

De modo a compreender, pois, as regras que regem o instituto, é imperioso traçar as bases constitucionais, infraconstitucionais e infralegais acerca dos convênios administrativos.

De início, é de se destacar que a Constituição da República de 1988 dispõe, no seu art. 22, XXVII, ser da competência da União Federal editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Como o convênio é uma das espécies de contrato administrativo, cabe à União editar normas gerais sobre o instituto dos convênios.

Ainda no plano constitucional, o art. 23, no seu parágrafo único e o art. 241, estabelecem, respectivamente, a possibilidade de os entes da Administração Pública firmarem acordos de cooperação e consórcios públicos. Nesse ponto, o constituinte deixa clara a ideia de federalismo cooperativo, ao permitir que entes federados, por meio de convênio, atuem conjuntamente no intuito de desempenhar atividades públicas de interesse comum.

Ademais, é na própria Constituição que se encontra expresso o dever de licitar também quando da celebração de convênios, uma vez que o art. 37, XXI, estabelece o certame público como regra a ser seguida em todas as contratações administrativas, sem excluir aquelas em que o objetivo seja a cooperação mútua entre os entes.

Referem-se ainda ao convênio administrativo os artigos 39, § 2º; 71, VI, e 199, § 1º, da Constituição Federal e o art. 34, § 8º, do ADCT. Não há no texto constitucional, contudo, dispositivo que defina o instituto dos convênios administrativos.

Desse modo, é na Lei nº 8.666/93, que dispõe acerca das regras gerais sobre licitações e contratos administrativos, que se deve buscar a regulamentação específica referente aos convênios. Com efeito, é o art. 116 da Lei de Licitações que se estabelece um roteiro a ser seguido para a correta formalização dos convênios, bem como os possíveis conteúdos do ajuste.⁵²⁶

De fato, nesse dispositivo legal encontram-se enumerados alguns requisitos de validade que devem ser observados por todos aqueles que firmam o acordo.

Assim, em todo convênio, nos termos do § 1º do art. 116, deve ser aprovado plano de trabalho, do qual deve ser dada ciência à Casa Legislativa do respectivo ente concedente, como determinado pelo § 2º. O art. 116, § 4º, enumera ainda as possíveis irregularidades que possam vir a ocorrer no caso dos convênios, as quais admitem a retenção das verbas a serem repassadas até que os vícios apontados sejam sanados.

Além disso, não é demais lembrar que é no art. 116 que se determina a aplicação, aos convênios, das regras inerentes aos contratos administrativos, apenas “no que couber”.

É de se destacar também a possibilidade de aplicação da Lei nº 10.520/02, na hipótese serem precedidos de licitação na modalidade pregão.

Outro diploma normativo que merece ser mencionado é a Lei nº 11.107/05, que regulamenta o art. 241 da Constituição e dispõe acerca dos consórcios públicos. Com efeito, além de os consórcios públicos estarem autorizados a celebrar convênios,

⁵²⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Desmitificando os convênios*, p. 676.

(art. 2º, I), a Lei nº. 11.107/05 trata ainda dos convênios de cooperação que, na verdade, são os mesmos convênios administrativos. A Lei dos Consórcios Públicos foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.017/07, o qual trata também do instituto dos convênios.

Sob a ótica das transferências de recursos financeiros realizadas por meio dos convênios, deve-se mencionar inicialmente que o art. 24, I, da Constituição confere à União competência para legislar acerca de normas gerais de direito financeiro.

Assim, cabe à União estabelecer normas gerais acerca das transferências voluntárias, subvenções, auxílios e contribuições e, aos Estados e ao Distrito Federal, cabe o papel de suplementar essas regras gerais.

Desse modo, a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estabelece normas gerais sobre finanças públicas, dispõe, em seus artigos 12 e 16, a respeito das subvenções econômicas e sociais, bem como sobre as contribuições e auxílios.

Já a Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, trata nos artigos 25 e 26 das “transferências voluntárias” realizadas em benefício de outros entes da federação.

É importante observar que, em relação às normas gerais de direito financeiro e de direito administrativo, o Presidente da República tem a prerrogativa de regulamentar as disposições legais sobre os convênios administrativos, nos termos do art. 84, IV, da Constituição.

Nesse contexto, foi recepcionado pela Carta de 1988 o Decreto n.º 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que havia sido editado com o propósito de regulamentar as práticas financeiras no âmbito federal, incluindo disposições sobre convênios administrativos.

Posteriormente, vale destacar a Instrução Normativa nº 1, de 15 de janeiro de 1997, editada pela Secretaria do Tesouro Nacional, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências. O Tesouro Nacional constitui órgão central do Sistema de Administração Financeira Federal e do Sistema de Contabilidade Federal. O fundamento de competência para a edição da IN n.º 1/1997 foi retirado das

atribuições dadas pela Portaria MF/GM n.º 71, de 08 de abril de 1996, em conjunto com o que estabelece o artigo 155 do Decreto 93.972/86 e o artigo 9.º do Decreto 1.745 de 1995.⁵²⁷

Assim, a IN/STN n.º 01/97 estabeleceu requisitos e procedimentos para a celebração, formalização, execução e prestação de contas no plano dos convênios.

Posteriormente, o Decreto Federal n.º 5.504, de 05 de maio de 2005, instituiu a obrigação de licitar para as entidades, públicas e privadas, que recebessem recursos federais em decorrência da celebração de convênios.

Dois anos depois, foi editado o Decreto n.º 6.170, de 25 de julho de 2007, que revogou parcialmente o Decreto 5.504/2005, especialmente no tocante ao dever de realizar licitação para gastar o dinheiro recebido por meio de convênios administrativos. O Decreto n.º 6.170/07 também revogou parcialmente o Decreto n.º 6.017/07, em especial no aspecto em que este último exigia (inconstitucionalmente) autorização legislativa como condição de validade dos convênios de cooperação.

Com a edição do Decreto n.º 6.170/07, o convênio teve seu âmbito de atuação ampliado, haja vista que além da prestação de serviços, passou a poder ser utilizado também para a “aquisição de bens” e “realização de obra”.⁵²⁸

⁵²⁷ “Art. 155. A Secretaria do Tesouro Nacional, sem prejuízo das atribuições conferidas à Secretaria de Planejamento da Presidência da República, é competente para instituir formulários e modelos de documentos de empenho, liquidação e pagamento de despesas, e outros que se tornarem indispensáveis à execução orçamentária e financeira da União, *bem como a expedir as instruções que se tornarem necessárias à execução deste decreto, visando à padronização e uniformidade de procedimentos*”.(grifo nosso). Art. 9º À Secretaria do Tesouro Nacional compete: I - elaborar a programação financeira mensal e anual do Tesouro Nacional, gerenciar a Conta Única do Tesouro Nacional e subsidiar a formulação da política de financiamento da despesa pública; II - zelar pelo equilíbrio financeiro do Tesouro Nacional; III - administrar os haveres financeiros e mobiliários do Tesouro Nacional; IV - manter controle dos compromissos que onerem, direta ou indiretamente, a União junto a entidades ou organismos internacionais; V - controlar a dívida decorrente de operações de crédito de responsabilidade, direta ou indireta, do Tesouro Nacional; VI - gerir a dívida pública mobiliária federal e a dívida externa de responsabilidade do Tesouro Nacional; VII - editar normas sobre a programação financeira e a execução orçamentária e financeira, bem como promover o acompanhamento, a sistematização e a padronização da execução da despesa pública; VIII - administrar as operações de crédito incluídas no Orçamento Geral da União sob a responsabilidade do Tesouro Nacional; IX - estabelecer normas e procedimentos para o adequado registro contábil dos atos e dos fatos da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal; X - instituir e manter o Plano de Contas Único da União; XI - manter e aprimorar sistemas de processamento de dados que permitam realizar e verificar a contabilização dos atos e fatos da gestão de todos os responsáveis pela execução dos orçamentos fiscal e da seguridade social, bem como promover as informações gerenciais necessárias à tomada de decisões e ao apoio à supervisão ministerial; XII - elaborar o balanço geral da União, as contas de que trata o art. 84, inciso XXIV, da Constituição e a consolidação dos balanços dos estados, Distrito Federal e municípios; XIII - promover a integração com as demais esferas de Governo em assuntos de administração financeira e contábil”.

⁵²⁸ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº 11.107/2005*, p. 28-38.

O Decreto nº 6.170/2007 recebeu regulamentação mais pormenorizada por meio de Portaria Interministerial nº 127, de 29 de maio de 2008, editada conjuntamente pelo Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e pela Controladoria Geral da União. Esta nova portaria revogou algumas disposições previstas na IN/STN nº 01/97.

Destaque-se que os procedimentos detalhados previstos das normas especiais infralegais, a despeito de serem de aplicação somente no âmbito federal, são frequentemente utilizados pelos demais entes da federação como fonte subsidiária, nos casos de omissão da legislação local.

Há que se ressaltar, contudo, que o presente trabalho não se propõe a apontar quais seriam as normas gerais, aplicáveis somente no âmbito da união, e quais seriam as normas passíveis de suplementação pelos outros entes federativos.

Mas independentemente de se indicar as normas aplicáveis, uma a uma, deve-se considerar que a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre contratos administrativos confere ao Congresso Nacional o poder para estabelecer as linhas gerais acerca dos convênios, haja vista este instituto constituir espécie de contrato.

Essas considerações são importantes porque pode haver dúvidas quanto ao eventual conflito de competências entre o poder regulamentar exercido no âmbito federal (Ex: Decreto nº 6.170/07) e as leis ordinárias editadas pelos estados e municípios com base na sua prerrogativa de suplementar a legislação federal.

O que deve ficar claro, assim, é que o eventual conflito de competências entre a União e os demais entes federativos não será resolvido pela natureza do ato normativo (se lei, decreto ou portaria), mas sim em razão da matéria veiculada. Dessa forma, em se tratando de “norma geral”, será da competência da União a sua regulação, cabendo somente a ela definir se vai exercer a competência exhaustivamente por lei ou se vai deixar ao Executivo, com base no seu poder regulamentar, a faculdade de minudenciar as normas gerais de observância obrigatória para todos os entes.

Em se tratando de normas específicas, por outro lado, não poderá a União invadir a competência legislativa das outras pessoas políticas, independentemente de

pretender editar normas com natureza de lei formal (como leis ordinárias) ou instruções normativas e portarias.

Por derradeiro, deve-se salientar que existem normas específicas para as relações do Estado com algumas entidades do terceiro setor. Vale mencionar a Lei nº 9.637/98 que dispõe sobre as Organizações Sociais⁵²⁹, a Lei nº 9.790/99, regulamentada pelo Decreto nº 3.100/99, que trata das Organizações da Sociedade civil de Interesse Público e também a Lei nº 8.958/94, que cuida das Fundações de Apoio.

5.4. Alcance da expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei nº 8.666/93

A conclusão apresentada no capítulo anterior, no sentido de o convênio ser uma espécie de contrato administrativo, implica a necessidade de se determinar o regime jurídico dos convênios em face das disposições gerais aplicáveis aos contratos celebrados pela Administração Pública.

É importante ressaltar que a única peculiaridade do convênio é a inexistência de lucro ou remuneração direta em favor do contratado, sendo este o fator que o distingue do gênero contrato administrativo. Não se pode admitir, conforme demonstrado no capítulo anterior, qualquer outra diferença baseada no “sentido do interesse das partes” ou no número de participantes da relação jurídica.

O regime jurídico dos convênios é constituído, pois, pelas disposições gerais aplicáveis aos contratos administrativos e por algumas disposições especiais estabelecidas pelo ordenamento jurídico, em virtude de se tratar de um acordo em que nenhuma das partes busca o lucro. Aplicando-se o princípio da especialidade, as normas gerais deixarão de ser aplicadas aos convênios nos aspectos pontuais em que houver previsão legislativa específica incompatível com o regime jurídico dos contratos administrativos em geral.

⁵²⁹ As entidades qualificadas como Organizações Sociais foram inicialmente instituídas pela Medida Provisória nº 1.591, de 09 de outubro de 1997, a qual foi posteriormente convertida na Lei Federal nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Assim, a expressão “no que couber”, positivada no art. 116 da Lei nº 8.666/93, deve ser interpretada no sentido de serem aplicáveis aos convênios todos os dispositivos que forem compatíveis com um contrato administrativo em que o particular não visa ao lucro.

Não se pode perder de vista que a Constituição de 1988, em seu art. 37, XXI, impõe a realização de licitação como condição para a celebração de contratos administrativos. E como o convênio é uma espécie de contrato administrativo, deve-se conferir ao art. 116 da Lei nº 8.666/93 a interpretação que melhor se coadune com o ordenamento jurídico-constitucional.

Na verdade, deve-se observar que a aplicabilidade de dispositivos específicos da Lei de Licitações não é matéria exclusiva dos convênios administrativos. Basta notar que a Lei nº 8.666/93 estabelece distintos procedimentos para a realização de licitação e para a formalização de contratos, dependendo do objeto a ser contratado pela Administração Pública. Como há modalidades de licitação distintas, cada uma delas com regras próprias, em nenhuma delas são aplicáveis todos os dispositivos da Lei de Licitações.

Implicitamente, a Lei nº 8.666/93 estabelece inúmeras cláusulas “no que couber”, tendo em vista a impossibilidade de aplicação de todos os dispositivos a um mesmo contrato. Ora, por questão de lógica, ou se aplica o procedimento consagrado para a modalidade de licitação convite, ou se aplica o procedimento previsto para a modalidade tomada de preços. Para cada objeto a ser contratado, portanto, aplicam-se as disposições da Lei “no que couber”.

Para a melhor compreensão do raciocínio, tome-se como exemplo a determinação do procedimento a ser adotado em virtude do vulto do objeto do contrato. Dependendo do valor a ser repassado ao contratado, será aplicado o procedimento administrativo previsto para uma das seguintes modalidades: concorrência, tomada de preços ou convite.

Em se tratando de contratos de pequeno vulto, incidirá o procedimento previsto para a modalidade de licitação convite, aplicando-se “no que couber” os demais dispositivos da Lei nº 8.666/93. Por exemplo: como o procedimento previsto para a modalidade convite prevê a convocação por meio de envio de carta a potenciais

interessados, não se aplicam as disposições referentes à publicação de edital. Outro exemplo de não aplicação integral da Lei é previsto no art. 32, § 1º, que estabelece a possibilidade de não serem exigidos os documentos mencionados nos artigos 28 a 31 da mesma Lei (documentação referente à fase de habilitação).

Já na hipótese de a Administração Pública pretender celebrar contrato administrativo que tenha por objeto trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, prevê o art. 22, § 4º, a realização de licitação por meio da modalidade concurso. Não há dúvidas que, nesse caso, aplicam-se as demais disposições da Lei de Licitações apenas “no que couber”.

Como se vê, o fato de o convênio ser uma espécie de contrato administrativo em que o particular atua sem finalidade lucrativa não afasta a incidência, como regra, de todos os dispositivos da Lei nº 8.666/93. Caso a caso, poderá a comissão de licitação sustentar a inaplicabilidade de determinados dispositivos, em razão de “não caberem”.

Ademais, a exemplo do que ocorre com os contratos em geral, é possível que os convênios tenham objetos distintos, o que impede a incidência de um único regime jurídico para regular o instituto. Não se pode pretender que o convênio para a realização de uma grande obra observe o mesmo procedimento e os mesmos requisitos que um convênio em que particulares vão recolher donativos e repassar ao Poder Público. No primeiro caso, não há qualquer óbice para a aplicação dos dispositivos referentes à modalidade de licitação concorrência. Já no caso do recebimento de donativos, tendo em vista que não há exclusão de qualquer interessado (inviabilidade de competição), trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação.

Também não pode ser descartada a realização de licitação na modalidade concurso nas hipóteses em que as entidades privadas pretenderem apresentar trabalho técnico, científico ou artístico.

Ademais, deve-se observar que a expressão “no que couber” não é utilizada com exclusividade no campo dos convênios administrativos, sendo prevista expressamente ao longo de toda a Lei nº 8.666/93. Trata-se de recurso legislativo que foi amplamente utilizado pelos autores do respectivo projeto de lei, como se pode observar pela leitura dos seguintes dispositivos da lei: art. 7º, § 9º e art. 26, parágrafo

único (referem-se à dispensa e à inexigibilidade de licitação); art. 13, § 2º (projetos e serviços técnicos especializados); art. 43, § 4º (procedimento a ser observado para recebimento e abertura dos envelopes dos licitantes); art. 62, § 2º e art. 62, § 3º (formalização dos contratos); art. 103 (ação penal privada subsidiária da pública); art. 117 (contratos celebrados pelos poderes legislativo e judiciário); art. 121, parágrafo único (direito intertemporal).⁵³⁰

Não se pode interpretar a expressão “no que couber” como presunção de não incidência dos dispositivos da Lei de Licitações. Compete ao administrador público o ônus de demonstrar que há peculiaridades em uma determinada espécie de contrato (no caso, o convênio), que afastam a incidência de certos comandos legais.

Nesse mesmo sentido, ao tratar da formalização dos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, o parágrafo único do art. 26 estabelece que:

Art. 26. [...]

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (sem destaque no original)

⁵³⁰ “Art. 7º, § 9º O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Art. 26, Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: (...).

Art. 13, § 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

Art. 43, § 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

Art. 62, § 2º Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei.

Art. 62, § 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: (...)

Art. 103. Será admitida ação penal privada subsidiária da pública, se esta não for ajuizada no prazo legal, aplicando-se, no que couber, o disposto nos arts. 29 e 30 do Código de Processo Penal.

Art. 117. As obras, serviços, compras e alienações realizados pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas três esferas administrativas.

Art. 121, Parágrafo único. Os contratos relativos a imóveis do patrimônio da União continuam a reger-se pelas disposições do Decreto-lei no 9.760, de 5 de setembro de 1946, com suas alterações, e os relativos a operações de crédito interno ou externo celebrados pela União ou a concessão de garantia do Tesouro Nacional continuam regidos pela legislação pertinente, aplicando-se esta Lei, no que couber". (sem destaques no original)

Deve-se compreender a expressão “no que couber” como a possibilidade de não serem exigidos todos os requisitos constantes do dispositivo, e não como uma regra de presunção de não incidência da norma.

Também no art. 117, a Lei de Licitações se vale da expressão “no que couber” para fazer menção aos acordos celebrados pelos poderes Legislativo e Judiciário: “**Art. 117.** As obras, serviços, compras e alienações realizadas pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas 3 (três) esferas administrativas” (sem destaque no original). E a aplicação “no que couber” dos dispositivos legais aos contratos celebrados pelos demais poderes da República não afasta a incidência dos dispositivos gerais da Lei nº 8.666/93.

Portanto, a expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei de Licitações, deve ser interpretada no âmbito dos convênios da mesma maneira que é interpretada no campo dos contratos em geral, de modo que, para cada objeto a ser contratado, aplicam-se algumas disposições e afastam-se outras.

Caso não existam normas especiais que excepcionem o regime jurídico dos contratos administrativos (gênero), aplicam-se normalmente os dispositivos da Lei nº 8.666/93 para os contratos celebrados sem finalidade lucrativa para qualquer das partes (convênios administrativos).

5.5. Características dos convênios administrativos

A doutrina não dedica aos convênios a mesma análise sistemática que é realizada sobre os contratos administrativos, limitando-se a afirmar que a expressão “no que couber”, constante do art. 116 da Lei nº 8.666/93, afasta grande parte dos dispositivos legais aplicáveis aos contratos.

Deve-se observar, no entanto, que a única diferença entre o gênero contrato administrativo e a espécie convênio é a previsão, no primeiro caso, de remuneração

direta ao contratado, ao passo que nos convênios administrativos o particular atua desinteressadamente, sem auferir lucro da avença.

Assim, sustenta o presente trabalho que o fato de não haver lucro para o contratado no convênio não desconfigura sua natureza contratual, razão pela qual considera-se importante a análise das características dos contratos administrativos (gênero) usualmente apresentadas pela doutrina, para que se possa compará-las com o regime jurídico dos convênios:

O convênio é uma manifestação de natureza contratual. Por isso, os princípios basilares contidos na legislação sobre contratações administrativas deverão ser obrigatoriamente observados, mesmo quando o vínculo jurídico se estabelecer entre órgãos estatais diversos, ainda quando não integrantes do Poder Executivo. Assim, os convênios deverão ser obrigatoriamente por escrito, com prazos de vigência e cláusulas que atendam às determinações legais etc.⁵³¹

No intuito de proceder à análise comparativa entre os dois institutos, o presente trabalho adota as principais características dos contratos administrativos apresentadas pela doutrina nacional: 1. posição de supremacia da Administração sobre o particular e presença de cláusulas exorbitantes; 2. finalidade pública; 3. obediência à forma prescrita em lei; 4. procedimento legal; 5. natureza de contrato de adesão. 6. natureza *intuitu personae*.⁵³²

5.5.1. Posição de Supremacia da Administração: aplicabilidade das cláusulas exorbitantes

Quanto às prerrogativas da Administração Pública, Di Pietro lembra que “elas vêm expressas precisamente por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio”.⁵³³ Dessa forma, a posição de supremacia e a presença de cláusulas exorbitantes são características que devem ser analisadas em conjunto.

⁵³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 954.

⁵³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 261.

⁵³³ DI PIETRO, *op. cit.* p. 261.

Marçal Justen Filho nega a existência das cláusulas exorbitantes no âmbito dos convênios administrativos, ao contrário do regime jurídico dos contratos: “Num convênio, não existem prerrogativas extraordinárias. Isso significa a impossibilidade de uma parte invocar competências anômalas próprias dos contratos administrativos.”⁵³⁴

No entanto, Justen Filho admite a incidência da posição de supremacia dos entes públicos, decorrente do regime jurídico-administrativo: “Mas isso não afasta, no relacionamento entre Administração Pública e particular, a aplicação do regime jurídico genérico, próprio dos atos administrativos”.⁵³⁵

Ocorre que, ao reconhecer a posição de supremacia da Administração sobre os particulares que figuram como partícipes do convênio — ainda que em decorrência do regime geral de direito público —, não poderia Marçal Justen Filho negar a presença das cláusulas exorbitantes no âmbito dos convênios. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a existência das cláusulas extraordinárias nos contratos administrativos nada mais é do que a expressão da posição de supremacia da Administração nas relações contratuais com os particulares:

Não é difícil verificar que os traços peculiares ao regime do ‘contrato administrativo’ giram em torno da *supremacia* de uma das partes, que, a seu turno, procede da prevalência do interesse públicos sobre os interesses particulares. Esta supremacia vai expressar-se tanto na possibilidade de *instabilizar* a relação, segundo os termos já apontados, quanto na *autoridade* do contratante público.⁵³⁶

Sendo o convênio uma espécie de contrato administrativo (e nesse sentido o entendimento de Marçal Justen Filho)⁵³⁷, é inegável a posição de supremacia da Administração Pública, expressada por meio das cláusulas extraordinárias. A característica, peculiar do convênio, de não admitir que o particular objetive lucro, não tem o condão de subtrair esta espécie de contrato administrativo da incidência do regime jurídico-administrativo.

Ademais, vale lembrar que o art. 62, § 3º, I da Lei nº 8.666/93 assegura expressamente a aplicabilidade das cláusulas exorbitantes (consagradas no art. 58) até mesmo aos contratos de direito privado. Por mais forte razão ainda não se pode negar

⁵³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 956.

⁵³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. p. 956.

⁵³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 617.

⁵³⁷ JUSTEN FILHO, *op. cit.* p. 954.

aplicabilidade das cláusulas exorbitantes aos convênios administrativos, haja vista a sujeição ao regime jurídico-administrativo.

Deve-se ressaltar que, em se tratando de convênios administrativos entre entidades públicas (convênios públicos), que atuam no exercício de suas próprias prerrogativas, não haverá a supremacia de uma entidade sobre a outra, haja vista a igualdade entre os entes federativos consagrada no art. 19, III da Constituição.

Passa-se a analisar, assim, a aplicabilidade, aos convênios administrativos, das seguintes cláusulas consideradas exorbitantes pelo art. 58 da Lei nº 8.666/93 e pela doutrina especializada: 1. alteração unilateral do contrato; 2. rescisão unilateral do contrato; 3. fiscalização e acompanhamento da execução do vínculo; 4. exigência de garantia dos particulares; 5. aplicação de penalidades; 6. poder de anulação dos contratos; 7. inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido.⁵³⁸

5.5.1.1 Alteração Unilateral

A possibilidade de alterar o contrato administrativo independentemente da anuência do particular contratado constitui cláusula exorbitante que garante à Administração a possibilidade de adaptar o objeto da relação jurídica anteriormente estabelecida em virtude de fatos supervenientes que modificam as finalidades públicas a serem atingidas.

Diferentemente dos contratos celebrados entre particulares, o contrato administrativo deve levar em conta que o interesse público reclama “flexibilidade suficiente para atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito”.⁵³⁹

Assim, a prerrogativa de alteração unilateral do contrato pela Administração é prevista nos art. 58, I e 65 da Lei nº 8.666/93, possibilitando “a melhor adequação às finalidades de interesse público”.⁵⁴⁰

⁵³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 268.

⁵³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 624.

⁵⁴⁰ DI PIETRO, *op. cit.* p. 268.

As justificativas ligadas à necessidade de readequação do objeto contratual às variações do interesse público autorizam, do mesmo modo, a alteração unilateral dos convênios administrativos pelo Poder Público. Não haveria razão para se admitir o poder de a Administração instabilizar a relação jurídica com o particular se o acordo tiver natureza de contrato administrativo (gênero) e, concomitantemente, negar a posição de supremacia estatal nas relações jurídicas formalizadas com base no convênio administrativo.

Não seria razoável pressupor que a inexistência de finalidade lucrativa, única peculiaridade do convênio em relação ao contrato administrativo, afastaria a incidência da cláusula exorbitante que permite a alteração unilateral do acordo para garantir a supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Dessa forma, a cláusula extraordinária prevista no art. 58, I e no art. 65 da Lei de Licitações aplica-se também aos convênios administrativos quando houver necessidade de a Administração promover alterações unilaterais para preservar o interesse da coletividade.

Deve-se observar que o art. 65, I, admite a alteração do contrato sob o aspecto qualitativo ou quantitativo. A modificação qualitativa do contrato é admitida na hipótese de ser necessário alterar o projeto ou suas especificações para melhor adequação técnica. Já as modificações de caráter quantitativo referem-se a necessidades de acréscimo ou redução do objeto da avença.⁵⁴¹

Pode ser necessário, assim, que o projeto básico de um convênio tenha que ser alterado pela Administração, independentemente da concordância do particular, em virtude da ocorrência de fatos supervenientes. Cite-se como exemplo um convênio celebrado entre um município e uma associação de bairros que tenha por objeto a revitalização e a manutenção de uma praça. Se durante a execução do plano de trabalho for descoberta uma nascente que imponha modificação no projeto básico para atender à legislação ambiental, poderá a Administração Pública alterar unilateralmente o projeto básico, ainda que não conte com a anuência do partícipe privado.

No mesmo sentido, se forem necessárias modificações de natureza quantitativa que não extrapolem os limites de 25% ou 50% previstos no art. 65, § 1º,

⁵⁴¹ DI PIETRO, *op. cit.* p. 269.

estará o partícipe privado obrigado a aceitar os acréscimos ou reduções determinadas pelo Poder Público.

Suponha-se, assim, um convênio celebrado entre a União e uma organização não governamental para a implantação de um centro cultural em defesa da memória indígena. Nesse caso, haveria a previsão de repasse de R\$ 200.000,00 do Governo Federal para a ONG, ao passo que a entidade privada teria que cadastrar e entrevistar 1.000 indígenas, de modo que os dados fossem incorporados ao referido centro cultural.

Se houvesse alteração no plano de trabalho que determinasse a ampliação do projeto para 1.200 indígenas, a organização não governamental conveniada estaria obrigada a aceitar a modificação unilateral do objeto do convênio.

É claro que, nessa hipótese, estará a Administração Pública obrigada a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo que o partícipe privado deveria ser ressarcido pelos custos adicionais que tivesse em decorrência da modificação. A ONG privada faria jus, assim, ao aumento proporcional dos repasses previstos inicialmente no convênio.

Importante, nesse aspecto, esclarecer que a manutenção do equilíbrio financeiro não é incompatível com o instituto do convênio, espécie contratual na qual o particular não auferir lucro. Conforme dispõe o art. 37, XXI da Constituição, o dever da Administração é de “manter as condições efetivas da proposta”, ou seja, de manter a equivalência entre a prestação e a contraprestação instituídas quando da celebração da avença.

Embora nos convênios administrativos não haja remuneração direta que assegure lucro ao particular, existem atribuições bem definidas para cada uma das partes (partícipes). É possível, nesse momento, extrair a equivalência entre a prestação de cada uma das partes no convênio, ou seja, a equação econômico-financeira.

Qualquer modificação no objeto do convênio que altere essa equação inicial acarreta o dever, da Administração, de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. Deve-se lembrar que o particular atua sem ganho direto (lucro), o que significa que eventuais alterações unilaterais poderiam ter o efeito de obrigar o particular, por vias indiretas, a contribuir mais do que ele se dispôs no momento da celebração do ajuste.

Por essa razão a Administração deve garantir que o particular não assumirá ônus financeiro maior (contrapartida financeira) do que pretendeu no momento da celebração do convênio. Nesse sentido, importa lembrar que a teoria geral dos contratos dispõe que os acordos benéficos devem ser interpretados restritivamente, nos termos do art. 114 do Código Civil.⁵⁴²

Mas desde que a Administração assegure a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, restringindo a atuação gratuita do particular aos termos constantes da avença inicial, está o conveniente obrigado a aceitar as alterações quantitativas até os limites previstos no art. 65, § 1º da Lei de Licitações.

Como o regime jurídico dos contratos administrativos já prevê objetivamente a prerrogativa, da Administração, de exigir acréscimos ou reduções, pode ser necessário que a atuação desinteressada do particular seja acrescida ou reduzida. Assim, deve-se entender que é implícita a possibilidade de alteração quantitativa do objeto de até 25% ou 50%, razão pela qual não há qualquer ofensa à boa-fé do particular se houver necessidade de modificações dentro desses limites.

Ademais, mesmo nos convênios não financeiros é possível a alteração unilateral do contrato, visto que as modificações no objeto podem implicar mais ou menos atribuições das partes.

5.5.1.2 Rescisão Unilateral

O art. 58, II da Lei nº 8.666/93 estabelece a prerrogativa da Administração Pública rescindir unilateralmente o contrato, “nos casos especificados no inciso I do art. 79”. Trata-se, portanto, da possibilidade de o Poder Público extinguir o vínculo ajustado com o particular antes do advento do termo final, independentemente da anuência do contratado. Em qualquer hipótese deve ser respeitada a ampla defesa do contratado, bem como o devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da Constituição).

⁵⁴² Nesse sentido o art. 114 do Código Civil: “**Art. 114.** Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.”

A rescisão unilateral constitui intervenção da Administração Pública sobre um vínculo consensualmente firmado, de modo que deve ser interpretada como medida excepcional. Dessa forma, a Administração Pública deverá demonstrar que a extinção do vínculo é a única maneira de evitar o perecimento de interesses públicos. Caso contrário, o Poder Público “poderá até impor sanções ao particular, mas não poderá decretar a rescisão”.⁵⁴³

Deve-se distinguir as hipóteses em que a Administração Pública rescinde unilateralmente o contrato em virtude do inadimplemento do contratado (art. 78, I a XI) das situações em que a extinção do vínculo busca atender a “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento” (art. 78, XII), ou ainda em decorrência de caso fortuito ou força maior (art. 78, XVII).

Quando a conduta ilícita do particular acarreta a extinção do contrato, o contratado não fará jus à indenização. Na verdade, a Administração é que poderá acionar o particular no intuito de ser ressarcida pelos eventuais danos causados ao interesse público.

Na ocorrência de fatores alheios e não imputáveis a qualquer das partes e que acabem por inviabilizar a continuidade da execução contratual, o contrato poderá ser rescindido em virtude de caso fortuito ou força maior.

Por fim, é possível que a Administração Pública promova a rescisão unilateral do contrato em decorrência das exigências do interesse público. Para viabilizar essa hipótese, deve ficar demonstrado que a manutenção do contrato gera mais prejuízos que sua extinção. Como quem dá causa à extinção é a Administração, o particular tem direito de ser indenizado, tanto pelos danos emergentes quanto pelos lucros cessantes, além da devolução da garantia.⁵⁴⁴

Nas duas últimas situações, determina o art. 79, § 2º da Lei nº 8.666/93 que a Administração Pública garanta ao contratado o ressarcimento para cobrir os prejuízos regularmente comprovados, haja vista que não foi o particular que deu causa à rescisão contratual.

⁵⁴³ BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.517/2005. Plenário. Relatório de levantamento de auditoria. Relator Ministro Benjamim Zymler. Data do julgamento: 05 de outubro 2005. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em 10 de maio 2010.

⁵⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 853.

Deve-se observar que a prerrogativa de rescindir unilateralmente o vínculo com o particular baseia-se na necessidade de resguardar o interesse público tutelado pela Administração. Logo, a natureza do acordo celebrado (contrato gênero ou convênio administrativo) não tem o condão de reduzir o interesse público em jogo, razão pela qual se aplicam aos convênios todas as disposições da Lei nº 8.666/93 referentes à rescisão unilateral do contrato administrativo.

Conforme entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não se pode exigir a manutenção da execução de um convênio administrativo se o interesse público exigir do Estado conduta diversa.⁵⁴⁵

No caso dos convênios administrativos pode o particular exigir os repasses financeiros referentes às etapas do plano de trabalho que já tiverem sido concluídas, o que equivale ao pagamento de perdas e danos. Não há que se cogitar, contudo, de pagamento de lucros cessantes, haja vista a inexistência de finalidade lucrativa no convênio.

5.5.1.3 Fiscalização

O art. 58, III da Lei nº 8.666/93 estabelece como prerrogativa da Administração Pública o poder de fiscalização dos contratos administrativos que celebrar. Deve-se considerar, no entanto, que a fiscalização dos contratos não se trata de uma simples prerrogativa, mas sim de um dever imposto ao Poder Público, nos termos do art. 67 da mesma Lei.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ “3. No caso concreto, o contratado foi chamado a manifestar-se sobre o valor da contrapartida, bem como houve estudo de alternativas mais rentáveis à administração; logo, foi regular e amparada legalmente a rescisão; o respeito ao contrato - sob o pleito de *pacta sunt servanda* - não pode se dar contra o interesse público”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 27759/SP. Ministro Relator Humberto Martins. Data do julgamento: 14 de setembro 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802028570&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 25 de novembro 2010.

⁵⁴⁶ “A atribuição de fiscalizar a prestação do serviço público é decorrência de determinação legal, que não pode ser postergada em razão de juízos de mera conveniência e oportunidade. (...) Portanto, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 764.085/PR. Relator Ministro Humberto Martins. Data do julgamento: 01 de dezembro 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501092878&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 25 de novembro 2010.

Tanto o contrato quanto o convênio administrativo constituem instrumentos à disposição do Estado para buscar a realização de um interesse público por meio da celebração de parcerias com entidades públicas e privadas. Dessa forma, para garantir a efetiva implementação do interesse almejado, incumbe ao Poder Público fiscalizar seus contratos e convênios, conferindo a “oportunidade de verificar tempestivamente o cumprimento, por parte do contratado, das obrigações acordadas e impor a adoção de medidas corretivas no tempo oportuno, caso sejam identificadas falhas na implementação do ajuste”.⁵⁴⁷

A fiscalização dos contratos e convênios administrativos constitui, assim, o dever de acompanhamento da execução dos convênios administrativos, o que pode ser feito diretamente pela Administração ou com o auxílio de terceiros.

A aplicação dos artigos 58, III e 67 da Lei de Licitações aos convênios administrativos é inquestionável em razão de o art. 70, parágrafo único, da Constituição de 1988, consagrar expressamente o dever de prestação de contas:

Art. 70. (*omissis*)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

A legislação infraconstitucional que regulamenta o art. 70 da CR/88 não deixa dúvidas sobre a necessidade do dever de os agentes públicos demonstrarem a gestão os bens e interesses públicos que lhe foram de acordo com o regime jurídico-administrativo. Nesse sentido, vale mencionar o que dispõe o art. 93 do Decreto-Lei nº 200/67, o art. 66 do Decreto nº 93.872/86 e o art. 56 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 127/08.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, a fiscalização dos convênios administrativos, em especial por meio dos procedimentos de prestação de contas, é imprescindível para a verificação de respeito à integridade da ordem jurídica:

⁵⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 540/2008. Plenário. Processo nº 008.881/2004-1. Tomada de Contas Especial. Relator Ministro: Guilherme Palmeira. Data do julgamento: 03 de abril 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=7&doc=3&dpp=20&p=0DOU04/04/2008>. Acesso em 10 de maio 2010.

A apresentação da prestação de contas, no tempo exigido por lei, permite à Administração aferir a legalidade dos atos praticados e comprovar o efetivo cumprimento do convênio firmado. Esses dois vetores de avaliação do convênio são consideradas quando da análise da prestação de contas pelo órgão que disponibilizou o recurso. Impropriedades detectadas podem resultar em rejeição das contas e instauração do processo de tomada de contas especial, a ser julgada pelo Tribunal de Contas da União, assim como se deu no caso em questão.⁵⁴⁸

Cumprir destacar que a fiscalização dos convênios pela Administração Pública deve ser realizada tanto nos convênios financeiros quanto nos não financeiros.

Nos convênios não financeiros, embora não haja repasse de recursos públicos em decorrência da celebração do acordo, a fiscalização se justifica em virtude da necessidade de verificação do cumprimento dos cronogramas e compromissos assumidos pelos partícipes. Trata-se, na verdade, do dever de a Administração Pública conferir se foi atingido (ou se pelo menos se diligenciou para tanto) o interesse público que deu ensejo à celebração do convênio.

Já nos convênios financeiros, a fiscalização visa à comprovação da correta aplicação dos recursos repassados pela Administração Pública, analisando-se o cumprimento das metas assumidas pelos partícipes.

Ademais, a prestação de contas nos convênios financeiros tem o condão de verificar se o particular aplicou todos os recursos repassados no objeto do convênio, de modo que sejam devolvidos ao ente repassador os eventuais valores remanescentes. Caso o conveniente responsável pela execução do convênio se aproprie de qualquer valor a título de remuneração (ainda que com o consentimento da Administração), ficará caracterizado que houve a percepção de lucro, descaracterizando-se o convênio.

Cumprir observar, por fim, que o não atendimento das determinações da autoridade responsável pela fiscalização do convênio poderá dar ensejo à rescisão unilateral pela Administração Pública (art. 78, VII, da Lei nº 8.666/93).

5.5.1.4 Exigência de Garantia

⁵⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso especial nº 867374/BA. Relator Ministro Mauro Campbell. Data do julgamento: 21 de maio 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601530015&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 02 de dezembro 2010.

A garantia é o instrumento previsto no art. 56 da Lei Geral de Licitações e Contratos, com o objetivo de eliminar ou minimizar riscos advindos de eventual insucesso na execução do contrato administrativo:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

Destaque-se que, conforme dispõe o § 1º do art. 56, caberá ao particular optar por uma das modalidades de garantia ali previstas. Como bem observa Marçal Justen Filho, “quando inexistirem riscos de lesão ao interesse estatal, a Administração não precisará impor a prestação da garantia”.⁵⁴⁹

Quanto à aplicação do art. 56 da Lei nº 8.666/93 aos convênios administrativos, em razão de os partícipes do convênio não auferirem lucro, não existe razão para se impor ao particular conveniente o ônus de prestar garantia. Em se tratando de convênios, cuja peculiaridade é a atuação desinteressada do partícipe em benefício da coletividade, a exigência de garantias poderia desestimular ou até mesmo inviabilizar tais ajustes cooperativos com o Poder Público.

5.5.1.5 Aplicação de Penalidades

A aplicação de penalidades tem lugar quando da inexecução total ou parcial do objeto do contrato. Essa imposição deve orientar-se pelos princípios da legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e personalismo da sanção. Assim, a penalização do particular pressupõe previsão da infração e da sanção em lei,

⁵⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 719.

compatibilidade entre gravidade da conduta e o grau de reprovabilidade da sanção, conduta interna reprovável (elemento subjetivo) e impossibilidade de extensão a outros que não o agente responsável pelo ilícito.⁵⁵⁰

O art. 87 da Lei de Licitações e Contratos menciona quatro espécies de sanções administrativas: I – advertência; II – multa; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Em atendimento ao princípio constitucional da proporcionalidade, a aplicação das sanções sofrerá variações conforme a gravidade da conduta do particular.

Como os convênios (financeiros e não financeiros) estabelecem obrigações para as partes envolvidas, seu eventual descumprimento pelo partícipe privado desafia a aplicação das sanções administrativas conforme a gravidade do inadimplemento.

Em se tratando de convênios entre entes públicos, no entanto, não há que se falar em incidência do art. 87 da Lei de Licitações, haja vista inexistir posição de supremacia entre entes da Federação (art. 19, III, da Constituição). Nesse sentido, vale citar a súmula nº 205 do Tribunal de Contas da União: “É inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão”.⁵⁵¹

5.5.1.6 Anulação dos convênios irregulares

⁵⁵⁰ JUSTEN FILHO, *op. cit.* p. 881-888.

⁵⁵¹ A vigência da súmula nº 205 não é pacífica no âmbito da jurisprudência do TCU. Há vários acórdãos no sentido de se aplicar a súmula nº 205 em virtude de a pena de multa não poder ser imposta contra a Administração Pública, mas apenas aplicada pelo Poder Público. Nesse sentido: Acórdão Nº 11/94; Acórdão nº 119/91; Acórdão 418/2003. No Acórdão 1624/2009, no entanto, o Tribunal de Contas da União justificou a aplicação da súmula em razão de o contrato examinado ter sido assinado sob a égide da legislação anterior ao Decreto-lei nº 2.300/86. Deu a entender o TCU, pois, que não seria mais aplicável a súmula nº 205: “Por fim, deve ser observado que o Contrato NCO-223/83 foi assinado em 10 de junho de 1983, portanto, anterior ao Decreto-Lei 2300/86 e à Lei 8666/93. Ao ordenamento jurídico vigente à época da licitação que originou o contrato NCO-223/83, predominava o entendimento exarado na Súmula nº 205 do TCU, aprovada na Sessão Ordinária de 26.10.1982: ‘SÚMULA Nº 205: É inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão’.”

Costuma-se ainda apontar como cláusula exorbitante dos contratos administrativos a possibilidade de a Administração promover a anulação dos contratos administrativos (art. 59 da Lei nº 8.666/93).⁵⁵²

A Administração Pública possui, em regra, o dever de anular *ex officio* os atos por ela editados quando eivados de vício de ilegalidade, conforme consagrado pela súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal:

Súmula nº 473 - A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.⁵⁵³

Trata-se do poder de autotutela da Administração Pública, consagrado também no art. 53 da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Essa prerrogativa existe em razão do princípio da legalidade: “De fato, o administrador não estaria observando o princípio se, diante de um ato administrativo viciado, não declarasse a anomalia através de sua invalidação”.⁵⁵⁴

Como se trata de prerrogativa geral, que rege todas as condutas da Administração Pública, o poder de autotutela aplica-se também aos convênios administrativos.

Aplica-se aos convênios, no mesmo sentido, o parágrafo único do art. 59, o qual estabelece o dever de a Administração Pública indenizar o particular pelas parcelas dos convênios que já tiverem sido executadas, desde que a nulidade do vínculo não seja de responsabilidade do partícipe privado.

5.5.1.7 Inaplicabilidade da exceção do contrato não cumprido

⁵⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 274.

⁵⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. *IN: MEDAUAR, Odete (org.). Coletânea de legislação administrativa*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

⁵⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 173.

O art. 476 do Código Civil estabelece que: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Trata-se da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), a qual constitui “causa impeditiva da exigibilidade da prestação, sendo esta exigibilidade diferida para o momento em que a prestação do reclamante for cumprida”.⁵⁵⁵

Ao contrário da regra vigente para os contratos privados, nos contratos administrativos não cabe ao particular condicionar o cumprimento de seus deveres ao prévio adimplemento do Poder Público. Dessa forma, como regra geral, entende-se que não pode o particular opor à Administração Pública a exceção do contrato não cumprido.⁵⁵⁶

A proibição da alegação de *exceptio non adimpleti contractus* pelo particular justifica-se na necessidade de se proteger o interesse público objeto do acordo, assegurando a sua plena realização.⁵⁵⁷

A Lei de Licitações e Contratos estipula, todavia, duas hipóteses em que se admite a interrupção da execução pelo particular:

Art. 78 – (*omissis*)

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

Cumpra observar que no campo dos convênios estão presentes as mesmas razões de interesse público que levam à não admissão da exceção do contrato não cumprido no campo dos contratos administrativos. Dessa forma, o presente trabalho

⁵⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina de Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 124.

⁵⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 855-857.

⁵⁵⁷ “No Direito Administrativo, o particular não pode interromper a execução do contrato, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular; em regra, o que ele deve fazer é requerer, administrativa ou judicialmente, a rescisão do contrato e pagamento de perdas e danos, dando continuidade à sua execução, até paralisá-lo”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, p. 275.

entende que também não poderia o particular que celebra um convênio com a Administração invocar a *exceptio non adimpleti contractus* em virtude de a Administração não ter efetuado os pagamentos referentes aos produtos, serviços e obras já executados, a não ser que o inadimplemento supere o prazo de 90 dias (art. 78, XV).

Deve-se registrar, no entanto, que na execução dos convênios administrativos o particular poderá se beneficiar, com mais frequência, das exceções previstas pela Lei nº 8.666/93, em especial no art. 78, XVI. É que os convênios administrativos prevêm, como regra, que a Administração Pública criará as condições necessárias para a execução do convênio pelo partícipe privado, como fornecimento de insumos e matérias primas ou mesmo a transferência financeira indispensável para o cumprimento do acordo.

Assim, na hipótese de o Poder Público não efetuar os repasses previstos em um convênio financeiro, o partícipe privado poderá invocar a exceção do contrato não cumprido com base no art. 78, XVI da Lei nº 8.666/93, haja vista que cabe ao Poder Público criar as condições indispensáveis à execução do contrato:

Também caberá a rescisão quando a Administração deixar de cumprir providência indispensável à execução do contrato. O inc. XVI alude à ausência de liberação da área, local ou objeto para a execução da prestação ou de fonte material natural. O dispositivo deve ser interpretado de modo amplo. Devem ser abrangidas outras situações semelhantes. Sempre que a execução do contrato ficar na dependência de providência da Administração, deverá aplicar-se o disposto no inc. XVI. Se a Administração não desencadear as providências que ficaram a seu cargo, o particular não pode se prolongar indefinidamente.⁵⁵⁸

Diferentemente do contrato administrativo (gênero), em que o particular recebe remuneração pelos trabalhos já executados, o convênio usualmente prevê que a Administração Pública arcará, parcial ou integralmente, com os custos necessários à consecução dos objetivos estipulados.

Na hipótese dos contratos administrativos em geral, deverá o contratado suportar por até 90 dias os atrasos nos pagamentos devidos pelo Poder Público em razão das parcelas contratuais já executadas (art. 78, XV).

⁵⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 856-857.

Já a execução dos convênios administrativos depende dos repasses aos partícipes privados (na hipótese de convênio financeiro), de acordo com o cronograma de desembolso previsto no plano de trabalho (art. 116, § 1º, V da Lei de Licitações).

Portanto, o que deve ser analisado para se aplicar o inciso XV do art. 78 aos contratos e convênios administrativos não é a natureza lucrativa do vínculo. Importa observar se o valor devido pelo Poder Público tem natureza de pagamento de remuneração assegurada contratualmente ao particular pela execução do trabalho, ou se se trata de repasse financeiro indispensável para a execução do trabalho. Na primeira hipótese (pagamento por trabalho já realizado), o particular deve suportar até 90 dias de inadimplência da Administração Pública (art. 78, XV), ao passo que se o repasse financeiro for condição prévia para o cumprimento do acordo, terá aplicabilidade o art. 78, XVI da Lei nº 8.666/93, de modo que o particular não terá a obrigação de executar parte do contrato ou convênio antes da transferência dos valores previstos no ajuste.

5.5.2. Finalidade vinculada ao interesse público

A finalidade pública constitui objetivo que sempre deve ser buscado pela Administração Pública, tanto nos atos quanto nos contratos administrativos. A esse respeito, Florivaldo Dutra de Araújo leciona que: “Finalidade é o objetivo que o ato deve atingir. Será sempre objetivo de interesse público e deverá estar previsto no ordenamento jurídico, de modo expresso ou implícito, inerente a cada ato praticado”.⁵⁵⁹

Como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “essa característica está presente em todos os atos e contratos da Administração Pública, ainda que regidos pelo direito privado”.⁵⁶⁰

⁵⁵⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Motivação e controle do ato administrativo, p. 56.

⁵⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 261.

Não há dúvidas, portanto, que a finalidade pública é característica que se aplica aos convênios administrativos, visto que a inexistência de finalidade lucrativa não poderia ter o condão de autorizar a busca de objetivo de distinto do interesse da coletividade.

Caso contrário, estaria configurado o desvio de finalidade (ou desvio de poder), que acarreta a nulidade do ato ou do contrato praticado, nos termos do art. 2º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei de Ação Popular).⁵⁶¹

5.5.3. Obediência à forma e aos procedimentos previstos em lei

No intuito de garantir efetividade ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, a Lei nº 8.666/93 estabelece uma série de requisitos formais necessários à validade dos contratos celebrados pela Administração. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a obediência às formalidades legais “é essencial, não só em benefício do interessado, como da própria Administração para fins de controle de legalidade”.⁵⁶²

Assim, salvo os contratos relativos a direitos reais sobre imóveis, que são formalizados em cartório de notas, os demais contratos administrativos devem ser lavrados nas repartições do ente público contratante, em regra, na forma escrita.

Nesse sentido, devem ser observadas as cláusulas necessárias previstas no art. 55 da Lei de Licitações, além de outros requisitos referentes a prazos (art. 57), formalização (art. 60 e seguintes) e execução (art. 66 e seguintes).⁵⁶³

⁵⁶¹ “**Art. 2º** São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) e) desvio de finalidade.

Parágrafo Único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: (...) e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

⁵⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 262.

⁵⁶³ “Os contratos administrativos e, também, no que couber, os predominantemente regidos pelo Direito Privado (art. 62, § 3º) obedecem, necessariamente, a formalidades para seu travamento (arts. 60 e ss.). Desde logo, têm que ser precedidos de licitação, salvo nos casos de inexigibilidade e dispensa, já referidos no capítulo anterior. Além disto, deles terão de constar obrigatoriamente determinadas cláusulas, como, por exemplo, as concernentes ao seu regime de execução, a reajustamentos, às condições de pagamento e sua atualização, aos prazos de início, execução, conclusão, entrega e recebimento definitivo de objeto, as relativas a seu valor e recursos para

Quanto aos convênios administrativos, não há dúvidas de que possuem igual natureza formal, como se depreende das especificações previstas no art. 116 da Lei nº 8.666/93 para o plano de trabalho que deve ser aprovado pela autoridade competente.

Dessa forma, em virtude da exigência de previsão no convênio das metas e objetivos a serem atingidos, etapas ou fases de execução, como também do plano de aplicação dos recursos e do cronograma de desembolso, entende-se que não é possível a celebração de convênios verbais.

Não se aplica, assim, a parte final do art. 60, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, que permite a celebração de contratos verbais para compras de pronto pagamento de valor inferior a R\$ 4.000,00. Ademais, vale lembrar que não é possível celebrar compra e venda via convênio.

Portanto, os convênios administrativos devem ser celebrados sempre por escrito, visto que o complexo regime de execução previsto pelo art. 116 da Lei de Licitações é incompatível com o sistema de compras de pronto pagamento, as quais representam contratos com execução praticamente imediata.

Pelas mesmas razões acima expostas, entende-se que a formalização do instrumento de convênio será sempre obrigatória, não se aplicando a possibilidade de formalização por meio de “carta contrato”, “nota de empenho de despesa”, “autorização de compra” ou “ordem de execução de serviço”, previstos no art. 62 da Lei nº 8.666/93.

Após o arquivamento e registro dos convênios administrativos celebrados (art. 60, *caput*), a entidade ou órgão repassador dará ciência à respectiva Casa Legislativa, nos termos do art. 116, § 2º da Lei de Licitações.

Deve-se observar também a necessidade de publicação do “extrato do convênio”, que deve ser providenciada até o quinto dia útil do mês seguinte à sua celebração, por aplicação do art. 61, parágrafo único da Lei nº 8.666/93.

Na hipótese de haver custos decorrentes da celebração do convênio, é obrigatória a previsão do crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da respectiva dotação orçamentária. Trata-se de comando decorrente da aplicação

atendimento das despesas, às responsabilidades, penalidades, valor das multas, casos de rescisão etc. O art. 55 da lei indica quais serão elas.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 632.

conjunta dos artigos 55, V e 116, § 1º, VII da Lei nº 8.666/93, como também dos artigos 15 e 16 da Lei Complementar nº 101/00 (LRF).

Os aspectos referentes à necessidade de realização prévia de licitação, como também a imposição de prazos máximos ao instituto dos convênios, serão analisados em item próprio (vide a seguir itens 5.7 e item 5.9).

5.5.4. Natureza de contrato de adesão

A natureza jurídica dos contratos administrativos é de contrato de adesão, uma vez que “é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, vinculada que está às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público”.⁵⁶⁴

No caso dos convênios, muito embora o particular costume apresentar projetos à Administração com o fito de estabelecer parcerias, a Administração é quem, de posse da ideia, aprova ou desaprova sua realização, delimita seus contornos e estabelece suas especificações.

Por isso, nos termos do disposto no art. 116, §1º da Lei nº 8.666/93, é possível concluir que o convênio também é contrato de adesão. Isso porque cabe somente à Administração Pública a fixação do plano de trabalho para fins de desenvolvimento do convênio, podendo apenas considerar as sugestões do interessado.

Vale ressaltar que, nos casos em que há contratação direta, é possível que o ajuste perca a natureza de contrato de adesão. Em se tratando de contratação por inexigibilidade de licitação, por exemplo, em virtude de haver um único fornecedor, ficam reduzidas as possibilidades de a Administração impor unilateralmente as cláusulas de seu interesse. Esse raciocínio aplica-se no âmbito de todos os contratos administrativos, incluindo-se os convênios.

⁵⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 262.

5.5.5. Natureza *intuitu personae*

Estabelece o art. 78, VI, da Lei nº 8.666/93 que poderá a Administração Pública rescindir unilateralmente o contrato na hipótese de o contratado promover a subcontratação para a execução do ajuste celebrado sem que haja previsão no instrumento contratual.

Percebe-se, pois, que o contrato administrativo tem natureza *intuitu personae*, haja vista que deve ser executado integralmente pela pessoa que se comprometeu com o Poder Público.

Deve-se observar que a subcontratação não autorizada pelo Poder Público poderia tornar sem efeito toda a fase de habilitação durante o processo de licitação. Nesse momento, a Administração promove a análise da capacidade de o licitante cumprir o avençado, por meio de aferições de ordem jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal, conforme artigos 27 a 31 da Lei de Licitações e Contratos.

Dessa forma, é possível dizer que os contratos administrativos possuem natureza personalíssima, porquanto são firmados “em razões de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação”.⁵⁶⁵

Mesmo nas hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação, impõe o art. 26, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.666/93 que a Administração Pública apresente a “razão da escolha do fornecedor ou executante”.

Além dessas exigências que a Lei de Licitações faz no momento de escolha do possível contratado, o art. 15, V, da Portaria Interministerial/CGU/MP/MF nº 127/08 impõe como requisito para a celebração de convênios administrativos que sejam apresentadas informações relativas à capacidade técnica e gerencial do proponente para execução do objeto esperado.

Como se vê, os convênios administrativos também possuem natureza *intuitu personae*. Eventual subcontratação deverá ser precedida de autorização da

⁵⁶⁵ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 468189/SP. Ministro Relator José Delgado. Data do julgamento: 18 de março 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200999904&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 02 de dezembro 2010.

Administração Pública, sob pena de configurar hipótese de rescisão unilateral do convênio por culpa do partícipe privado.

5.6. O dever de a Administração Pública licitar para selecionar o partícipe privado do convênio

O entendimento doutrinário dominante considera desnecessária a realização prévia de licitação como condição para a Administração Pública celebrar convênios com as entidades do terceiro setor. São apresentados como argumentos principais para não exigir a realização de licitação: a natureza jurídica não contratual dos acordos celebrados e a finalidade dos partícipes, que visam sempre à consecução de interesses públicos.⁵⁶⁶

Para o presente trabalho, no entanto, deve-se estabelecer como ponto de partida o art. 37, XXI da Constituição, que impõe a licitação como regra em todos os contratos firmados entre a Administração e os particulares, de modo a assegurar o tratamento isonômico a todos os potenciais interessados.

Como o próprio art. 37, XXI, da Constituição, admite que o legislador ordinário estabeleça exceções ao dever de licitar, deve-se questionar:

- 1) se a celebração de convênios, em função de sua natureza, está abrangida pelo dever geral de licitar estabelecido pela Constituição;
- 2) se a legislação infraconstitucional excepcionou do dever geral de licitar quando o acordo a ser celebrado for um convênio administrativo.

Conforme demonstrado no capítulo 4 (*A Natureza Contratual dos Convênios Administrativos*), não merece prosperar o entendimento da doutrina dominante no sentido de não ser necessária a realização de licitação previamente à celebração de convênios por se tratar de acordo que não tem natureza contratual.⁵⁶⁷

⁵⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 492.

⁵⁶⁷ "Não é exigível a licitação quando a avença apresentar natureza de convênio, em que se conjugam esforços de diversas entidades administrativas para a satisfação de necessidades de interesse comum. Se diversos entes federativos resolvem atuar de modo conjunto para obter resultados comuns, não há obrigatoriedade de licitação, já que não existe a pactuação de vínculos jurídicos com a iniciativa privada". JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de*

Deve-se compreender que o convênio é uma espécie de contrato administrativo, haja vista se tratar de acordo de vontades celebrado no intuito de criar, modificar ou extinguir direitos. Não se pode olvidar, portanto, que a única peculiaridade do convênio, com relação ao gênero contrato administrativo, diz respeito à impossibilidade de o particular objetivar o lucro.

Dessa forma, uma vez aceita a premissa de que o convênio tem natureza contratual, deve-se observar o comando constitucional previsto no art. 37, XXI, o qual determina a realização prévia de licitação para a contratação de particulares pelo Poder Público, ressalvadas as hipóteses previstas na legislação ordinária.⁵⁶⁸

No que concerne à legislação infraconstitucional acerca dos convênios administrativos, o argumento doutrinário para desobrigar o Poder Público de realizar licitação antes de celebrar essa espécie de ajuste toma como base a previsão do art. 116, da Lei nº 8.666/93, o qual determina que se aplicam aos convênios, apenas “no que couber”, as normas referentes aos contratos administrativos em geral.

Nesse sentido as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei n. 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre **no que couber**. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação.⁵⁶⁹

Corroborando o posicionamento da doutrina, o Tribunal de Contas da União consolidou entendimento no sentido de que a exigência de realização do procedimento

Direito Administrativo, p. 315. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas, p. 236. Ver também: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 244.

⁵⁶⁸ “No entanto, é perfeitamente possível que o aperfeiçoamento do convênio importe situação de exclusão, em que existam instituições privadas em situação equivalente, todas pretendendo a associação com o Estado. Em tais hipóteses, poderá tornar-se obrigatória a realização de um convênio. Esse é o fundamento pelo qual se defendeu o entendimento de que os contratos de gestão com as organizações sociais e os termos de parceria com as OSCIPs poderão exigir a realização de licitação (...)”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 954-955. No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 273.

⁵⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 244.

licitatório previsto na Lei nº 8.666/93 e na Lei 10.520/2002 não poderia ser estendida às parcerias realizadas com entidades privadas sem fins lucrativos.⁵⁷⁰

Registre-se que, em virtude do entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência dos tribunais, a Administração Pública brasileira não tem realizado qualquer procedimento público de seleção das entidades não governamentais. Ao auditar os repasses de recursos federais para organizações não governamentais (ONGs) e organizações de sociedade civil de interesse público (OSCIPs), realizados nos exercícios financeiros de 2003, 2004, 2005 e 2006, o TCU observou que a maioria dos convênios não foi precedida de processo de escolha que contivesse critérios objetivos e que respeitasse os princípios da publicidade e da motivação.⁵⁷¹

Nos últimos anos, o posicionamento do TCU tem evoluído no sentido de determinar a realização de algum procedimento objetivo para escolha das instituições privadas, apesar de não exigir a realização prévia de licitação. Assim, entendeu o Ministro Relator Benjamin Zynker que, a despeito de não serem todas as regras da Lei nº 8.666/93 extensíveis às contratações com ONGs, deveriam ser respeitados os

⁵⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em 07 de junho 2010.

⁵⁷¹ De acordo com o Relatório apresentado pelo Ministro Relator, a auditoria constatou: “3.2.1 A fim de avaliar os procedimentos dos órgãos e entidades concedentes nas transferências de recursos a entidades privadas, a equipe de coordenação encaminhou 21 ofícios de requisição, contendo questionamentos a respeito dos critérios de seleção e habilitação e de procedimentos de acompanhamento, para Unidades que repassaram recursos às ONGs da amostra auditada. Procurou-se, desse modo, complementar as constatações das equipes de auditorias obtidas a partir das análises dos processos de celebração dos convênios. Foram recebidas 19 respostas, representando informações sobre 22 Unidades, visto que alguns ofícios de atendimento abrangiam respostas de mais de uma área no âmbito do respectivo Ministério.

Inexistência de critérios previamente estabelecidos

3.2.2 Apenas quatro das unidades utilizaram edital de seleção pública para obtenção de propostas para a celebração de convênios - Secretaria de Programas e Projetos Culturais do Ministério da Cultura, FNDE, para o programa Escola de Fábrica, FINEP e Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Das demais, cite-se que duas estão estudando ou em vias de implantar procedimentos de seleção pública mediante editais, e duas utilizam editais, mas não nos convênios examinados na FOC. No entanto, não se pode afirmar que a seleção pública seria aplicável a todos os casos. Alguns gestores sustentaram que os convênios firmados, pelas suas características, não são compatíveis com esse modelo. Ocorre que, em muitos casos, as propostas são oriundas de discussões em instâncias descentralizadas (fóruns de desenvolvimentos, planos estaduais ou municipais), e já vêm com a indicação da entidade executora, ou os recursos possuem finalidade específica, como por exemplo os destinados à saúde indígena e assistência técnica a assentados, para os quais não há outras entidades aptas, ou então a forma de execução do programa impõe a demanda espontânea e a iniciativa das ONGs interessadas, como no caso de projetos culturais buscando recursos de fomento. Entende-se, outrossim, que deve haver o incremento dos procedimentos de seleção pública, pelos órgãos da Administração Pública Federal, em todos os casos em que se apresentar viável, no intuito de garantir a maior transparência possível”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.331/2008. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional; Processo nº 027.206/2006-3. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 11 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em 28 de agosto de 2010.

princípios da impessoalidade, moralidade, economicidade e publicidade. Ao concluir seu voto, determinou:

9.2.2. orientar os órgãos e entidades da Administração Pública para que editem normativos próprios visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados.⁵⁷²

É interessante notar que a determinação do TCU, de realização de seleção com base em procedimentos objetivos, enquadra-se no conceito de licitação usualmente adotado nos manuais de direito administrativo. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece que a licitação é:

um certame em que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relação de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.⁵⁷³

Como as modalidades de licitação representam, justamente, procedimentos distintos criados pelo legislador em função da natureza ou do vulto do objeto a ser contratado, não poderia o TCU determinar a utilização de procedimentos de seleção não previstos em lei.

É necessário frisar que somente a União, por meio de lei, pode criar modalidades de licitação, haja vista constituírem normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII da Constituição).

Não pode o Tribunal de Contas da União considerar ilícita a escolha do particular que celebrará o convênio sem a realização prévia de processo de seleção e, ao mesmo tempo, dizer que não é necessária a realização prévia de licitação.

O Constituinte foi claro ao determinar que os processos de escolha de pessoas físicas e jurídicas que pretendam contratar com o Poder Público sejam realizados por meio de licitação. E não estabeleceu que a licitação fosse burocrática ou

⁵⁷² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.331/2008. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional; Processo nº 027.206/2006-3. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 11 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em 28 de agosto de 2010.

⁵⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 524.

demorada. Ao contrário, haja vista que o art. 37, XXI, em conjunto com o art. 22, XXVII, remeteu ao legislador ordinário a criação de modalidades (procedimentos) de licitação e também as hipóteses em que o certame não seria realizado.

Dessa forma, se o legislador não previu hipótese de licitação mais célere para as hipóteses em que os contratos celebrados não estabelecerão lucro do particular (convênios administrativos), deve a Administração Pública cumprir aquilo que a lei prevê. A esse respeito, assim leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “Para travar convênios com entidade privadas – salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade”.⁵⁷⁴

Assim, a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02 estabelecem como modalidades de licitação: concorrência tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão.

Cabe ao TCU, pois, exigir que os convênios realizados com entidades privadas sejam submetidos à realização prévia de licitação de acordo com uma dessas modalidades previstas pelas Leis 8.666/93 e Lei nº 10.520/02.

Conforme será demonstrado no item 5.7.2.2 (*Regulamentação da modalidade de licitação concurso no âmbito dos convênios administrativos e termos de parceria*), as organizações não governamentais interessadas na celebração de convênios administrativos com a Administração podem ser selecionadas por meio de “chamamento público”, nos termos do Decreto nº 6.170/07, ou de “concurso de projetos”, nos termos do Decreto nº 3.100/99.

Aplicando-se a interpretação conforme à Constituição aos dois mencionados regulamentos, deve-se conceber o chamamento público e o concurso de projetos como aplicação da licitação na modalidade concurso (art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93) aos convênios administrativos.

Assim, cabe ao Chefe do Executivo regulamentar a aplicação da modalidade de licitação concurso aos convênios, “no que couber”, conforme determina o art. 116 da Lei de Licitações. E exatamente nesse contexto é que foram instituídos o

⁵⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. p. 666.

chamamento público, conforme art. 4º do Decreto nº 6.170/07, e o concurso de projetos, nos termos do art. 23 do Decreto nº 3.100/99.

Por fim, não é demais reafirmar que, mesmo no âmbito dos convênios administrativos, somente pode ser afastado o dever de licitar quando existirem relevantes razões que justifiquem a contratação direta, sob pena de flagrante violação ao princípio da isonomia.⁵⁷⁵

As especificidades da relação jurídica estabelecida entre o Poder Público e o terceiro setor por meio de convênio não têm o condão de autorizar a contratação direta fora das hipóteses expressamente previstas em lei.⁵⁷⁶

Conclui-se, pois, que a expressão “no que couber” emerge com outra interpretação: aplicam-se também aos convênios entre o setor público e o setor privado todas as regras compatíveis com as disposições especiais do art. 116 da Lei nº 8.666/93, incluindo-se as que estabelecem o dever de licitar.⁵⁷⁷

5.7. Análise das modalidades de licitação em face da expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei nº 8.666/93

⁵⁷⁵ A esse respeito, ao se referir aos contratos administrativos, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 240.

⁵⁷⁶ Nesse sentido, José Anacleto Abduch dos Santos: “a situação de fato não estiver contemplada em algum dos incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93 ou não for o caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, deverá ser instaurado procedimento licitatório destinado à escolha do ente privado para firmar contrato de gestão ou termo de parceria”. SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitação e terceiro setor*, p. 07.

⁵⁷⁷ “A regra deve ser sempre a de exigir a licitação como requisito prévio à formalização da parceria com o terceiro setor, a não ser que a situação fática se enquadre em uma das hipóteses de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade) prevista pela própria Lei 8.666/93. Como ficou provado ao longo da instrução, não houve legalidade tampouco ajuste ao interesse da coletividade, malgrado referências sobre casos graves de abalo à segurança pública em Ilhabela.

Conclui-se que houve desvio na Lei 941/00 desde em sua gênese, pois interpôs pessoa jurídica de direito privado (LIONS CLUBE) para alegado repasse de dinheiro público às Polícias Militar e Civil, corporação e instituição também públicas e a cargo do Estado, a quem incumbe mantê-las e equipá-las para suas finalidades e atividades. Atropelou-se, além disso, o previsto na Lei Federal 8.666/93, pois ao repassar verbas a entidade particular, ainda que se cuide de prestigiosa entidade, vinha a reboque a possibilidade de tudo ser feito sem licitação”. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 994071300435. Relator Desembargador Borelli Thomaz. Data do julgamento 06 de abril 2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ00ZJA60000>. Acesso em 15 de outubro 2010.

As modalidades de licitação consistem em procedimentos distintos criados pelo ordenamento jurídico para a realização de licitação. A depender dos aspectos quantitativos e qualitativos de cada objeto a ser licitado, a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02 permitem que a Administração Pública utilize modalidades específicas.

No exercício da competência legislativa para editar normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição, a União criou as seguintes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão (previstas na Lei nº 8.666/93) e pregão (prevista na Lei nº 10.520/02).

Ao discorrer sobre as modalidades de licitação tradicionalmente previstas pela Lei nº 8.666/93 (o que exclui a modalidade pregão), Marçal Justen Filho faz diferenciação entre o que ele chama de modalidades “comuns” das modalidades “especiais” de licitação. As comuns são utilizadas como regra em todos os contratos administrativos, especialmente para contratação de obras, serviços e fornecimento. Já as modalidades “especiais” de licitação são admitidas apenas para atender aos fins específicos definidos pela lei, com base em um critério qualitativo.⁵⁷⁸ Concorrência, tomada de preços e convite encaixam-se no primeiro grupo; concurso e leilão, no segundo. Nesse sentido, leciona o autor:

O art. 22 arrola cinco modalidades de licitação. O elenco, não é, porém homogêneo. Sob uma análise doutrinária, pode-se afirmar a existência de três modalidades de licitação. Há uma modalidade que poderia dizer-se “comum”, abrangendo as hipóteses dos incs. I a III. Além disso, existem duas modalidades “especiais” (incs. IV e V).

Essa distinção deriva de que as modalidades dos incs. IV e V são destinadas a fins específicos. Não há cabimento de sua utilização para outros tipos de contratação administrativa senão àquelas para as quais são especificamente destinadas.⁵⁷⁹

Como se vê, a existência de diversas opções de modalidades licitatórias justifica-se pela necessidade de celebração de contratos administrativos com objetos eminentemente distintos.

Como é possível a celebração de convênios administrativos com objetos variados, deve-se admitir, como regra, a aplicação das diversas modalidades de

⁵⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 262.

⁵⁷⁹ JUSTEN FILHO, *op. cit.* p. 262.

licitação ao instituto, de modo a melhor acomodar o interesse público presente em cada caso.

Entretanto, tendo em vista que o art. 116 da Lei nº 8.666/93 determina que se apliquem aos convênios apenas “no que couber” as disposições referentes às licitações e contratos administrativos, deve-se questionar se todas as modalidades de licitação são compatíveis com a natureza não lucrativa dos convênios.

5.7.1. Modalidades comuns de licitação: concorrência, tomada de preços e convite

A diferença entre concorrência, tomada de preços e convite é a “estruturação diversa quanto às fases de divulgação, proposição e habilitação”, o que reflete a maior ou menor necessidade de formalidades conforme a complexidade do objeto da licitação.⁵⁸⁰

Nesse sentido, nos termos do art. 23 da Lei de Licitações e Contratos, a regra é que a escolha entre as distintas modalidades licitatórias se dê pelo critério do valor do objeto a ser contratado.

Como o convênio é espécie de contrato administrativo que se caracteriza pela inexistência de lucro para as partes envolvidas, poder-se-ia sustentar a inadmissibilidade de adoção do vulto da contratação como critério determinante da modalidade de licitação aplicável.

Ocorre que a ausência de vantagens diretas (lucro) para a entidade que celebra o convênio não impede que haja transferência de recursos públicos para particulares. Dessa forma, em se tratando de convênios financeiros, deve-se tomar o valor dos repasses previstos no convênio como parâmetro para a definição da modalidade licitatória a ser adotada.

Aplicam-se aos convênios administrativos, portanto, os incisos I e II do art. 23 da Lei nº 8.666/93.⁵⁸¹

⁵⁸⁰ JUSTEN FILHO, *op. cit.* p. 263.

⁵⁸¹ “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

5.7.2. Modalidades especiais de licitação: concurso

Concurso é modalidade de licitação em que há interesse da Administração em “selecionar trabalho técnico ou artístico, exteriorizador de habilidade físico-intelectual ou revelador de certas capacidades personalíssimas, seja para fins de incentivo ao desenvolvimento cultural, seja para obtenção de resultado prático imediato”.⁵⁸²

A participação nessa modalidade de licitação é estimulada pela presença de prêmio ou de remuneração, em contrapartida à realização e entrega do objeto do certame ao Poder Público, conforme dispõe o art. 22, § 4º da Lei nº 8.666/93.

O art. 52 da Lei de Licitações estabelece que cada certame na modalidade concurso será precedido de um regulamento próprio, o qual disporá sobre: I - a qualificação exigida dos participantes; II - as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; III – as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos. Como o art. 45, § 1º, da Lei nº 8.666/93 exclui o concurso ao discorrer sobre os critérios de julgamento das propostas, caberá ao regulamento dispor também sobre o tipo de licitação (critério de julgamento) aplicável ao caso.

A instituição de prêmio ou remuneração ao licitante vencedor poderia sugerir a incompatibilidade da modalidade concurso com a finalidade não lucrativa dos particulares que celebram convênios administrativos. No entanto, nada impede que os prêmios instituídos pela Administração sejam despidos de conteúdo econômico-

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)”.⁵⁸²

⁵⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 270.

financeiro, podendo a premiação ter caráter honorífico, que consagre a instituição vencedora no seu ramo de atividade.⁵⁸³

Ademais, deve-se interpretar o termo *remuneração* em sentido amplo, como sinônimo de *contraprestação* devida pelo Poder Público. Nesse sentido, os *repasses* previstos em um convênio financeiro, necessários à implementação das metas estabelecidas no plano de trabalho, caracterizam a *remuneração* mencionada pelo art. 22, § 4º da Lei nº 8.666/93.

As expressões utilizadas pela Lei de Licitações têm como foco principal os contratos onerosos, visto que na maioria das vezes os acordos celebrados entre a Administração e um particular possuem natureza lucrativa.

Assim, a razão de o art. 116 da Lei de Licitações determinar a aplicação dos demais dispositivos da Lei “no que couber” diz respeito à necessidade de o intérprete adaptar os diversos termos e conceitos legais ao convênio, espécie contratual caracterizada exatamente pela inexistência de lucro em favor do contratado. Daí a importância de se interpretar extensivamente os termos *prêmio* e *remuneração*, previstos no art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Portanto, a licitação na modalidade concurso é aplicável no âmbito dos convênios administrativos para os objetos que tenham natureza científica, técnica ou artística, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei de Licitações.

Outro aspecto que merece atenção especial diz respeito à possibilidade de o “chamamento público”, previsto no art. 4º do Decreto nº 6.170/07 para a seleção de entidades interessadas na celebração de convênios com a Administração, como também o “concurso de projetos”, instituído pelo art. 23 do Decreto nº 3.100/99 para a seleção de OSCIPs, poderem ser interpretados como regulamentação da modalidade de licitação concurso.

A esse respeito, cumpre atentar para a exigência de lei para a criação de modalidades de licitação, como também para a vedação imposta pelo art. 22, § 8º da Lei nº 8.666/93 quanto à combinação das modalidades já previstas na lei. Nesse sentido, a concepção de que o chamamento público e o concurso de projetos

⁵⁸³ “O prêmio tanto poderá consistir em bem economicamente avaliável como em uma honraria de outra natureza”. JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 270.

constituiriam processos de seleção distintos das modalidades de licitação pré-existent e afrontaria o princípio da reserva legal previsto pela Constituição da República, visto que seriam modalidades criadas por meio de decreto.

Por outro lado, sendo possível a interpretação do chamamento público e do concurso de projetos como aplicação da licitação na modalidade concurso, não haveria razão para se questionar a constitucionalidade dos institutos previstos nas citadas normas regulamentares.

5.7.2.1. Exigência de lei em sentido estrito para a criação de modalidades de licitação

No intuito de regulamentar o art. 116 da Lei nº 8.666/93, o Decreto nº 6.170/07 criou a possibilidade de a Administração realizar chamamento público como modo de selecionar a entidade com a qual pretende celebrar convênio:

Art. 4º 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.

Parágrafo único. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.

Art. 5º O chamamento público deverá estabelecer critérios objetivos visando à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio.

Em sentido semelhante, o art. 23 do Decreto nº 3.100/99, que regulamenta a Lei nº 9.790/99, estabeleceu a possibilidade de OSCIPs serem selecionadas por meio da publicação de “edital de concursos de projetos”:

Art. 23 - A escolha da Organização da Sociedade civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.

Parágrafo único. Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.

Deve-se indagar, no entanto, se o Poder Executivo Federal não extrapolou sua competência regulamentar (art. 84, IV, da CR/88) ao estabelecer novas formas de seleção de entidades privadas para firmar convênios com a Administração Pública.⁵⁸⁴

De acordo com a Constituição de 1988 (art. 37, XXI), é a licitação o instituto jurídico hábil a realizar processo de seleção entre particulares interessados na celebração de contratos com a Administração.

Assim, não se pode perder de vista que qualquer processo administrativo criado pelo legislador ordinário para a seleção de entidades privadas terá a natureza de licitação. O procedimento poderá ser mais complexo (como o da modalidade concorrência) ou simplificado (como o do convite). Não há qualquer impedimento de instituição de procedimentos céleres para a escolha da melhor proposta apresentada, desde que obedeçam ao princípio constitucional da isonomia.

Como o art. 22, XXVII, da Constituição de 1988 estabelece que a edição de normas gerais sobre licitações e contratos inclui-se na competência *legislativa* da União, é inegável que as modalidades de licitação só podem ser criadas por lei em sentido estrito (aprovada pelo Poder Legislativo).

Lembre-se ainda que o art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93, veda expressamente a criação de outras modalidades de licitação, ou mesmo a combinação das previstas na própria Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.⁵⁸⁵

Dessa forma, a criação de nova forma de selecionar entidades privadas (ou seja, a instituição de nova modalidade de licitação) por meio de decreto extrapolaria os limites do poder regulamentar previsto no art. 84, IV da Constituição.

Portanto, no que tange aos procedimentos de seleção “chamamento público” e “concurso de projetos”, criados, respectivamente, pelo Decreto nº 6.170/07 e pelo

⁵⁸⁴ Ao discorrer sobre os limites do poder regulamentar do Chefe do Executivo, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona com maestria: “há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 355.

⁵⁸⁵ “A lei proíbe a adoção de outras modalidades de licitação ou a combinação das regras procedimentais para produzir novas figuras. Significa que o elenco do art. 22 é exaustivo, ressalvada a possibilidade de lei federal específica dispor sobre o tema, tal como se passou com a figura do pregão (que se subordina à disciplina da Lei nº 10.520). Essa norma geral deverá ser observada pelas demais entidades da Federação”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 272.

Decreto nº 3.100/99, existem duas interpretações possíveis: a) os institutos constituem novas modalidades de licitação; ou b) os novos procedimentos constituem regulamentação de modalidade de licitação pré-existente.

Para compreender os limites impostos pelo diploma normativo regulamentado, deve-se partir da redação do art. 116, o qual estabelece a aplicação da Lei nº 8.666/93 aos convênios, “no que couber”. No intuito de regulamentar o dispositivo legal, o Chefe do Executivo poderia apontar quais os dispositivos cabíveis e quais seriam os não cabíveis, desde que respeitados os limites constitucionais impostos pelo regime jurídico-administrativo.

Ocorre que o art. 4º do Decreto nº 6.170/07 e o art. 23 do Decreto nº 3.100/99 não determinaram a aplicação de alguma das modalidades de licitação já previstas na lei, mas optaram por criar nova espécie de seleção: o chamamento público e o concurso de projetos. Com isso, não só extrapolaram os limites autorizativos ao poder de delegar previsto no art. 116, como feriram também o art. 22, § 8º, da mesma Lei de Licitações (vedação de criação de outras modalidades de licitação).

Como seria inconstitucional a interpretação dos dois institutos como novas modalidades de licitação, haja vista a ofensa ao princípio da reserva legal, deve-se compreender o chamamento público e o concurso de projetos como procedimentos resultantes da regulamentação da modalidade de licitação concurso, prevista no art. 22, § 4º da Lei nº 8.666/93.

5.7.2.2 Regulamentação da modalidade de licitação concurso no âmbito dos convênios administrativos e termos de parceria: o “chamamento público” (Decreto nº 6.170/07) e o “concurso de projetos” (Decreto nº 3.100/99)

No intuito de se evitar a inconstitucionalidade formal dos institutos do “chamamento público” e do “concurso de projetos”, deve-se concebê-los como

regulamentação da modalidade de licitação concurso, prevista no art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93.⁵⁸⁶

Trata-se de interpretação conforme à Constituição do art. 4º do Decreto nº 6.170/07 e do art. 23 do Decreto nº 3.100/99, buscando aplicar as normas infraconstitucionais de modo compatível com a Constituição da República.

Segundo Jorge Miranda, visa a interpretação conforme à Constituição, assim, a buscar o sentido necessário e o único que torna possível a existência válida da norma questionada em face da Constituição Federal. Esclarece o autor que a interpretação conforme à Constituição não é apenas uma regra de interpretação, mas um método de fiscalização de constitucionalidade, visto que, entre interpretações plausíveis e alternativas, deve-se aplicar aquela que permita compatibilizá-la com a Constituição.⁵⁸⁷

Dessa forma, o “edital de concursos de projetos” e o “chamamento público” devem ser compreendidos como regulamentação da modalidade de licitação concurso no âmbito dos convênios administrativos, termos de parcerias e contratos de gestão.⁵⁸⁸ Portanto, é possível a aplicação do concurso de projetos e do chamamento público quando o objeto tiver natureza técnica, artística ou científica, instituindo-se prêmio ou remuneração ao vencedor, nos termos do art. 22, § 4º da Lei nº 8.666/93.

Em síntese: o chamamento público previsto pelo art. 4º do Decreto nº 6.170/07 é a modalidade de licitação concurso, prevista no art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93, adaptada à realidade dos convênios administrativos, de acordo com a

⁵⁸⁶ Importante registrar que a interpretação conforme à Constituição dos institutos do chamamento público e do concurso de projetos, em especial como regulamentação da modalidade de licitação concurso no âmbito dos convênios administrativos, constitui ideia decorrente dos profundos debates que ocorreram durante a realização do exame de qualificação desta tese, realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 21.12.2010, perante a banca constituída pelos professores doutores Florivaldo Dutra de Araújo, Luciano Ferraz e Cristiana Fortini.

⁵⁸⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996. Tomo II, p. 264. O papel da interpretação conforme à Constituição, como ensina Luís Roberto Barroso, é “o de ensinar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita”, buscando o sentido necessário e o único que torna possível a existência válida da norma questionada em face da Constituição Federal. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 174.

⁵⁸⁸ Conforme já abordado no item 3.7 (*Natureza dos acordos jurídicos celebrados entre as entidades do terceiro setor e o Estado*), independentemente de eventual terminologia específica atribuída pela legislação infraconstitucional, aplica-se subsidiariamente a legislação pertinente aos convênios administrativos a todos os acordos celebrados sem previsão de lucro para as partes. É nesse sentido que o presente trabalho concebe que os termos de parceria previstos pela Lei nº 9.790/99 e os contratos de gestão previstos pela Lei nº 9.637/98 possuem natureza de convênio administrativo.

expressão “no que couber”, prevista pelo art. 116 da Lei de Licitações. Pelas mesmas razões, considera-se que o concurso de projetos previsto pelo art. 23 da Lei nº 9.790/99 pode ser interpretado como aplicação da modalidade de licitação concurso, “no que couber”, aos termos de parceria, aplicando-se subsidiariamente o art. 116 da Lei nº 8.666/93.

Vale registrar, no entanto, entendimento restritivo apresentado por Marçal Justen Filho quanto à aplicação da modalidade de licitação concurso. De acordo com o autor, não seria admitida a utilização da modalidade concurso para selecionar trabalhos a serem executados depois do certame licitatório:

Existem distinções profundas entre o concurso e as modalidades comuns de licitação. Nas modalidades comuns (concorrência, tomada de preços e convite), a execução da prestação por parte do terceiro faz-se após a licitação. Os interessados formulam proposta e o vencedor será contratado para executar uma determinada prestação. No concurso, o interessado deverá apresentar (como regra) o trabalho artístico ou técnico já pronto e acabado. Não há seleção entre “propostas para futura execução”. Os interessados apresentam o resultado de seu esforço e o submetem à análise da Administração. Por isso, não cabe ao vencedor desenvolver, após o julgamento, alguma atividade de execução.⁵⁸⁹

O posicionamento doutrinário apresentado por Marçal Justen Filho poderia ser apontado como óbice à aplicação da modalidade concurso para selecionar entidades interessadas na celebração de convênios administrativos, visto que esses acordos sempre pressupõem a execução de um plano de trabalho futuro.

Ocorre que a Lei nº 8.666/93 não apresenta qualquer restrição para a utilização da modalidade concurso no intuito de selecionar entidades privadas interessadas na execução de trabalho posterior.⁵⁹⁰

Na verdade, o art. 13, § 1º da Lei de Licitações prevê até mesmo a preferência na utilização da modalidade de licitação concurso para a seleção de profissionais e empresas interessadas na prestação de serviços técnicos especializados:

Art. 13 (*omissis*)

⁵⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 270.

⁵⁹⁰ A esse respeito, vale transcrever o art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece a definição e a abrangência da modalidade de licitação concurso: “§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias”.

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

Portanto, aplicando-se conjuntamente o art. 13, § 1º e o art. 22, § 4º da Lei nº 8.666/93, à luz da expressão “no que couber” prevista no art. 116 da mesma Lei, não há dúvidas acerca da aplicabilidade da modalidade de licitação concurso no âmbito dos convênios administrativos.

Especificamente quanto à celebração de termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem afastado a aplicação da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 10.520/2002, mas não permite que a contratação seja realizada sem critérios objetivos de escolha.⁵⁹¹

Assim, como forma de garantir a seleção objetiva da OSCIP, determina o TCU a realização de concursos de projetos, nos termos do art. 23 do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.⁵⁹²

Como se vê, o TCU considera desnecessária a realização de licitação, mas determina a aplicação do concurso de projetos. Tendo em vista que a própria Constituição estabelece a licitação como procedimento a ser observado (art. 37, XXI), é mais razoável interpretar o concurso de projetos como regulamentação da modalidade de licitação concurso, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Há que ressaltar, por fim, que o art. 4º do Decreto nº 6.170/07 e o art. 23 do Decreto nº 3.100/99 instituíram como mera *faculdade* a realização do chamamento

⁵⁹¹ Nesse sentido o voto do Ministro Ubiratan Aguiar Walton Alencar Rodrigues no Acórdão nº 1.777/2005: “9. Assim, utilizar procedimento licitatório para a seleção de OSCIP significa, a meu ver, a busca pela entidade que reúne melhores condições de alocar recursos públicos com critérios de eficiência, haja vista que o modelo contempla o alcance de resultados e avaliação de desempenho como a mola propulsora do sucesso esperado” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em 07 de junho 2010.

⁵⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em 07 de junho 2010. No mesmo sentido decidiu o TCU em junho de 2008: “9.3. determinar à Prefeitura Municipal de Londrina que, ao lançar concursos para seleção de projetos, com vistas à assinatura de termo de parceria com organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), nos termos do art. 23 do Decreto nº 3.100/1999, para execução do Serviço de Atendimento de Urgência (SAMU), normatizado pelo Decreto nº 5.055/2004, observe o disposto no art. 30 daquele decreto, bem como o art. 10, § 1º, da Lei nº 9.790/1999” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.331/2008. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional. Processo nº 027.206/2006-3. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 11 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em 28 de agosto de 2010.

público e do concurso de projetos para a seleção das entidades interessadas na celebração de convênios e termos de parceria.⁵⁹³

Não se pode compreender como discricionária, no entanto, a realização da licitação, sob pena de flagrante ofensa ao art. 37, XXI, da Constituição. No mesmo sentido, vale citar as lições de Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

A celebração do termo de parceria pelo Estado depende de licitação. O Decreto 3.100/1999, em seu art. 23, estabelece, em caráter facultativo, a realização de concurso de projetos para escolha da OSCIP parceira, o que não basta para garantir adequação aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade. Não obstante parte da doutrina entenda que, assim como nos convênios, também nas parcerias não há obrigatoriedade em licitar, que parecer-nos que os princípios acima reclamam o estabelecimento de procedimento licitatório. Ademais, se a Lei n° 9.790, de 23.3.1999, em seu art. 4ª, inciso I, exige que as pessoas jurídicas interessadas em se qualificarem como Organizações da Sociedade civil de Interesse Público sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre a relevância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, não há como dispensá-la da obrigatoriedade de se submeterem a procedimento licitatório para celebrarem, com o Poder Público, Termo de Parceria.⁵⁹⁴

Desse modo, a faculdade prevista nos dois decretos citados restringe-se à possibilidade de adoção do procedimento específico do chamamento público ou do concurso de projetos quando do cumprimento do dever de realizar o certame licitatório. Caso prefira, a autoridade administrativa poderá adotar outras modalidades de licitação.

5.7.2.3 Possibilidade de utilização do “chamamento público” como forma de credenciamento de instituições sem finalidade lucrativa

O instituto do “chamamento público” previsto pelo art. 4º do Decreto n° 6.170/07 pode também ser interpretado como espécie de credenciamento, nos casos

⁵⁹³ Assim dispõe o art. 23 do Decreto n° 3.100/99: “Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria”.

Em sentido semelhante dispõe o art. 4º do Decreto n° 6.170/07: “Art. 4º 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”.

⁵⁹⁴ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 91-92.

em que ficar comprovada a inviabilidade de competição. Seria possível, assim, valer-se do aludido processo público de divulgação aos interessados, nas hipóteses em que a Administração Pública tiver condições de absorver todas as entidades que tiverem interesse na contratação.

Como bem observa Marçal Justen Filho, o credenciamento constitui procedimento para instrumentalizar a contratação direta por inexigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.666/93:

Nas situações de ausência de competição, em que o credenciamento é adequado, a Administração não precisa realizar licitação. Sob um certo ângulo, verifica-se a inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição. Na verdade, a inviabilidade de competição consiste, no caso, na ausência de exclusão entre os possíveis interessados.⁵⁹⁵

Assim, poderia ser publicado, por exemplo, um edital de chamamento público em que seriam convocadas entidades interessadas na alfabetização de jovens e adultos, sem que haja a previsão de lucro pela prestação dos serviços. Na hipótese de o programa estatal ser de grande dimensão, a ponto de conseguir absorver todos os potenciais interessados, não haveria viabilidade de competição. Todos aqueles que preenchessem os requisitos legais poderiam celebrar o convênio e, conseqüentemente, receberiam os recursos necessários para viabilizar o projeto de interesse público.

No entanto, caso aparecessem mais interessados do que o programa estatal conseguisse absorver, ficaria evidenciada a exclusão de algumas entidades em benefício de outras. Caracterizada, nesta hipótese, a viabilidade de competição, tornar-se-ia imperiosa a realização prévia de procedimento licitatório.

Portanto, o art. 4º do Decreto nº 6.170/07 deve ser interpretado de acordo com o art. 37, XXI da Constituição de 1988, de modo que deverá ser realizada a licitação nas hipóteses em que houver viabilidade de competição.

Caso contrário, justificada a existência dos requisitos para a contratação direta, poderá ser realizado o chamamento público com procedimento equivalente ao do já conhecido processo de credenciamento, haja vista a inviabilidade de competição.

⁵⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 50.

5.7.3. Modalidades especiais de licitação: leilão

O leilão é modalidade de licitação destinada à alienação de bens inservíveis à Administração, regido pelo critério do maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (art. 22, § 5º da Lei nº 8.666/93).

A Lei de Licitações prevê no art. 53, § 2º, que ao fim do certame os bens leiloados serão entregues a seu arrematante, mediante pagamento de parcela à vista em percentual previsto em edital.

Como o leilão antecede sempre a celebração de um contrato de compra e venda, o qual tem por objeto a entrega de um bem em troca de um valor em dinheiro, não é possível aplicar tal modalidade licitatória aos convênios administrativos.

Dessa forma, o leilão é incompatível com a implementação de plano de trabalho, exigido pelo art. 116 da Lei nº 8.666/93 como requisito de validade dos convênios. A execução dos convênio administrativos envolve, pois, o cumprimento de metas que são atingidas por meio da realização das atribuições previstas para cada uma das partes na relação jurídica.

5.7.4. Modalidade de licitação prevista em lei específica: pregão

O pregão é modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520/02, que tem por objetivo a seleção de propostas para a contratação de bens e serviços comuns, independentemente do valor estimado no edital.

Sobre a definição de bens e serviços comuns, prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/02, vale transcrever o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

[...] são produtos cuja escolha pode ser feita tão somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação

minuciosa. São encontráveis facilmente no mercado. São exemplos de bens comuns: canetas, lápis, borrachas, papéis, mesas cadeiras, veículos, aparelhos de ar refrigerado etc. e de execução de serviços: confecção de chaves, manutenção de veículos, colocação de piso, troca de azulejos, pintura de paredes, etc.⁵⁹⁶

A modalidade de licitação pregão é aplicável para a seleção de entidades interessadas na celebração de convênios administrativos, desde que o objeto do ajuste enquadre-se na definição de “bens e serviços comuns”.

O critério de julgamento “menor preço”, que poderia ser apontado como óbice à utilização do pregão no âmbito dos convênios administrativos, deve ser interpretado como “menor quantia a ser desembolsada pela Administração” (*infra*, item 5.8). Dessa forma, não há incompatibilidade entre a inexistência de lucro, que caracteriza o convênio, e o critério de julgamento previsto pelo art. 4º, X, da Lei nº 10.520/02 para o procedimento do pregão.

Por outro lado, o pregão não é aplicável para os convênios não financeiros, haja vista a impossibilidade de utilização do menor preço como critério de julgamento.

5.8. Análise dos critérios de julgamento das propostas (tipos de licitação) à luz da expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei nº 8.666/93

Além de determinar a observância do princípio do julgamento objetivo, o art. 45 da Lei nº 8.666/93 estabelece os critérios de julgamento das propostas que a comissão deverá observar durante o processo de licitação: I - menor preço; II - melhor técnica; III - técnica e preço; IV - maior lance ou oferta.

Como observa Marçal Justen Filho,

Pode afirmar-se que a licitação de menor preço é cabível quando o interesse sob tutela do Estado pode ser satisfeito por um produto qualquer, desde que preenchidos requisitos mínimos de qualidade ou técnica. Já as licitações de técnica são adequadas quando o interesse estatal apenas puder ser atendido por objetos que apresentem a

⁵⁹⁶ BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos*: orientações básicas. 3. ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p. 31. Disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos. Acesso em: 01/10/2010.

melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-financeiras dos gastos públicos.⁵⁹⁷

Desse modo, na licitação de menor preço, a Administração elegerá como vencedora a proposta do licitante que, uma vez tendo preenchidos os critérios mínimos de qualidade previstos no edital, representar a maior economia possível. Nesse caso, os quesitos técnicos não são relevantes para a constatação da melhor proposta, funcionando apenas como um pressuposto a ser observado para que o licitante tenha a oportunidade de apresentá-la. Por outro lado, no tipo melhor técnica, os aspectos qualitativos do objeto da licitação serão pontuados, sendo relevantes na determinação do vencedor do certame.

No que diz respeito aos convênios administrativos, apenas o critério “maior lance ou oferta” não é aplicável, seja por estar vinculado à concessão de direito real de uso, seja por estar vinculada à modalidade de licitação leilão.⁵⁹⁸

O critério de julgamento menor preço é aplicável aos convênios financeiros, espécie em que há repasse de recursos públicos. Não se pode confundir “menor preço” com “menor lucro”. No caso dos convênios, a proposta de menor preço será aquela que se comprometer à realização da atividade de interesse público pretendida, com o menor repasse financeiro por parte da Administração Pública.

Dessa forma, o critério de julgamento baseado no menor preço pode ser operacionalizado por meio da apresentação do menor custo global do plano de trabalho, sagrando-se vencedora a entidade que demonstrar a maior capacidade de otimização dos recursos públicos a serem repassados.

Por outro lado, no caso dos convênios não financeiros, por não envolverem repasse de recursos públicos, não há que se falar em utilização do critério menor preço, mas apenas o de melhor técnica. É que, nesse caso, o interesse da Administração não é a economia ou eficiência no dispêndio dos recursos públicos, como na hipótese dos convênios financeiros, mas apenas a proposta que representar a melhor satisfação do

⁵⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 625.

⁵⁹⁸ Conforme abordado no item 5.6.3, a licitação na modalidade leilão visa à alienação de bens inservíveis à Administração Pública, de modo que em decorrência do leilão são celebrados contratos de compra e venda. Estes contratos são incompatíveis com os convênios administrativos, os quais pressupõem a execução de plano de trabalho mediante a previsão de atribuições para todas as entidades integrantes do ajuste, nos termos do art. 116 da Lei nº 8.666/93.

interesse público. A melhor técnica poderá ser aferida, por exemplo, por meio da experiência e titulação da entidade interessada na celebração de convênios com a Administração.

5.9. Licitação como condição para celebração de contrato de gestão celebrado com as OSs e de termo de parceria com as OSCIPs

5.9.1. O contrato de gestão e o termo de parceria como espécies de convênio

As organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público são espécies de ONGs (organizações não governamentais), com a peculiaridade de possuírem legislação específica que regula tanto a sua qualificação quanto as suas parcerias com a Administração Pública. Nesse sentido, as Leis nº 9.637/98 (OSs) e nº 9.790/99 (OSCIPs).

Considera-se que o contrato de gestão, celebrado com as organizações sociais, bem como o termo de parceria, celebrado com as OSCIPs, possuem natureza jurídica de convênio, uma vez que o particular atua desinteressadamente em parceria com a Administração, no intuito de concretizar algum interesse público.

Ao analisar a necessidade de realizar procedimento licitatório para a celebração de termo de parceria com as OSCIPs, o Tribunal de Contas da União estabeleceu como fator determinante a definição da natureza do instituto, ou seja, se possui caráter de contrato ou de convênio.⁵⁹⁹

⁵⁹⁹ Nesse sentido, afirmou o Ministro Relator: “65. Merece exame também a questão relativa à seleção de Oscip, por parte da Administração, para celebração de Termo de Parceria. A escolha deve ser precedida de procedimento licitatório? São aplicáveis as disposições da Lei n.º 8.666/93 à seleção de entidade qualificada como Oscip para celebração de termo de Parceria, a exemplo dos contratos? Incide, neste caso, o dispositivo constitucional que determina que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública” (art. 37, XXI, CF/88)? Ou os interesses envolvidos, os da Administração e os da Oscip, são convergentes, fazendo com que, a exemplo dos convênios, fora desacordos doutrinários, seja desnecessária a licitação? 66. As respostas a estas perguntas podem ser obtidas, penso, a partir da determinação da natureza jurídica do Termo de Parceria. Se este possuir características próximas às do contrato, a seleção via procedimento licitatório se faz necessária. Se ele se aproximar do convênio, a licitação é inaplicável”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e

A partir daí concluiu que é inaplicável a regra do dever de licitar na escolha de organizações da sociedade civil de interesse público, justamente por se tratar de instituto semelhante ao convênio, em que as partes têm interesses comuns e visam à mútua cooperação.⁶⁰⁰

Conforme já exposto nos itens anteriores, os convênios constituem espécies de contratos administrativos. E como os contratos de gestão e os termos de parceria são espécies de convênios, todas essas formas de acordo possuem natureza contratual, devendo prevalecer a regra da realização prévia de licitação, nos termos do art. 37, XXI da Constituição.

5.9.2. Não cabimento da contratação direta das OSs e das OSCIPs com fundamento na necessidade de qualificação específica

Em relação às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade civil de Interesse Público, costuma-se utilizar também como argumento para a não incidência do dever de licitar o *status* adquirido por essas instituições em decorrência da qualificação conferida pelo Poder Público.

Costuma-se sustentar que, ao analisar previamente os requisitos exigidos pela legislação específica para a qualificação, o reconhecimento pelo Estado de que essas entidades atuam em prol do interesse público já serviria como processo de seleção.⁶⁰¹

ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em 07 de junho 2010.

⁶⁰⁰ Entendo que, quanto à natureza jurídica, o Termo de Parceria se aproxima do convênio. A doutrina administrativista que se debruçou sobre o tema é da seguinte opinião: "Por sua natureza, esse negócio jurídico [o Termo de Parceria] qualifica-se como verdadeiro convênio administrativo, já que as partes têm interesses comuns e visam à mútua cooperação". CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 287. Em consequência, a conclusão a que se chega é que é inaplicável a licitação para a escolha da entidade parceira. BRASIL, Tribunal de Contas da União. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em 07 de junho 2010.

⁶⁰¹ Nesse sentido, Ivan Barbosa Rigolin: "Desde logo restou evidente que à lei pareceu pouco lógico licitar contratos de gestão, já que eles somente poderiam celebrar-se entre o Poder Público e aquelas entidades privadas

De fato, no julgamento da Medida Cautelar na ADI nº 1923/DF, o Ministro do STF, Ilmar Galvão, considerou que, como as Organizações Sociais são entidades criadas pelo Poder Público para absorção de atividades de órgãos públicos, a simples qualificação como OS a credencia para celebrar o contrato em detrimento das demais pessoas jurídicas não qualificadas.⁶⁰²

Não se pode concordar, no entanto, com o entendimento apresentado pelo Ministro Ilmar Galvão. O simples fato de preencher os requisitos estabelecidos pela Lei n. 9.637/98 não significa que as organizações sociais estão aptas a executar qualquer tipo de atividade. Nesse sentido, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não se faz exigência de capital mínimo, nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado, considerando-se bastante para a realização de tal operação a simples aquiescência de dois Ministros de Estado ou, conforme o caso, de um Ministro e de um supervisor da área correspondente à atividade exercida pela pessoa postulante ao qualificativo de organização social.⁶⁰³

Como a Lei nº 9.637/98 prevê que a qualificação das entidades como organizações sociais decorre do exercício de competência conferida ao Ministério da Justiça, em hipótese alguma poder-se-ia substituir um processo de seleção com critérios objetivos por um julgamento discricionário. Nesse sentido, leciona Lúcia Valle Figueiredo:

Nesse passo, deu-se autêntico ‘cheque em branco’, na linguagem do emérito Caio Tácito, ao Executivo, por meio de seus Ministros, irrompendo-se contra a isonomia, facilitando-se toda a espécie de corrupção e protecionismo administrativo, infelizmente tão comuns em países sem tradições sólidas como o nosso. Voltou-se, sem dúvida, ao tempo em que a vontade do Executivo prevalecia sempre.⁶⁰⁴

que previamente foram distinguidas pelo mesmo Poder Público como organizações sociais. Não tem sentido distinguir tais entidades, senão para finalidades específicas, como dentre outras possíveis a capacidade de celebrar contrato de gestão”. RIGOLIN, Ivan Barbosa. O Contrato de gestão e seus mistérios. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 3, p. 58-61, n. 27, mar. 1999, p. 60.

⁶⁰² “Quanto à pretendida licitação para fins de cessão de uso dos bens públicos pelas organizações sociais, é de se por descabida a exigência, na medida em que se considera que se trata de entidades criadas pelo Poder Público justamente para absorção de atividade de órgão público, não havendo qualquer justificativa para que, nessas condições, se instaure concurso entre elas e entidades outras, não qualificadas para o mister”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 01 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

⁶⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 240.

⁶⁰⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 144.

Ademais, o ato de qualificação das entidades, por si só, não assegura a celebração do contrato de gestão com a consequente liberação de verbas públicas a entidades particulares.

Assim, existem, no Brasil, diversas ONGs que adquiriram o *status* de OS ou OSCIP, mas nunca foram agraciadas com repasses públicos decorrentes da celebração de termos de parceria ou de contratos de gestão. Em contraposição, existem também várias entidades que receberam a aludida qualificação especial de maneira irregular, recebendo indevidamente recursos públicos por anos a fio.

A doutrina especializada e a jurisprudência dos tribunais superiores devem mudar o foco do controle das relações entre o Estado e o terceiro setor. Discutem-se, à exaustão, os critérios para a qualificação de associações e fundações como organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público, como também o respeito ao devido processo legal nas hipóteses em que o Estado pretende descredenciar as entidades infratoras.⁶⁰⁵

Importa perceber que, muito pior do que analisar discricionariamente a qualificação das entidades, é decidir discricionariamente qual o montante financeiro a ser repassado e qual entidade será a beneficiária de tais transferências.

É nesse sentido, portanto, que se afirma que o *status* de OS ou OSCIP poderia ser utilizado, no máximo, como requisito de habilitação para a celebração de convênios, termos de parceria ou contratos de gestão.

Como observa Sílvio Luís Ferreira da Rocha, o contrato de gestão celebrado entre a Administração e a Organização Social submete-se ao regime de direito público: “O art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal, e o art. 7^a da Lei nº 9.637 de 15.5.1998, determinam a observância dos princípios da legalidade,

⁶⁰⁵ No julgamento do Mandado de Segurança nº 10.527/DF, o STJ entendeu válida decisão que cassou a qualificação de organização social de entidade que descumpriu as metas estabelecidas no contrato de gestão. Na oportunidade, o tribunal reiterou a necessidade de se respeitar o contraditório e o devido processo legal, haja vista se tratar de decisão restritiva de direitos do particular. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 10.527/DF. Impetrante: Associação Brasileira para o uso sustentável da Biodiversidade da Amazônia – BIOAMAZÔNIA; Impetrado: Ministra do Meio Ambiente. Relatora Ministra Denise Arruda. Data do julgamento 14 de outubro 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200500468511&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 10 de dezembro 2010.

impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade na elaboração do contrato de gestão”.⁶⁰⁶

Em seguida, conclui o autor, de maneira mais incisiva:

Certos procedimentos prévios devem ser observados na elaboração do contrato de gestão. Deve haver, como regra, a realização de licitação. O procedimento licitatório configura um antecedente lógico e necessário do contrato administrativo com vistas a proporcionar ao Poder Público a oportunidade de realizar para si o negócio mais vantajoso e, ao mesmo tempo, assegurar aos administrados a possibilidade de disputarem o direito de contratar com o Estado. Aceitamos a não realização da licitação apenas nas hipóteses em que a lei estabelece a dispensa ou a inexigibilidade da licitação.⁶⁰⁷

5.9.3. Inconstitucionalidade do concurso de projetos previsto no Decreto nº 3.100/99 como forma de seleção das OSCIPs

Especificamente quanto à celebração de termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem afastado a aplicação da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 10.520/2002, mas não permite que a contratação seja realizada sem critérios objetivos de escolha.⁶⁰⁸

Assim, como forma de garantir a seleção objetiva da OSCIP, determina o TCU a realização de concursos de projetos, nos termos do art. 23 do Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999.⁶⁰⁹

⁶⁰⁶ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. p. 141.

⁶⁰⁷ ROCHA, *op. cit.* p. 142.

⁶⁰⁸ Nesse sentido o voto do Ministro Ubiratan Aguiar Walton Alencar Rodrigues no Acórdão nº 1.777/2005: “9. Assim, utilizar procedimento licitatório para a seleção de OSCIP significa, a meu ver, a busca pela entidade que reúne melhores condições de alocar recursos públicos com critérios de eficiência, haja vista que o modelo contempla o alcance de resultados e avaliação de desempenho como a mola propulsora do sucesso esperado”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em 07 de junho 2010.

⁶⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em 07 de junho 2010. No mesmo sentido decidiu o TCU em junho de 2008: “9.3. determinar à Prefeitura Municipal de Londrina que, ao lançar concursos para seleção de projetos, com vistas à assinatura de termo de parceria com organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP), nos termos do art. 23 do Decreto nº 3.100/1999, para execução do Serviço de Atendimento de Urgência (SAMU), normatizado pelo Decreto nº 5.055/2004, observe o disposto no art. 30 daquele decreto, bem como o art. 10, § 1º, da Lei nº 9.790/1999”.

Para a melhor compreensão da questão, vale transcrever o citado dispositivo normativo:

Art. 23 - A escolha da Organização da Sociedade civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.

Parágrafo único. Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.

Observe-se que o TCU não exigiu a observância da Lei nº 8.666/93 quando da celebração de termos de parceria com as OSCIPs. Por outro lado, determinou que o procedimento de seleção previsto no art. 23 do Decreto nº 3.100/99 fosse seguido, como forma de garantir a observância exigência de licitação esculpida no art. 37, XXI, da Constituição.

Ocorre que embora o Decreto nº 3.100/99 tenha sido editado no intuito de regulamentar a Lei nº 9.790/99, deve ser registrado que não há qualquer dispositivo legal que tenha criado a modalidade de licitação “concurso de projetos”.

Dessa forma, a seleção prevista pelo Decreto nº 3.100/99 e acolhida pelo TCU afronta o art. 22, XXVII da Constituição, que determina a competência legislativa da União para estabelecer normas gerais sobre licitações. E não há dúvidas de que a criação de uma modalidade de licitação enquadra-se no conceito de normas gerais, aplicáveis a todos os entes federativos.

Lembre-se ainda que o art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93, veda expressamente a criação de outras modalidades de licitação, ou mesmo a combinação das previstas na própria Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.⁶¹⁰

Ademais, o art. 23 do Decreto nº 3.100/99 viola também o art. 84, IV/CR, vez que extrapola o poder regulamentar conferido ao chefe do Poder Executivo.⁶¹¹

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 021.035-2005-9. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1039/2008. Plenário. Processo nº 021.035-2005-9. Representação. Relator Ministro Guilherme Palmera. Data do julgamento: 05 de junho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=9&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 12 de novembro 2010.

⁶¹⁰ “A lei proíbe a adoção de outras modalidades de licitação ou a combinação das regras procedimentais para produzir novas figuras. Significa que o elenco do art. 22 é exaustivo, ressalvada a possibilidade de lei federal específica dispor sobre o tema, tal como se passou com a figura do pregão (que se subordina à disciplina da Lei nº 10.520). Essa norma geral deverá ser observada pelas demais entidades da Federação”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 272.

Diante do exposto, reconhecida a incidência do art. 37, XXI da Constituição de 1988, não há dúvidas de que os termos de parceria celebrados entre o Estado e as OSCIPs devem ser precedidos de licitação.

No mesmo sentido, vale citar as lições de Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

A celebração do termo de parceria pelo Estado depende de licitação. O Decreto 3.100/1999, em seu art. 23, estabelece, em caráter facultativo, a realização de concurso de projetos para escolha da OSCIP parceira, o que não basta para garantir adequação aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade. Não obstante parte da doutrina entenda que, assim como nos convênios, também nas parcerias não há obrigatoriedade em licitar, quer parecer-nos que os princípios acima reclamam o estabelecimento de procedimento licitatório. Ademais, se a Lei nº 9.790, de 23.3.1999, em seu art. 4^a, inciso I, exige que as pessoas jurídicas interessadas em se qualificarem como Organizações da Sociedade civil de Interesse Público sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre a relevância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, não há como dispensá-la da obrigatoriedade de se submeterem a procedimento licitatório para celebrarem, com o Poder Público, Termo de Parceria.⁶¹²

E como uma nova modalidade de licitação só poderia ser criada por lei em sentido estrito (aprovada pelo Poder Legislativo), a seleção na modalidade “concurso de projetos” apresenta-se inconstitucional, devendo o certame ser realizado de acordo com um dos procedimentos previstos nas Leis 8.666/93 e 10.520/02.

5.9.4. O concurso de projetos previsto no Decreto nº 3.100/99 como forma de seleção das OSCIPs: aplicação da modalidade de licitação concurso (art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93)

Conforme já abordado no item 5.7.2.2, deve-se interpretar o concurso de projetos previsto no art. 23 do Decreto nº 3.100/99 como regulamentação da modalidade de licitação concurso, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

⁶¹¹ Ao discorrer sobre os limites do poder regulamentar do Chefe do Executivo, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona com maestria: “há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 355.

⁶¹² ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*, p. 91-92.

5.9.5. A contratação de organizações sociais por dispensa de licitação (art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93)

No tocante às organizações sociais, o legislador ordinário utilizou-se da prerrogativa concedida pelo próprio art. 37, XXI, da Constituição, no sentido de estabelecer hipóteses legais em que não se aplica a exigência de licitar.

Dessa forma, inseriu no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 hipótese expressa de dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços decorrentes de um contrato de gestão anteriormente celebrado com o Poder Público:

Art. 24 - É dispensável a licitação:

[...]

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

Cumpra salientar, primeiramente, que o fato de ter incluído a celebração de contratos de prestação de serviços com as OSs no rol de hipóteses de dispensa de licitação comprova que a regra é a realização prévia de licitação. É que somente pode ser excepcionada como dispensa a hipótese que, normalmente, estaria sujeita à regra geral que impõe o dever de licitar.⁶¹³

⁶¹³ “A constitucionalidade do referido art. 24, inciso XXIV está condicionada à não cobrança de contraprestação por parte das organizações sociais. A faculdade de se travar contrato com a organização social, sem que antes se implemente prévia competição entre eventuais interessados, somente se justifica se esta entidade realmente não se confunde com as demais igualmente atuantes em determinada área. Se esta não é a situação, seria inadmissível conferir tratamento diferenciado à organização social. A hipótese tratada no art. 24, inciso XXIV, não é tão diversa da prevista no inciso VIII do mesmo artigo. O espírito que alimenta os dispositivos é o mesmo: não faz sentido realizar licitações se há entidade auxiliar do ente político capaz de desenvolver a atividade.” FORTINI, Cristiana. *Natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face de danos causados a terceiros*. p. 17-18.

A hipótese de dispensa de licitação incluída no art. 24, XXIV na Lei nº 8.666/93 pelo art. 1º da Lei nº 9.637/98 foi objeto de questionamento perante o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF.⁶¹⁴

Ao julgar a liminar pleiteada na ADI nº 1923/DF, o STF, por maioria, entendeu inexistir inconstitucionalidade na hipótese de dispensa de licitação para a celebração de contratos com as organizações sociais. O Relator originário, Ministro Ilmar Galvão, acompanhado pelos Ministros Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, Néri da Silva, Moreira Alves, Nelson Jobim, César Peluzo e Gilmar Mendes, salientou que uma das finalidades das organizações sociais é dinamizar a atuação dos entes prestadores de serviços públicos, introduzindo no regime de tais atividades a flexibilidade inerente ao setor privado.

Argumentou o Ministro Ilmar Galvão que, exatamente por ser atividade pública, executada por instituição privada, não há que se falar em inconstitucionalidade em relação à dispensa de licitação:

a edição de norma própria, voltada aos procedimentos de compra específicos para o atendimento das peculiaridades das “OS” não malfere a competência privativa da União para edição de normas de licitação, que se dirigem à Administração Pública e não a organizações não governamentais de caráter privado.⁶¹⁵

A tese vencedora no Supremo Tribunal Federal, todavia, foi duramente criticada pela doutrina de direito administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que considerar a atividade exercida pelas organizações sociais como de natureza privada constitui deturpação da gestão do patrimônio público.⁶¹⁶

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello pontua ser a Lei nº 9.637/98 inconstitucional, na medida em que permite que se “travem contratos

⁶¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 01 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

⁶¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 01 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

⁶¹⁶ “O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público (...)”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 498.

administrativos com o Poder Público sem licitação e sem cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais como impessoalidade”.⁶¹⁷

De fato, não podem as organizações sociais receber bens, servidores e recursos públicos sem qualquer processo seletivo prévio, em que fique resguardada a igualdade de competição a quaisquer interessados. Considera o autor que a outorga unilateral da qualificação como OS, bem como do contrato de gestão sem o prévio certame, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.⁶¹⁸

Foi nesse sentido que o Ministro Eros Grau divergiu do Ministro Ilmar Galvão e votou pelo deferimento da liminar pleiteada na ADI nº 1923/DF, entendendo pela inconstitucionalidade do dispositivo legal que incluiu o art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93. Afirmou o Ministro que não há qualquer justificativa que embase a celebração do contrato de gestão, com a consequente destinação de recursos orçamentários e de bens públicos às Organizações Sociais, por meio de dispensa de licitação.⁶¹⁹

Segundo a divergência, pois, deveria sempre prevalecer a regra do art. 37, XXI da Constituição, sendo vedado ao legislador afastar o certame sem a observância dos princípios constitucionais. Assim, pontuou o Ministro Eros Grau: “embora a Constituição autorize o legislador a excepcionar a exigência da licitação, ele o fará, se e quando fizer, sob as vinculações que a totalidade normativa que a Constituição impõe, especialmente a vinculação pela igualdade”.

O voto divergente do Ministro Eros Grau foi corroborado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que consideraram inconstitucional a hipótese de o Poder Público contratar com organizações sociais sem o prévio certame licitatório.

⁶¹⁷ “No caso, o tema propõe porque a lei disciplinadora das ‘organizações sociais’ pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público sem licitação e sem cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (...) garantidora dos interesses públicos”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 236.

⁶¹⁸ “Ademais, independentemente disto, como é óbvio, também não podem – o que já se sublinhou – receber bens públicos, dotações orçamentárias e servidores públicos, a custa do erário, sem processo regular em que se assegure a igualdade a quaisquer interessados (...)”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 242.

⁶¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 01 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

Todavia, com o indeferimento da liminar na Medida Cautelar na ADI nº 1923/DF, prevaleceu no âmbito do Supremo Tribunal Federal a ideia de que não havia *fumus boni iuris* a justificar a concessão da medida de urgência.

Desse modo, até o julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade serão considerados válidos os contratos de gestão celebrados sem licitação.

Deve-se observar, no entanto, que a hipótese de dispensa de licitação incluída no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 vem sendo interpretada como autorização de contratação direta para a celebração dos contratos de gestão entre a Administração Pública e as organizações sociais, e não como hipótese de contratação direta para os futuros contratos de prestação de serviço.

Tal entendimento predominou até mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, na qual se questiona, entre outros aspectos, a constitucionalidade do art. 24, XXIV na Lei nº 8.666/93. A esse respeito, vale transcrever parte do voto do Ministro Eros Grau: “Seja como for, a celebração desse contrato de gestão com o Poder Público habilitará a organização social ao desfrute de certas vantagens. Mais do que vantagens, favores desmedidos, visto que essa contratação não é antecedida de licitação”.⁶²⁰

Trata-se de equívoco quanto à determinação da abrangência da dispensa de licitação incluída no art. 24, XXIV, da Lei de Licitações. Ora, a redação do citado dispositivo legal não criou hipótese de contratação direta *para celebrar contratos de gestão*, mas hipótese *dispensa para contratação de prestação de serviços*, o que pressupõe a celebração prévia de um contrato de gestão.

Deve-se interpretar a decisão proferida na ADI nº 1923/DF, portanto, como inexistência de inconstitucionalidade da hipótese de dispensa de licitação para a contratação de serviços já previstos no contrato de gestão.

Com efeito, se houver licitação prévia para a seleção da OS que vai celebrar o contrato de gestão, a celebração dos contratos de prestação de serviços decorrentes das metas estabelecidas anteriormente poderia ser dispensada da realização de

⁶²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 01 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

licitação. E foi exatamente isso o que fez o legislador ao incluir o inciso XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/93.

Conforme leciona Marçal Justen Filho, “a questão está na contratação que dará origem às demais”, ou seja, adotando-se como premissa que a dispensa refere-se aos futuros contratos de prestação de serviços que serão celebrados com a OS, deve-se atentar para a exigência de licitação como condição para a celebração do próprio contrato de gestão.⁶²¹

Acerca da necessidade de realização prévia de licitação como requisito de validade dos contratos de gestão, vale citar as lições de Luciano Ferraz:

Relativamente à necessidade de certame para que o Estado firme contrato de gestão com entidades qualificadas como organizações sociais, nossa posição é incisiva. Se o ajuste com elas tem a natureza contratual e havendo, como de fato há, viabilidade de competição, afastada estará a discricionariedade do administrador, impondo-se a disputa. Caso contrário, estarão burlando o art. 37, XXI, da Constituição Federal e os princípios da competitividade.⁶²²

No mesmo sentido, vale citar as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não se imagine que pelo fato de o art. 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para arredar tal dever sempre que lhe apraza. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia.⁶²³

Lado outro, é evidente que deve não se deve conferir interpretação extensiva ao art. 24, XXIV, de modo que não se admita a dispensa de licitação para a contratação de outras entidades do terceiro setor.

Apesar da expressa disposição do art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93 nesse sentido restrito, há autores que sustentam a extensão da dispensa de licitação também

⁶²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 345.

⁶²² FERRAZ, Luciano. O Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas. *Interesse Público*, p. 37-46, vol 3, jul a set. 1999, p. 44. No mesmo sentido: “A questão tem de ser solucionada segundo os princípios gerais aplicáveis. Não é admissível afirmar que a Administração seria livre para realizar o contrato de gestão, sem maiores parâmetros jurídicos. O contrato de gestão não é uma espécie de porta aberta para escapar das limitações do direito público. Portanto e até em virtude da regra explícita do art. 37, XXI, da CF/88, o Estado é obrigado a submeter seus contratos de gestão ao princípio da prévia licitação”. JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* p. 345.

⁶²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 240.

às OSCIPs, na hipótese de celebrarem termos de parceria com o Estado. Marçal Justen Filho, por exemplo, acredita que termo de parceria e contrato de gestão têm a mesma natureza jurídica, razão pela qual seria natural se interpretar analogicamente o referido dispositivo da Lei de Licitações.⁶²⁴

Não se pode ignorar, no entanto, que o rol de hipóteses de dispensa de licitação é taxativo, devendo sempre ser interpretado restritivamente. Trata-se de situações em que, em tese, é possível a licitação, já que existe viabilidade de competição (ao contrário das situações de inexigibilidade de licitação).

Assim, se o legislador excepcionou a regra geral que estabelece o dever de licitar, nos termos do art. 37, XXI da Constituição, tal disposição especial não pode ser ampliada pela vontade do intérprete, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Ademais, não se trata de situações fáticas similares, a ponto de se admitir a interpretação analógica. É que a Lei nº 9.637/98, que estabelece os requisitos para qualificação de entidades como organizações sociais, exige que o Poder Público participe efetivamente da direção da instituição, o que já não ocorre no âmbito das OSCIPs.

De fato, o art. 2º da Lei nº 9.637/98 estabelece como requisito à qualificação de OS a “previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral”. Em outras palavras: há servidores públicos ocupando cargos relevantes nas organizações sociais e gerindo os recursos públicos repassados pela Administração Pública. Por isso o legislador ordinário autorizou a contratação direta das OSs para a prestação de serviços decorrentes do contrato de gestão.

Nas OSCIPs, todavia, a gestão da instituição se dá apenas por particulares que não possuem qualquer vinculação com o Estado. Fica claro, por isso, que as entidades possuem estrutura e composição distintas, o que afasta a analogia e,

⁶²⁴ “O termo de parceria está para a organização da sociedade civil de interesse público como o contrato de gestão está para a organização social. A natureza jurídica de ambas as figuras é similar. Portanto, e nas condições antes expostas, deve adotar-se licitação para seleção de uma entidade beneficiada por recursos e verbas públicas. Uma vez promovida a seleção, seria possível que as contratações derivadas e acessórias se fizessem sem licitação”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 348. No mesmo sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 278.

consequentemente, a extensão do art. 24, XXIV às organizações da sociedade civil de interesse público.

5.10. Celebração de convênios com entidades de apoio

As entidades de apoio são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por particulares sob a forma de associação, fundação ou cooperativa, para a prestação de serviços a uma entidade da Administração.⁶²⁵

O exemplo clássico e mais comum de entidades de apoio é o das fundações ligadas a universidades públicas. Chamadas de fundações de apoio, essas entidades de direito privado têm a facilidade de se relacionar com terceiros sem a observância do regime jurídico-administrativo.

Dessa forma, o repasse das universidades públicas às fundações de apoio sempre ocorreu via convênio, sem a realização de licitação e, a partir da entrada do dinheiro na conta da fundação de apoio, bastava gerir os recursos sob a ótica privada, ou seja, sem fazer licitação. Vale transcrever, a esse respeito, as críticas apresentadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Em suma, o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última; só que quem arrecada toda a receita e a administra é a entidade de apoio. E o faz sob as regras das entidades privadas, sem a observância das exigências de licitação (nem mesmo os princípios da licitação) e sem a realização de qualquer tipo de processo seletivo para a contratação de empregados. Essa é a grande vantagem dessas entidades: elas são a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público.⁶²⁶

⁶²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 493.

⁶²⁶ “Ficou demonstrado que, embora haja diferenças entre umas e outras entidades de apoio, elas obedecem, em regra, a determinado padrão. Com efeito, a cooperação com Administração se dá, em regra, por meio de convênios, pelos quais se verifica que praticamente se confundem em uma e outra as atividades que as partes conveniadas exercem; o ente de apoio exerce as atividades próprias da entidade estatal com a qual celebrou o convênio, tendo inseridas tais atividades no respectivo estatuto, entre os seus objetivos institucionais. A própria sede das duas partes também, por vezes, se confunde, pois o ente de apoio nem sempre tem sede própria. Esse ente de apoio assume a gestão de recursos públicos próprios da entidade pública. Grande parte dos empregados do ente de apoio é constituída por servidores dos quadros da entidade pública com a qual cooperam. O local de prestação de serviços também é, em regra, o mesmo em que a entidade pública atua”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 495.

Ao analisar as relações das universidades federais com “suas” respectivas fundações de apoio, o Tribunal de Contas da União decidiu pela ilegalidade do vínculo jurídico. A partir daí, a União editou a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que “dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências”.⁶²⁷

Entre as disposições acerca das relações entre fundações de apoio e as universidades públicas, permitiu-se expressamente a contratação direta, por dispensa de licitação, nos termos do art. 24, XIII da Lei nº 8.666/93.⁶²⁸

Após a edição da Lei nº 8.958/94, o Tribunal de Contas da União passou a entender possível a contratação de fundações de apoio sem certame público prévio, desde que sejam observados requisitos que demonstrem que a atividade da entidade de apoio contratada é voltada à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional.⁶²⁹

Frise-se que restou pontuado pelo Ministro Relator Valmir Campelo que somente os acordos que efetivamente envolvessem atividade educacional é que seriam celebrados por meio de dispensa de licitação, porquanto somente nesses casos é que a parceria se torna compatível com o art. 218 da Constituição.⁶³⁰

⁶²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 494.

⁶²⁸ Nesse sentido o art. 1º da Lei nº 8.958/94, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010: “Art. 1º As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, sobre as quais dispõe a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos”.

⁶²⁹ “14.A segunda questão atrelada à finalidade deste processo diz respeito à legitimidade/legalidade da relação entre Fundação de Apoio/Universidade. Neste mister, ficou consignado no meu Relatório que a Lei nº 8.958/94 privilegia apenas as situações de apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão, além de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, o que é compatível como o art. 218 da Constituição Federal, que diz que “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”, adicionando, ainda, no § 3º do mesmo artigo, que “concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.” Entretanto, configura-se flagrante e, possivelmente, generalizado desrespeito à finalidade estabelecida pela Lei nº 8.958/94 às Fundações de Apoio, revelando serem necessários alguns corretivos para o desvirtuamento da aplicação da lei, inclusive quanto à submissão das Fundações à Lei das Licitações, visto que a referida Lei de 1994 não a eliminou por completo”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 655/2002. Plenário. Processo nº 017.029/2001-2. Tomada de Contas Especial. Relator Ministro Valmir Campelo. Data do julgamento: 19 de junho 2002. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=10>. Acesso em 15 de novembro de 2010. No mesmo sentido: Acórdão n.º 1.534/2009-1ª Câmara; Acórdãos n.os 1.192/2006, 2.149/2006 e 887/2010, todos da 2ª Câmara. (BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão n.º 3117/2010-2ª Câmara, TC-014.508/2005-9, rel. Min. José Jorge, 22.06.2010.

⁶³⁰ “II) Quanto à legalidade/legitimidade da relação entre a Fundação e a Instituição de Ensino e Pesquisa, considerar as orientações seguintes nas análises de contrato por dispensa de licitação, com base no art. 1º da Lei nº 8.958/94:

O entendimento do TCU mostra-se compatível com a inovação legislativa, tendo em vista que a hipótese de dispensa de licitação prevista pelo art. 1º da Lei 8.958/94 vincula a contratação de fundações de apoio para auxiliar projetos específicos e por prazo determinado.

Com o advento da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, foi acrescentado o inciso XXXI ao art. 24 da Lei nº 8.666/93, reforçando a possibilidade de celebração de contratos por dispensa de licitação entre as universidades federais e as entidades de apoio.⁶³¹

Não é demais lembrar que a dispensa de licitação retrata situações em que a licitação seria possível, mas que o legislador autorizou a contratação direta para efetivar outros princípios constitucionais. Dessa forma, mesmo nos casos em que houver mais de duas instituições igualmente qualificadas, ainda assim o Poder Público está autorizado a escolher discricionariamente a entidade parceria e contratá-la diretamente com base no art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93.⁶³²

a) são condições indispensáveis que:

a1) a instituição contratada tenha sido criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico; e

a2) o objeto do contrato esteja diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional;

b) a Fundação, enquanto contratada, deve desempenhar o papel de escritório de contratos de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES, ou de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito universidades;

c) o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico;

d) os contratos para execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada;

e) a manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 655/2002. Plenário. Processo nº 017.029/2001-2. Tomada de Contas Especial. Relator Ministro Valmir Campelo. Data do julgamento: 19 de junho 2002. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=10>. Acesso em 15 de novembro de 2010.

⁶³¹ A esse respeito, vale transcrever a nova hipótese de dispensa de licitação incluída no art. 24 da Lei nº 8.666/93: “XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes”. A mencionada Lei nº 10.973/04 dispõe sobre “incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências”, tratando expressamente em seu art. 3º-A das fundações de apoio ligadas a universidades federais.

⁶³² “O simples fato de existir mais de uma instituição que preencha as condições estabelecidas no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, não se constitui em óbice à dispensa da licitação para a efetivação de contratos que guardem sintonia com o preconizado naquela norma”. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2002.001590-3. Relator Desembargador Newton Trisotto. Data do julgamento: 10 de junho 2003. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?>

Não se trata de uma autorização ilimitada no tempo para a realização de todas as atividades-meio das instituições de ensino superior. O que foi permitido é que para cada projeto de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes, seja realizado um processo de contratação direta por dispensa de licitação, atentando-se para os requisitos do art. 26 da Lei nº 8.666/93.

Fora dessas hipóteses (projetos específicos), havendo possibilidade de competição entre uma entidade e outros fornecedores de bens e serviços, torna-se obrigatória a realização de licitação, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

5.11. Contratação de entidades do terceiro setor por inexigibilidade de licitação

A doutrina tradicional aponta como argumento para a não realização de licitação a inviabilidade de competição, que seria consequência lógica da ausência de remuneração e da mútua colaboração.⁶³³

Ocorre que não se pode presumir que as situações concretas enquadram-se como hipóteses de inexigibilidade de licitação, sob pena de desrespeito à regra instituída pelo art. 37, XXI da Constituição, a qual impõe a realização prévia de licitação como condição de celebração de contratos administrativos.

Dessa forma, somente nos casos em que restar comprovada a inviabilidade de competição é que estará autorizada a contratação direta. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo) entendeu aplicável o art. 25 da Lei nº

cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20020015903&Pesquisar=Pesquisar. Acesso em: 21 de outubro 2010. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 1957. Autor: Ministério Público Federal; Indiciados: André Zacharow e outros. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 04 de junho 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2109812>. Acesso em: 21 de outubro 2010.

⁶³³ “Quanto à exigência de licitação para a celebração de convênios, ela 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”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 340.

8.666/93 nas situações em que o Poder Público comprovar que apenas uma entidade manifestou interesse na celebração de contrato de gestão.⁶³⁴

Corroborando esse posicionamento, vale transcrever decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Pernambuco):

Inexiste nos autos qualquer referência à existência de outra organização social com objetivo de promover o desenvolvimento científico e tecnológico local, pelo que resta configurada a inviabilidade de licitação com o fito de escolher determinada organização social para firmar contrato de gestão. 3. É inegável o risco de grave prejuízo à ordem econômica, uma vez que a suspensão do Contrato de Gestão nº 02/2005 impediria o repasse de recursos federais já previstos no Orçamento Geral da União, paralisando, conseqüentemente, as obras e serviços para a implantação do Sergipe Parque Tecnológico. 4. Agravo regimental improvido.⁶³⁵

Assim, para que uma entidade privada seja contratada diretamente por inexigibilidade de licitação, deve-se comprovar o preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Não há qualquer óbice, por exemplo, em celebrar convênios com faculdades privadas, no qual conste o dever das instituições concederem descontos para os servidores públicos dos entes conveniados. Trata-se de típico caso de celebração direta de convênios por inexigibilidade de licitação em virtude da inviabilidade de competição. Na verdade, reitera-se aqui o que foi dito há pouco acerca do instituto do credenciamento: se não houver exclusão de outros potenciais interessados, não é possível a licitação em virtude de todas as entidades privadas terem acesso ao mesmo tipo de contrato.

⁶³⁴ “No que concerne à dispensa do procedimento licitatório para a celebração do contrato de gestão, malgrado os entendimentos doutrinários acerca das possíveis interpretações e até mesmo da inconstitucionalidade do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93, inserido pela Lei nº 9.648/98, a se considerar o princípio constitucional da licitação, insculpido no art. 37, XXI da Magna Carta, é de se ressaltar que, na hipótese *sub judice*, inexistente manifestação de interesse de outra entidade quanto à execução das ações e serviços de saúde relativos ao Hospital Municipal "Dr. José de Carvalho Florence", situação que, ao menos, num primeiro momento, resultaria na inviabilidade do certame para escolha de determinada organização social. Consta dos autos que o Município agravado oficiou a outras quatro entidades, além da SPDM, que desenvolvem atividades voltadas à área da saúde (Hospital Sta. Marcelina, Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, UNICAMP/SP e USP/Hospital das Clínicas), consultando acerca do interesse em se qualificarem como organização social, com o intuito de celebrar, oportunamente, contrato de gestão para a administração do referido hospital municipal, sendo que apenas a SPDM manifestou interesse (fls. 921/929)”. SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 200603001189724. Agravante: Ministério Público Federal; Agravado: Município de São José dos Campos/SP. Relatora Juíza Federal Consuelo Yoshida. Data do julgamento: 22 de março 2010. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26>. Acesso em 22 de dezembro 2010.

⁶³⁵ PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo regimental nº 20050500016409401. Agravante: Ministério Público Federal; Agravado: Estado de Sergipe. Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Data do julgamento: 26 de agosto 2005. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>. Acesso em: 22 d dezembro 2010.

Observe-se, pois, que o critério da contratação direta para o terceiro setor é exatamente o mesmo utilizado em todo contrato administrativo, devendo ser pautado em critérios objetivos e formalizados por meio de processo administrativo expressamente motivado.

Assim, cabe ao Poder Público comprovar que uma ONG possui notória especialização e que está apta a executar um determinado objeto singular, o que caracteriza a inviabilidade de competição.

Um convênio celebrado entre o Município de Recife e a Associação de Pais e Amigos — APAE, por exemplo, para a prestação de serviços singulares, poderia ser celebrado de forma direta, uma vez que a especialização dessa entidade é notória.⁶³⁶

Uma vez comprovado o preenchimento dos requisitos exigidos para a dispensa ou para a inexigibilidade de licitação, está autorizada a contratação direta. Dessa forma, ainda que existam outras instituições educacionais igualmente qualificadas à celebração do convênio com o Poder público, os artigos 24 e 25 da Lei de Licitações excepcionam a regra insculpida no art. 37, XXI da CR/88, autorizando a contratação direta.⁶³⁷

⁶³⁶ A APAE constitui entidade que atua há várias décadas em defesa da pessoa com deficiência intelectual e múltipla, estando presente em mais de 2 mil municípios em todo o território nacional. Uma pesquisa realizada pelo Instituto Qualibest em 2006, a pedido da Federação Nacional das Apaes, mostrou que a Apae é conhecida por 87% dos entrevistados e tida como confiável por 93% deles: “São resultados expressivos e que refletem o trabalho e as conquistas do Movimento Apaeano na luta pelos direitos das pessoas com deficiência. Nesse esforço destacam-se a incorporação do Teste do Pezinho na rede pública de saúde; a prática de esportes e a inserção das linguagens artísticas como instrumentos pedagógicos na formação das pessoas com deficiência, assim como a estimulação precoce como fundamental para o seu desenvolvimento. [...] O Movimento Apaeano é uma grande rede, constituída por pais, amigos, pessoas com deficiência, voluntários, profissionais e instituições parceiras - públicas e privadas - para a promoção e defesa dos direitos de cidadania da pessoa com deficiência e a sua inclusão social. Atualmente o Movimento congrega a Fenapaes - Federação Nacional das Apaes, 23 Federações das Apaes nos Estados e mais de duas mil Apaes distribuídas em todo o País, que propiciam atenção integral a cerca de 250.000 pessoas com deficiência. É o maior movimento social do Brasil e do mundo, na sua área de atuação”. Disponível em: <http://www.apaebrasil.org.br/artigo.phtml/2>. Acesso em: 29 de jun. de 2010.

⁶³⁷ “É de se destacar, no entanto, que a Lei não prevê, no caso de incidência da situação prevista no inc. XIII do art. 24 da Lei n. 8.666/93, a necessidade de licitação, mesmo no caso da existência de instituições congêneres. Isso, segundo alguns autores, poderia significar a abertura para os desmandos e os apaniguamentos. O risco realmente existe e caso verificada, pelo menos como indício plausível, a sua ocorrência, a correção via ação popular se legitimaria.

No entanto, sem um mínimo de dado concreto a lhe dar guarida, a hipotética suposição de lesividade ou protecionismo, apenas porque existem outras Universidades no Estado, não é motivo suficiente para atacar um ato que se revestiu de legalidade. Pensar o contrário, seria permitir que o processo, em vez de instrumento a serviço da justiça e da pacificação, servisse à inquietação e a insegurança das relações jurídicas sedimentadas ao abrigo da lei. (...) Concordo com o entendimento sufragado pelo ilustre jurista. Seu posicionamento se ajusta e referenda o que dantes se argumentou: o simples fato de existir mais de uma instituição que preencha as condições estabelecidas no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, não se constitui em óbice à dispensa da licitação para a efetivação de contratos que guardem sintonia com o preconizado naquela norma.” SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2002.001590-3. Data do julgamento: 10 de

5.11.1. Não cabimento da equiparação dos convênios com o terceiro setor às hipóteses de inexigibilidade de licitação (credenciamento)

Parte da doutrina utiliza ainda como fundamento para justificar a ausência de licitação, quando da escolha das Organizações Sociais, a equiparação da celebração dos contratos de gestão com o credenciamento, hipótese de inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/93).

Com efeito, Lucas Furtado afirma que a opção por celebrar contrato de gestão com a Organização Social não exclui a possibilidade de contratar com outra instituição para atuar exatamente na mesma área:

Quanto à definição de qual entidade deverá ser qualificada como Organização Social e com a qual deverá ser celebrado contrato de gestão, respeitados os requisitos legais, existe inegável margem de discricionariedade da Administração Pública. Não há como se cogitar, nesse caso, de realizar licitação para a escolha de tais entidades, porque a qualificação de certa entidade em determinada área de atuação não impede a qualificação de diversas outras para atuarem exatamente na mesma área.⁶³⁸

Dessa forma, sustenta-se que não haveria viabilidade de competição, haja vista a possibilidade de todos os interessados poderem se qualificar como organizações sociais.⁶³⁹

Essa tese, contudo, não deve prosperar, tendo em vista que representa certa confusão entre o momento de qualificação da entidade e o momento de formação do vínculo com o Estado (contrato de gestão).

De fato, não há viabilidade de competição quanto à possibilidade de qualificação das ONGs como organizações sociais, visto que o deferimento do pedido de uma instituição não exclui a possibilidade de qualificar outras.

junho 2003. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20020015903&Pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 21 de outubro 2010.

⁶³⁸ FURTADO, Lucas. *Curso de Licitações e contratos administrativos*: teoria, prática e jurisprudência, p. 218.

⁶³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 49.

É requisito para a celebração de contrato de gestão que uma ONG seja qualificada como organização social. Nesse sentido, os artigos 5º e 6º da Lei nº 9.637/98 estabelecem que o contrato de gestão será celebrado entre “o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no artigo 1º”.

Mas a simples qualificação, no entanto, não assegura à entidade que será agraciada com a celebração de um contrato de gestão e, conseqüentemente, não garante que ela será beneficiada com o repasse de recursos públicos.⁶⁴⁰

Para que se configurasse a inviabilidade de competição e a contratação com entidades sem fins lucrativos pudesse ser comparada ao credenciamento, seria necessário que a Petrobrás, por exemplo, que em 2009 repassou a determinada ONG 16,1 milhões de reais, tivesse condições de celebrar convênios com todas as ONGs interessadas e repassasse a cada uma delas o mesmo vultoso montante.⁶⁴¹

Deve ficar claro, assim, que o credenciamento pressupõe que todo e qualquer particular interessado que preencha os requisitos objetivos possa contratar com a Administração Pública. É o que ocorre com as clínicas interessadas em integrar o Sistema Único de Saúde. Basta preencher requisitos objetivos que o vínculo com o SUS será celebrado, sem a necessidade de competição com outro hospital.

Já na relação jurídica com o terceiro setor essa situação, em tese, não se reproduz, haja vista o caráter excludente de cada convênio celebrado entre o Estado e um particular. O que toda entidade quer é o repasse de recursos e, como é notório, os recursos financeiros são limitados e finitos.

5.12. Os contratos administrativos (gênero) celebrados irregularmente sob a forma de convênios

⁶⁴⁰ “Na legislação vigente, também se observou que a celebração do contrato de gestão restou desvinculada do momento da qualificação, que deveria ser próxima a ele, senão contemporânea”. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*, p. 298.

⁶⁴¹ PETROBRAS contrata ONG por R\$ 16,1 mi. *Jornal Folha Online*. Publicado em 06/06/2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u577524.shtml>> Acesso em: 23/06/2010.

Ainda que prevaleça o entendimento até hoje dominante, no sentido de ser desnecessário licitar previamente à celebração de convênios, deve-se atentar para os vínculos irregularmente firmados sob a roupagem de convênios administrativos, quando constituem, de fato, contratos em que o particular visa ao lucro.

Atento justamente a algumas práticas que pretendem atrair a incidência do regime “mais flexível”, instituído pelo art. 116, a Lei nº 8.666/93 determina em seu art. 2º a realização de licitação em todos os vínculos em que forem instituídos benefícios diretos para o particular contratado.

Vale transcrever o disposto no art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8.666/93:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Como já foi demonstrado nos itens anteriores, é equivocado o entendimento de que nos convênios não existem obrigações recíprocas, haja vista as atribuições a serem cumpridas por cada um dos partícipes. Dessa forma, a expressão “obrigações recíprocas” prevista no parágrafo único do art. 2º deve ser entendida como prestação em favor do particular, o que vai caracterizar a remuneração em decorrência do vínculo.

Desse modo, tome-se como exemplo a celebração de convênio entre um particular ("Fundação Mickey e Donald's") e um ente público, buscando-se o desenvolvimento do ensino infantil.

Foi estabelecida como obrigação do particular conveniente, nesse caso, a doação de duzentos cadernos, ao passo que à Administração Pública caberia a obrigação de distribuir os cadernos às crianças, de acordo com critérios estabelecidos pedagogicamente.

Ocorre que entre as atribuições da Administração consta o dever de inserir nos cadernos, em caráter de exclusividade, a marca da entidade doadora ("Fundação Mickey e Donald's"). Vale salientar que essa fundação, por sua vez, é vinculada a uma

empresa de mesmo nome, a qual atua na área de gêneros alimentícios (sanduíches), conhecida no mercado como "Mickey e Donald's".

Fica evidente, portanto, que se trata de contrato de patrocínio, e não de convênio, visto que a inserção da marca nos cadernos, em caráter de exclusividade, representa benefício direto da contratada.

Em caso semelhante, o Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, do Tribunal de Contas da União, determinou a observância dos interesses das partes: “Não utilizem convênio como forma de ajuste quando os interesses das partes não concorrerem para o mesmo objetivo”.⁶⁴²

Confirmando decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça anulou o convênio celebrado em desacordo com o art. 116 da Lei nº 8.666/93, como também condenou agente público do Município de Lorena por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, XI da Lei nº 8.429/92.⁶⁴³

Cumprido ressaltar que fraudes dessa natureza poderiam ser evitadas por meio da compreensão do instituto do convênio como espécie de contrato

⁶⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1369/2008. Plenário. Processo nº 031.449/2007-6. Representação. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Data do julgamento: 16 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=11&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 15 de novembro 2010. Vale transcrever, no mesmo sentido, decisão do Tribunal de Contas da União que considerou nulo convênio celebrado para assegurar interesses próprios das partes:

“Com efeito, os interesses das duas partes envolvidas na avença sob análise - América Latina Logística do Brasil S.A. e 10º Batalhão de Engenharia e Construção do Exército Brasileiro - não são sequer similares. Os interesses da referida empresa restringem-se à realização de serviços de recuperação na malha ferroviária da qual detém a concessão de exploração - no caso o trecho entre as estações Uvaranas-Ponta Grossa-Apucarana da Ferrovia Cental do Paraná -, interesses esses que não se alinham com o eventual interesse do referido Batalhão de Engenharia militar, declaradamente o de adestramento do seu corpo de engenharia. Ora, vez que o objeto da avença não trata de interesses comuns aos dois partícipes, não se trata de convênio, mas de contrato, instrumento adequado para abrigar interesses opostos e estabelecer os direitos e obrigações de cada parte”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 031.449/2007-6, Acórdão 1369/2008, Plenário Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. J: 16/07/2008, DOU: 18/07/2008.

⁶⁴³ “ADMINISTRATIVO - PROCESSO CIVIL - CONVÊNIO - COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS - ACÓRDÃO RECORRIDO - OMISSÃO - INEXISTÊNCIA EXPRESSA ABORDAGEM DOS TEMAS AVIADOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 10, XI, DA LEI 8.429/92 - PREQUESTIONAMENTO - NÃO-OCORRÊNCIA - SÚMULA 282/STF - ART. 422 DO CC E ART. 116, § 1º, DA LEI 8.666/93 - MATÉRIA DE FATO - SÚMULA 7/STJ. 3. A Corte local entendeu inexistir interesse comum na promoção do convênio, bem como a comprovação dos requisitos previstos no art. 116, § 1º, da Lei 8.666/93, juízos de valor sobre matéria fático-comprobatória insuscetível de exame na via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 4. A presença de boa fé não implica na validade da adoção de convênio como modalidade de contratação, pois a violação ao patrimônio público também ocorre por culpa na adoção do instrumento administrativo adequado à contratação, na espécie a licitação com ampla possibilidade de competição. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 887.600/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon. Data do julgamento 16 de junho 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602140390&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 12 de dezembro de 2010.

administrativo, o que determinaria a incidência das principais disposições da Lei n. 8.666/93 quando da celebração dos acordos com particulares.

O problema é que a doutrina dominante ainda apresenta resistências quanto à adoção da licitação como requisito para a celebração de convênios, por acreditar que é irrelevante qual o particular que recebe repasses públicos (por vezes milionários), em virtude dos interesses serem comuns.

Enquanto prevalecer tal posicionamento doutrinário, deve o intérprete restringir a aplicação do art. 116 às hipóteses em que o partícipe não aufera vantagem direta, que possa ser caracterizada como lucro, em contrapartida ao fornecimento de bens e serviços. Exatamente aí reside a importância do art. 2º, parágrafo único da Lei nº 8.666/93.

5.13. Necessidade de realização de processo de seleção *pelas* entidades privadas

Com o aumento de repasses financeiros a entidades do terceiro setor sem a realização prévia de licitação, tornou-se cada vez maior a preocupação com o respeito ao princípio da isonomia, haja vista que quantias vultosas são destinadas a ONGs que, por sua vez, contratam empresas privadas para fornecer bens e serviços.

Assim, além da discussão acerca da exigência de o Estado licitar para contratar entidades do terceiro setor, deve-se questionar a necessidade de as organizações não governamentais licitarem para adquirir bens e serviços, após receberem o repasse de recursos públicos.

De acordo com Marçal Justen Filho, a licitação seria requisito indispensável apenas para a seleção da organização não governamental. A partir da escolha da instituição parceira, todas as contratações derivadas do repasse de verbas públicas poderiam ser promovidas sem certame público prévio.⁶⁴⁴

⁶⁴⁴ “O termo de parceria está para a organização da sociedade civil de interesse público como o contrato de gestão está para a organização social. A natureza jurídica de ambas as figuras é similar. Portanto e nas condições antes expostas, deve adotar-se a licitação para seleção de uma entidade a ser beneficiada por recursos e verbas públicas. Uma vez promovida a seleção, seria possível que as contratações derivadas e acessórias se fizessem sem licitação”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 348.

Essa é a regra inerente aos contratos administrativos: a licitação é necessária apenas para selecionar o particular a ser contratado pela Administração Pública. Depois de selecionada a instituição privada, cabe a ela, como contratada, decidir a melhor forma de adquirir os insumos necessários à execução do contrato.

É que o regime jurídico-administrativo incide nas relações entre o Estado e os particulares, ao passo que as relações entre particulares regem-se pelo princípio da livre iniciativa e da autonomia privada.

Por outro lado, é livre a qualquer entidade (pública ou privada) estabelecer cláusulas contratuais como exigência para o repasse de recursos. Nesse contexto poderia uma cláusula editalícia estabelecer que o contratado deverá fazer processo de seleção para adquirir bens e serviços necessários à execução do objeto da avença.

Há que se observar, no entanto, que o tema é tratado pelo direito positivo no âmbito legal e infralegal, de modo que a necessidade de as organizações não governamentais realizarem licitação para suas compras e aquisições merecerá abordagem distinta, de acordo com as peculiaridades de cada entidade do terceiro setor.

A celebração de convênios entre as entidades do terceiro setor e o Poder Público tem como norma de observância direta o art. 116 da Lei nº 8.666/93. Ocorre que tal dispositivo nada dispõe acerca da maneira como as ONGs aplicarão o montante recebido.

A Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, editada pela Secretaria do Tesouro Nacional, já estabelecia em seu art. 27, parágrafo único, que os entes privados que celebrassem convênios com o Poder Público não estariam subordinados à Lei nº 8.666/93, mas apenas a procedimentos análogos ao estabelecido na norma geral de licitações e contratos administrativos.

O Tribunal de Contas da União, no entanto, decidiu no Acórdão nº 1.070/2003 que a Secretaria do Tesouro Nacional deveria adaptar a IN/STN nº 01/97 ao art. 37, XXI da Constituição, exigindo a realização de licitação quando da aplicação de recursos públicos, ainda que geridos por particular:

9.2 com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 45 da Lei nº 8.443/92, fixar o prazo de 30 (trinta) dias para que o Secretário

da Secretaria do Tesouro Nacional/STN dê exato cumprimento à Lei, adequando o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 01/97, publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997, ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que exige lei específica na realização de licitação, no caso a Lei nº 8.666/93, quando da aplicação de recursos públicos, ainda que geridos por particular, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 45 c/c o art. 58 inciso II, da mesma Lei.⁶⁴⁵

Assim, foi editada a Instrução Normativa nº 3/2003, também da STN, que alterou o art. 27 da IN/STN nº 01/97, para excluir o seu parágrafo único. A nova redação passou a exigir a realização de licitação pelas entidades sem fins lucrativos após o repasse de verbas públicas da União Federal

Posteriormente, a partir de 2005, o Tribunal de Contas da União passou a recomendar à Presidência da República que utilizasse da competência prevista no art. 84, inciso IV, da Constituição da República, para regulamentar o art. 116 da Lei nº 8.666/93, “em especial, as disposições da Lei de Licitações, que devem ser seguidas pelo particular partícipe de convênio (...), nas restritas hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos”.⁶⁴⁶

Naquela oportunidade, entendeu o Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues que até o momento em que se procedesse a regulamentação do referido dispositivo, deveria ser estabelecido que “a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, *ex vi* do art. 116 da Lei nº 8.666/93”.⁶⁴⁷

Nesse contexto, foi editado o Decreto 5.504, de 5 de agosto de 2005, o qual determinou que os entes públicos ou privados que recebessem recursos públicos, por meio de convênios, realizassem processo de licitação para as contratações de bens e serviços.

⁶⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.070/2003. Plenário. Processo nº 003.361/2002-2. Levantamento de auditoria. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Data do julgamento: 06 de agosto 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=12&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 19 de novembro 2010.

⁶⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 353/2005. Plenário. Processo nº 003.361/2002-2. Levantamento de auditoria. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data do julgamento: 06 de abril 2005. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=13&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 19 de novembro 2010.

⁶⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 353/2005. Plenário. Processo nº 003.361/2002-2. Levantamento de auditoria. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data do julgamento: 06 de abril 2005. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=13&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 19 de novembro 2010.

Assim, de acordo com o art. 1º, *caput* e seu §1º, ambos do Decreto nº 5.504/2005, as entidades sem fins lucrativos que celebrassem convênios com a União estariam obrigadas a realizar licitação para gastar o dinheiro oriundo de tais transferências voluntárias.

No intuito de conferir maior efetividade ao comando do Decreto nº 5.504/2005, foi editada pelos Ministérios do Orçamento, Planejamento e Gestão e Ministério da Fazenda, a Portaria Interministerial nº 217, de 31 de julho de 2006, a qual estabeleceu que, nos convênios celebrados com o terceiro setor, fosse inserida cláusula exigindo a realização de licitação, quando da contratação de bens e serviços pelas entidades convenientes.

Todavia, a Portaria Ministerial nº 150, de 18 de maio de 2007, revogou o disposto na Portaria Interministerial nº 217/2006 e desobrigou a imposição de cláusula que obrigasse a realização de licitação nas compras e contratos das entidades sem fins lucrativos parceiras da União.

É de se destacar, contudo, que a Portaria nº 217/2006 não teve o condão de acabar com a exigência de licitar, uma vez que continuava vigente o disposto no Decreto 5.504/2005 (norma hierarquicamente inferior à portaria).

Ocorre que, pouco tempo depois, foi editado o Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que revogou parcialmente o Decreto nº 5.504/2005.⁶⁴⁸ Assim, a partir dessa norma, os entes privados não estão mais obrigados a se submeter aos ditames da Lei nº 8.666/93 ou da Lei 10.520/2002, mas nas contratações e aquisições realizadas com recursos públicos devem obedecer aos princípios da impessoalidade, moralidade, economicidade e realizar, ao menos, cotação de preços:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

⁶⁴⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que com o advento do Decreto nº 6.170/2007, a licitação prevista no Decreto 5.504/2005 deixou de ser obrigatória: “Contudo, o Decreto nº 6.170, de 35-7-2007, que estabelece normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, faz exigência diversa da prevista no Decreto nº 5.504/2005 (...). Em consequência, embora a licitação prevista no Decreto nº 5.504/05, possa ser realizada (e é conveniente que o seja), ela deixou de ser obrigatória para a aquisição de bens e serviços, bastando, nessas hipóteses, a cotação prévia de preços no mercado e a observância dos princípios referidos no art. 11 do novo Decreto.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 499.

No ano seguinte, o Decreto nº 6.170/2007 foi regulamentado pela Portaria Interministerial nº 127, de 30 de maio de 2008, editada conjuntamente pelo Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e Controladoria Geral da União. Os artigos 45 a 48 da Portaria nº 127/08 estabelecem os parâmetros que irão nortear a cotação de preços prevista no art. 11 do Decreto nº 6.170/2007.⁶⁴⁹

Manifestando-se acerca do Decreto nº 6.170/2007, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão nº 1.331/2008, entendeu que as regras da Lei nº

⁶⁴⁹ “Art. 45. Para a aquisição de bens e contratação de serviços com recursos de órgãos ou entidades da Administração Pública federal, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

Parágrafo único. A entidade privada sem fins lucrativos deverá contratar empresas que tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.

Art. 46. A cotação prévia de preços prevista no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, será realizada por intermédio do SICONV, conforme os seguintes procedimentos:

I - o conveniente registrará a descrição completa e detalhada do objeto a ser contratado, que deverá estar em conformidade com o Plano de Trabalho, especificando as quantidades no caso da aquisição de bens;

II - a convocação para cotação prévia de preços permanecerá disponível no SICONV pelo prazo mínimo de cinco dias e determinará:

a) prazo para o recebimento de propostas, que respeitará os limites mínimos de cinco dias, para a aquisição de bens, e quinze dias para a contratação de serviços;

b) critérios para a seleção da proposta que priorizem o menor preço, sendo admitida a definição de outros critérios relacionados a qualificações especialmente relevantes do objeto, tais como o valor técnico, o caráter estético e funcional, as características ambientais, o custo de utilização, a rentabilidade; e c) prazo de validade das propostas, respeitado o limite máximo de sessenta dias.

III - o SICONV notificará automaticamente, quando do registro da convocação para cotação prévia de preços, as empresas cadastradas no SICAF que pertençam à linha de fornecimento do bem ou serviço a ser contratado;

IV - a entidade privada sem fins lucrativos, em decisão fundamentada, selecionará a proposta mais vantajosa, segundo os critérios definidos no chamamento para cotação prévia de preços; e

V - o resultado da seleção a que se refere o inciso anterior será registrado no SICONV.

§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária:

I - quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou compra ou ainda para obras, serviços e compras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e

II - quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão-só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.

§ 2º O registro, no SICONV, dos contratos celebrados pelo beneficiário na execução do objeto é condição indispensável para sua eficácia e para a liberação das parcelas subsequentes do instrumento, conforme previsto no art. 3º.

Art. 47. Cada processo de compras e contratações de bens, obras e serviços das entidades sem fins lucrativos deverá ser realizado ou registrado no SICONV contendo, no mínimo, os seguintes elementos:

I - os documentos relativos à cotação prévia ou as razões que justificam a sua desnecessidade;

II - elementos que definiram a escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço;

III - comprovação do recebimento da mercadoria, serviço ou obra; e

IV - documentos contábeis relativos ao pagamento.

Art. 48. Nas contratações de bens, obras e serviços as entidades privadas sem fins lucrativos poderão utilizar-se do sistema de registro de preços dos entes federados”.

8.666/93 e da Lei 10.520/2002 realmente não se aplicam às entidades sem fins lucrativos que celebram convênio com o Poder Público:

Recentemente, foi editado o Decreto nº 6.170/2007, que dispõe sobre normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios, contratos de repasse e termo de cooperação, além de discriminar outras providências.

Nesse Decreto, o art. 11, para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666/1993, estabelece que as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos da União mediante convênio deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Entendo, portanto, que essa deve ser a extensão da aplicação do Estatuto das Licitações pelas entidades privadas que recebam recursos mediante transferências voluntárias da União. Nesse sentido, reputo desnecessária a recomendação sugerida pela Unidade Técnica.⁶⁵⁰

Observe-se, contudo, que devem essas instituições, ao receber recursos da União mediante convênio, observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato, nos termos do art. 11 do Decreto nº 6.170/2007.⁶⁵¹

Dessa forma, justamente por não integrarem a Administração Pública, as ONGs não se sujeitariam às regras de contratação das Leis 8.666/93 e Lei 10.520/2002. Deveriam, na verdade, ser subordinadas a regulamento próprio ou a procedimentos seletivos simplificados. Nesse sentido, Tatiana Martins da Costa Camarão sugere “a implantação para estas entidades de sistema semelhante ao da cotação eletrônica de preços, aplicativo utilizado pelo portal de compras federal”.⁶⁵²

Para Luciano Ferraz, é ilegal a exigência de observância obrigatória da Lei nº 8.666/93 e da Lei 10.520/2002 pelas entidades privadas, por meio de simples decreto ou instrução normativa.⁶⁵³ No mesmo sentido, Tatiana Martins da Costa Camarão sustenta que exigir a licitação como requisito prévio para as contratações e aquisições decorrentes de convênio inviabiliza a própria parceria entre entes privados e

⁶⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 027.206/2006-3. Acórdão nº 1.331/2008, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. J: 09/07/2008. DOU: 11/07/2008. Disponível em www.tcu.gov.br.

⁶⁵¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 027.206/2006-3. Acórdão nº 1.331/2008, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. J: 09/07/2008. DOU: 11/07/2008. Disponível em www.tcu.gov.br.

⁶⁵² CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Da não submissão das entidades sem fins lucrativos aos procedimentos licitatórios* – comentários ao Decreto Federal nº 5.504/05, p. 207.

⁶⁵³ FERRAZ, Luciano. *Pregão presencial e eletrônico. Fórum de contratação e gestão pública*. n. 59 ano 5, novembro de 2006, p. 239.

Poder Público. Isso porque a exigência de certame encareceria a operacionalização do objeto da parceria e burocratizaria a contratação.⁶⁵⁴

Cumpra observar, no entanto, que a doutrina e o Tribunal de Contas da União têm determinado a realização de licitação apenas na relação das entidades particulares que recebem a verba prevista no convênio com as empresas do setor privado. Ou seja, é grande a preocupação quanto ao gasto do dinheiro pela entidade privada que celebrou convênio com a Administração.

A principal discussão, que diz respeito à necessidade de licitação para a escolha da entidade do terceiro setor que receberá os recursos públicos, tem sido deixada de lado.

Se realmente for realizada a licitação para a escolha da organização não governamental que será agraciada com a celebração de convênio com o Poder Público, o princípio da isonomia e da eficiência já estão atendidos. Nessa hipótese, não seria mais necessária a exigência de processo de seleção no momento em que a entidade do terceiro setor vai gastar os recursos públicos repassados, como ocorre em qualquer outro contrato administrativo.

Pode-se até afirmar que a liberdade de um licitante para escolher os seus próprios fornecedores é fator determinante para a redução da proposta comercial no âmbito da licitação, de modo que o princípio da eficiência será observado em maior medida se o contratado (ou convenente) puder contratar bens e serviços com quem ele quiser.

É que o respeito à autonomia privada do contratado permitirá que ele negocie com os fornecedores à luz da livre concorrência, o que implicará redução dos seus custos e, potencialmente, diminuição do valor a ser pago pelo Poder Público.

Importa sempre lembrar que o regime jurídico dos convênios administrativos celebrados entre a Administração Pública e uma entidade privada não é o mesmo regime dos convênios celebrados entre entidades públicas.

Uma vez que o Estado transfere recursos a um particular, o dinheiro se torna patrimônio da entidade, ainda que vinculado a uma destinação específica. Basta observar que, no momento de contratar fornecedores de bens e serviços no intuito de

⁶⁵⁴ CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *op. cit.* p. 203.

executar o objeto do convênio, o partícipe não atua como preposto do Estado, ou seja, em nome da Administração Pública.

Não se pode aceitar, assim, o entendimento doutrinário que aponta a natureza do recurso transferido pelo Estado ao particular como fator de distinção entre contratos e convênios:

No contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do Poder Público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio.⁶⁵⁵

O equívoco desse entendimento doutrinário leva à confusão sobre a própria essência do convênio, haja vista que esta espécie de ajuste não constitui mero contrato de mandato, por meio do qual a Administração constitui um mandatário para lhe representar. Se assim fosse, o partícipe do convênio passaria a atuar em nome do próprio Estado, de acordo com as prerrogativas e limitações decorrentes do regime jurídico-administrativo.

Assim, o partícipe do convênio não só teria que fazer as vezes das comissões de licitação, como também teria que proceder, em matéria financeira, nos termos da Lei nº 4.320/64 e da L. C. nº 101/00, o que acarretaria a necessidade de o particular emitir, por exemplo, nota de empenho.

Além disso, se a verba repassada pelo Estado continuasse sendo pública, a entidade privada não poderia atuar em nome próprio quando fosse gastar o dinheiro. Dessa forma, a Administração é que teria que figurar como parte nos contratos celebrados com fornecedores, de modo que a entidade do terceiro setor atuaria como mera gestora de verbas públicas, ou seja, mera representante do Estado. Como consequência última, teria que ser indagado qual a necessidade de o Poder Público ter a intermediação de uma ONG, em vez de simplesmente fazer ele mesmo, Estado, a licitação e a contratação do fornecedor.

Curioso notar que a professora Di Pietro, que sustenta a natureza pública do dinheiro gerido pela entidade privada, defende que no convênio inexistente delegação

⁶⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 337-338.

de competências, haja vista que “no convênio, pressupõe-se que as duas pessoas têm competências comuns e vão prestar mútua colaboração para atingir seus objetivos”.⁶⁵⁶

Deve-se observar ainda que Di Pietro caracteriza o convênio como forma de fomento:

É normalmente utilizado [fomento] quando o Poder Público quer incentivar a iniciativa privada de interesse público. Ao invés de o Estado desempenhar, ele mesmo, determinada atividade, opta por incentivar ou auxiliar o particular que queira fazê-lo, por meio de auxílios financeiros ou subvenções, financiamentos, favores fiscais etc. A forma usual de concretizar esse incentivo é o convênio.⁶⁵⁷

Ora, é contraditório entender que a entidade particular atua de acordo com seus objetivos e competências próprias, mas administra os recursos financeiros em nome do Estado, por meio de delegação de competências públicas.⁶⁵⁸

Percebe-se, pois, que no convênio ocorre a transferência de patrimônio em favor do partícipe para que este último atue em nome próprio. Por esta razão, os recursos transferidos por meio do convênio são contabilizados pelo particular como receita própria advinda de terceiros, ainda que não decorra lucro de tal prestação de serviços. O fato de os valores repassados estarem vinculados à consecução do objeto do convênio não altera sua natureza⁶⁵⁹.

Nesse sentido, cumpre transcrever o que dispõe o art. 1º, § 1º, VIII e § 2º do Decreto nº 6.170/07:

Art. 1º [...]

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

[...]

VIII - interveniente - órgão da Administração Pública direta e indireta de qualquer esfera de governo, ou entidade privada que participa do convênio para manifestar consentimento ou assumir obrigações em nome próprio; [...]

⁶⁵⁶ DI PIETRO, *op. cit.* p. 339.

⁶⁵⁷ DI PIETRO, *op. cit.* p. 339.

⁶⁵⁸ “Como exposto, o convênio propicia a atribuição de bens, recursos e pessoal de um ente federado para gestão por outro, em nome próprio. Situação similar se passa na hipótese de delegação.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação de consórcios públicos*, p. 20.

⁶⁵⁹ No caso, seria possível fazer uma analogia entre a natureza do dinheiro repassado por meio de convênio e a doação com encargo concebida no direito privado: quando, no direito privado, existe doação com encargo, o patrimônio doado é transferido ao beneficiário, de modo que apenas se não cumprido o encargo é que essa situação se reverterá. No caso dos convênios, a questão é a mesma: o partícipe recebe a transferência do recurso público para consecução dos objetivos pactuados; apenas se não o fizer é que o dinheiro será devolvido ao erário. Mas essa vinculação com a finalidade pública não implica a não transferência do recurso.

§ 2º A entidade contratante ou interveniente, bem como os seus agentes que fizerem parte do ciclo de transferência de recursos, são responsáveis, para todos os efeitos, pelos atos de acompanhamento que efetuar. [sem destaques no original]

Não há dúvidas de que, a exemplo do que ocorre com os contratos administrativos de prestação de serviços em geral, no âmbito dos convênios administrativos ocorre a transferência patrimonial do Estado para uma pessoa jurídica privada.

É por isso que a realização de licitação é imprescindível no momento da escolha da entidade que receberá os recursos, ou seja, deve-se licitar para escolher o particular que será beneficiado pelos repasses e que ficará responsável pela aplicação dos recursos no intuito de atender aos objetivos do convênio.

Caso contrário, entender que os valores repassados às entidades privadas para a execução do convênio continuam tendo natureza de dinheiro público, significa dizer que a entidade particular deverá contratar fornecedores com o dinheiro do Estado e em nome do Estado. E a atuação em nome do Estado deveria atrair integralmente a incidência do regime jurídico-administrativo previsto na Lei nº 8.666/93, visto que o particular atuaria como mero preposto.⁶⁶⁰

5.13.1. Contratações realizadas pelas OSCIPs, OSs e Fundações de Apoio

Com a edição de legislação específica para novas espécies de entidades do terceiro setor, as disposições gerais acerca dos convênios administrativos passaram a admitir algumas exceções.

Dessa forma, no que se refere às contratações que as OSCIPs, Organizações Sociais e fundações de apoio realizarem com recursos públicos, não se aplica o

⁶⁶⁰ Corroborando a incorporação do dinheiro repassado por meio de convênio ao patrimônio do partícipe responsável pela gestão da verba, a súmula nº 209 do STJ assim dispõe: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”. Embora haja ainda divergências quanto à competência jurisdicional para julgar o prefeito responsável pela aplicação dos recursos transferidos pela União (v. também súmula nº 208 do STJ), a discussão restringe-se à interpretação do art. 109 da Constituição, não havendo questionamentos quanto à incorporação da verba, nos termos consagrados pela súmula nº 209.

entendimento dominante no plano dos convênios, haja vista que as Leis nº 9.790/99, 9.637/98 e 8.958/94 tratam de forma específica das três citadas entidades.

O TCU firmou entendimento exatamente no sentido de que, para essas instituições, deveriam ser analisados os dispositivos legais específicos sobre a necessidade, ou não, de submeter as suas contratações ao princípio da licitação.⁶⁶¹

Todavia, para cada uma dessas instituições o Tribunal de Contas da União possui um determinado entendimento a respeito do dever de licitar para as contratações e aquisições realizadas com verbas públicas.

No caso das OSCIPs, o art. 14 da Lei 9.790/99 determina que essas entidades possuam regulamento próprio, estabelecendo os procedimentos para a contratação de obras e serviços, bem como para compras, com emprego de recursos públicos. Esse regulamento deverá assegurar a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência:

Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei.

Assim, a própria lei que regula a atividade das Organizações da Sociedade civil de Interesse Público afasta a aplicação da Lei nº 8.666/93, exigindo como única formalidade, a publicação, por cada OSCIP, de seu próprio regulamento.

Todavia, o Tribunal de Contas da União considera que a multiplicidade de regulamentos potencializa riscos e fragiliza os controles. Por essa razão, o TCU recomenda que seja alterada a Lei nº 9.790/99, de forma a tornar obrigatório que as OSCIPs, no âmbito dos termos de parceria firmados com o Poder Público, observem as disposições da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 10.520/02.

⁶⁶¹ Nesse sentido o entendimento do TCU: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.331/2008-Plenário. Solicitação do Congresso Nacional; Processo nº 027.206/2006-3. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 11 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em 28 de agosto de 2010. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em 07 de junho 2010. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 353/2005. Plenário. Processo nº 003.361/2002-2. Levantamento de auditoria. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data do julgamento: 06 de abril 2005. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=13&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 19 de novembro 2010.

Ocorre que o próprio tribunal reconhece que a exigência de realizar a licitação só poderá prevalecer após a alteração na legislação que regulamenta a atividade da OSCIP. Por isso, enquanto a alteração legislativa não ocorre, recomenda o TCU que sejam utilizados dispositivos específicos nas Leis de Diretrizes Orçamentárias para controlar o repasse de recursos públicos a essas instituições.⁶⁶²

Em sentido oposto, é o entendimento de Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Não se entende que seria razoável em qualquer dos casos exigir da OSCIP o cumprimento das Leis Federais nº 8.666 e nº 10.520 pois os rigorosos procedimentos estipulados nos aludidos diplomas são incompatíveis com a atuação concebida para o terceiro setor.⁶⁶³

Lado outro, no tocante às fundações de apoio, é a própria Lei nº 8.958/94 que determina, no seu art. 3º, que na execução dos convênios, em relação às compras, obras e serviços contratados pelos entes privados, devem ser observadas as normas gerais referentes às licitações e contratos administrativos:

Art. 3º Na execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma desta Lei serão obrigadas a:

- I - observar a legislação federal que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, referentes à contratação de obras, compras e serviços;
- II - prestar contas dos recursos aplicados aos órgãos públicos financiadores;
- III - submeter-se ao controle finalístico e de gestão pelo órgão máximo da Instituição Federal de Ensino ou similar da entidade contratante;
- IV - submeter-se à fiscalização da execução dos contratos de que trata esta Lei pelo Tribunal de Contas da União e pelo órgão de controle interno competente.

De acordo com o Ministro Walton Alencar Rodrigues, do TCU, ao proferir o Acórdão nº 353/2005, o legislador ordinário estabeleceu o dever de licitar para essas instituições de direito privado. O comando específico do art. 3º, portanto, não deixa

⁶⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.331/2008. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional; Processo nº 027.206/2006-3. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 11 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em 28 de agosto de 2010. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em 07 de junho 2010.

⁶⁶³ CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo*, p. 923-926.

dúvidas a respeito da aplicação da Lei nº 8.666/93 nas aquisições e contratações realizadas pelas entidades de apoio.⁶⁶⁴

Por derradeiro, em relação às contratações e compras realizadas pelas organizações sociais com os recursos públicos oriundos do contrato de gestão, a Lei nº 9.637/98 também determina a publicação de regulamento próprio:

Art. 17 - A organização social fará publicar, no prazo máximo de noventa dias contado da assinatura do contrato de gestão, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Todavia, o referido dispositivo está sendo questionado na ADI nº 1923/DF, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Com efeito, afirmam os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio que o art. 17 se distancia do disposto na Constituição da República, em que a licitação é sempre considerada como regra.⁶⁶⁵

O Relator original, Ministro Ilmar Galvão, por outro lado, considerou que o art. 37, XXI, da Constituição, permite que o legislador excepcione, quando considerar conveniente, a regra da licitação. Assim, o art. 17, da Lei 9.637/98 seria, pois, exceção, em que estaria afastado o dever de licitar.⁶⁶⁶

Diante do exposto, a conclusão a que se chega é que a necessidade de certame público como requisito às compras e contratações das ONGs fica, portanto, a

⁶⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 353/2005. Plenário. Processo nº 003.361/2002-2. Levantamento de auditoria. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data do julgamento: 06 de abril 2005. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=13&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 19 de novembro 2010.

⁶⁶⁵ O Ministro Eros Grau considerou inconstitucionais o art. 1º da Lei 9.648/98 e os arts. 5º, 11 a 15 e 20 da Lei nº 9.637/98. Por essas razões considerou que “os preceitos veiculados pelos artigos 1º a 4º, 7º a 11 e 16 a 19, tornam-se inócuos na medida em que venham a ser liminarmente suspensos os efeitos dos artigos cuja inconstitucionalidade parece incontestável”. Posteriormente, o Ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do Ministro Eros Grau, mas ampliou-o de modo a expressamente reconhecer a inconstitucionalidade também do art. 17. Assim, em relação especificamente ao art. 17, o Ministro Marco Aurélio afirma o seguinte: “obras e serviços seriam contratados pelo Estado mediante licitação. No caso não se cogita de licitação porque a organização social é uma pessoa jurídica de direito privado. Com a utilização de recursos públicos, operá-los-á sem licitação. Defiro o pleito em relação ao art. 17”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 01 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 18 de outubro de 2010.

⁶⁶⁶ “Já no que toca às compras e à contratação de obras e serviços, prevê a Lei no art. 4º, VIII, a fixação de regras, no regulamento, para sua disciplina, sendo oportuno assinalar que o legislador ordinário foi autorizado a assim proceder, no art. 37, XXI, da Constituição”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 01 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 18 de outubro 2010.

critério das normas específicas do ente responsável pelo repasse de recursos, não havendo incidência obrigatória do regime imposto pelas Leis nº 8.666/93 e 10.520/02.

Se a entidade pública entender necessário que a instituição do terceiro setor faça algum tipo de processo de licitação, poderá exigí-lo. Caso contrário, a ONG é livre para realizar as contratações de bens e serviços da forma como melhor entender, com base no princípio da autonomia privada.

5.14. Requisitos de validade dos convênios administrativos

O art. 116 da Lei nº 8.666/93 estabelece os requisitos imprescindíveis à validade dos convênios o âmbito da Administração Pública brasileira.

No intuito de regulamentar o dispositivo legal, a União estabeleceu as exigências necessárias por meio da edição do Decreto nº 6.170/07, da Instrução Normativa STN nº 1/97 e da Portaria Interministerial nº 127/2008.

Passa-se, pois, a analisar os principais requisitos de validade dos convênios apresentados pelas normas infralegais: identificação das carências locais e do objeto a ser conveniado, plano de trabalho, contrapartida e autorização legislativa.

Importa observar que os requisitos de validade apresentados neste item são impostos tanto aos convênios públicos (celebrados entre entes públicos) quanto aos convênios público-privados (celebrados entre um ente público e uma entidade privada).

5.14.1. Identificação das carências locais e do objeto a ser conveniado

O primeiro requisito exigido pela legislação é a verificação, pelos interessados, das reais carências existentes no âmbito de cada entidade.

Assim, o art. 2º, I da Instrução Normativa/STN nº 01/97 exige a apresentação das “razões que justifiquem a celebração do convênio” e o art. 15 da Portaria Interministerial 127/08 determina a “descrição do objeto a ser executado” (inciso I), bem como a apresentação da “justificativa contendo a caracterização dos interesses recíprocos, a relação entre a proposta apresentada e os objetivos e diretrizes do programa federal” (inciso II).

Trata-se, na verdade, de expressão do princípio constitucional da motivação, que exige da Administração que fundamente cada um dos seus atos e contratos. Portanto, a identificação das deficiências locais e, conseqüentemente, do objeto do convênio, é essencial para definir as razões que justificam a celebração do ajuste .

A partir da elucidação de tais fundamentos é que o partícipe terá condições de prever as metas a serem atingidas e de elaborar, então, o plano de trabalho.⁶⁶⁷ Portanto, somente depois da definição das áreas que necessitam da intervenção imediata do Poder Público, é que se pode solicitar recursos destinados à resolução das necessidades locais.⁶⁶⁸

5.14.2. Do plano de trabalho

⁶⁶⁷ Acerca da importância da identificação das carências locais e do objeto já se manifestou o Tribunal de Contas da União: “9.1.5. abstenha-se de celebrar convênios em que não estejam claramente definidas as razões que justifiquem sua celebração, consoante disposto no inciso I do art. 2º da IN/STN nº 01/97, as quais devem ser analisadas e avaliadas para justificar a aprovação dos pleitos.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.745/2003. Plenário. Auditoria. Ministro Relator Humberto Guimarães Souto. Data do julgamento: 19 de novembro 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=15&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em 21 de novembro 2010.

⁶⁶⁸ “O início do processo de solicitação de verbas federais para aplicação em Estados e Municípios se dá com a identificação das necessidades existentes na comunidade. A partir do conhecimento da realidade socioeconômica local é que se definem as áreas mais carentes que necessitam de maior atenção e ação mais imediata do Poder Público. (...) A partir da seleção das áreas carentes, o interessado precisa estabelecer uma escala de prioridades dentre as necessidades detectadas. O projeto a ser implementado deve contemplar a ação mais urgente e eficaz dentro de determinada área carente”. BRASIL. TCU. *Convênios e outros repasses*. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003.

“A escolha do segmento a ser atingido e a do projeto a ser executado devem levar em conta, dentre outros aspectos, o impacto na comunidade, a relação custo-benefício, o valor do projeto e a disponibilidade do valor de contrapartida”. BRASIL. TCU. *Convênios e outros repasses*. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003.

O art. 116, da Lei nº 8.666/93 concebe o convênio como um acordo de vontades destinado a atender a uma demanda específica, razão pela qual exige um planejamento com começo, meio e fim. Trata-se de uma ação concertada entre entes públicos ou entre um ente público e um particular, no intuito de atender a objetivos determinados.

Dessa forma, o plano de trabalho centraliza todo o planejamento necessário para a execução do convênio, com o intuito de traçar um esboço das possíveis medidas a serem tomadas para que se torne possível a conquista do objeto avençado, reduzindo-se a possibilidade de seu insucesso.⁶⁶⁹

O plano de trabalho emerge, portanto, como a representação escrita de um projeto da avença, descrevendo sua organização, objetivos, métodos e medidas para a execução do empreendimento comum.⁶⁷⁰

Nesse sentido, vale observar o que dispõe o art. 21 da Portaria Interministerial 127/08:

Art. 21. O Plano de Trabalho, que será avaliado após a efetivação do cadastro do proponente, conterá, no mínimo:

- I - justificativa para a celebração do instrumento;
- II - descrição completa do objeto a ser executado;
- III - descrição das metas a serem atingidas;
- IV - definição das etapas ou fases da execução;
- V - cronograma de execução do objeto e cronograma de desembolso;
- VI - plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente, se for o caso.⁶⁷¹

No caso de celebração de convênios que tenham como objeto a execução de obras ou benfeitorias em imóveis, o particular interessado deverá comprovar o exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do bem, mediante certidão emitida pelo competente cartório de registro de imóveis.

Já quando se tratar de obras, instalações ou serviços, o Plano de Trabalho deverá incluir, além dessas informações, um projeto básico, definido pelo art. 6º da Lei

⁶⁶⁹ Confira-se, ilustrativamente, a decisão proferida pelo TCU. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1777/2006. Plenário. Processo nº 005.589/2003-1. Relatório de levantamento de auditoria. Ministro Relator Augusto Nardes. Data do julgamento: 29 de setembro 2006. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=16&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 22 de novembro 2010.

⁶⁷⁰ Durão, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 115.

⁶⁷¹ No mesmo sentido é o art. 2º e Anexo I, ambos da Instrução Normativa STN nº 1/97.

n.º 8.666/93 como o “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço ou complexo de obras ou serviços”.

Quanto à apresentação do projeto básico, já se manifestou o TCU pela sua imprescindibilidade. Desse modo, o plano de trabalho deve ser acompanhado por estudos preliminares que assegurem viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, além de possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.⁶⁷²

Lembre-se de que a descrição do objeto pelos interessados deve ser precisa, uma vez que é a partir dele que se verifica o conteúdo da cooperação administrativa. É o desígnio ou ponto de convergência de cada entidade que não pode se afastar do interesse público.⁶⁷³

Assim, a descrição completa do objeto também cumpre o papel de viabilizar o controle da respectiva execução, impedindo, ou ao menos dificultando, a ocorrência de desvio de finalidade. Com efeito, é por meio da análise do objeto, em conjunto com a execução do convênio, que a Corte de Contas verifica a regularidade do repasse de recursos, de modo que “a alteração injustificada do plano de trabalho, sem a formalização de termo aditivo, pode ensejar a irregularidade das contas, com imputação de débito, e a aplicação de multa ao responsável”.⁶⁷⁴

Além da descrição precisa do objeto, o plano de trabalho deve conter as metas a serem atingidas com o convênio.

⁶⁷² “12. Entendo oportuno, por esses motivos, determinar ao Ministério da Integração Nacional que, doravante, quando da celebração de convênios, observe, rigorosamente, as normas constantes da IN nº 1/97 - STN, em especial aquelas contidas no § 2º do art. 1º, no inciso XVI do art. 7º, além do princípio da eficiência, explicitado no caput do art. 37 da Constituição Federal, a fim de evitar ocorrências como as verificadas na obras de que trata o presente processo, sob pena de responsabilização do agente público que praticar a irregularidade”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 903/2003. Plenário. Processo nº 006.160/2002-8. Levantamento de auditoria. Ministro Relator Benjamin Zymler. Data do julgamento: 16 de julho 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=17&doc=2&dpp=20&p=0> Acesso em: 22 de novembro 2010.

⁶⁷³ DURÃO, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 116. Quanto à necessidade de se aproximar do interesse público, adotando os procedimentos que não atentem contra princípios como o da moralidade pública, conferir: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 829/2003. Plenário. Solicitação formulada por parlamentar. Ministro Relator Benjamin Zymler. Data do julgamento: 16 de julho 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=18&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 22 de novembro 2010.

⁶⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1240/2006. 1ª Câmara. Recurso de reconsideração, tomada de contas especial. Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça. Data do julgamento: 17 de maio 2006. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=19&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 22 de novembro 2010.

Por meta entende-se o marco almejado.⁶⁷⁵ Todo convênio deve conter uma justificativa pautada em motivos de interesse geral, público. Com acerto, decidiu o TCU que se este marco não pode ser delineado por quem o fiscalize, não havendo como o acordo ser celebrado pelas partes.⁶⁷⁶

Outro requisito essencial para a formalização do convênio diz respeito à elaboração de um cronograma de desembolso, contendo a previsão da transferência de recursos financeiros, em conformidade com a proposta de execução das metas, etapas e fases do Plano de Trabalho, estando também de acordo com a disponibilidade financeira.⁶⁷⁷

Frise, pois, que no cronograma de desembolso é necessário indicar os valores específicos que serão repassados ao partícipe por meio do convênio, explicitando o programa, projeto, atividade, elemento de despesa do orçamento público de cada exercício para, em seguida, emitir a nota de empenho respectiva.⁶⁷⁸

Esses requisitos de validade garantem, pois, que o proponente “demonstre com argumentos concisos, diretos, sem rodeios, que a celebração do convênio é a medida adequada para atingir o objetivo comum colimado pelos futuros pactuantes”.⁶⁷⁹

A ausência, ou mesmo deficiência de qualquer dos requisitos exigidos para celebração dos convênios acarreta sua invalidade, ficando os partícipes impossibilitados de dar continuidade às suas atividades até que supram cada um dos requisitos rejeitados pelas auditorias.⁶⁸⁰

⁶⁷⁵ DURÃO, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos*. 1a Ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 116

⁶⁷⁶ Confira-se: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 615/2002. 1ª Câmara. Tomada de Contas Especial. Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça. Data do julgamento: 01 de outubro 2002. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 22 de novembro 2010.

⁶⁷⁷ “A obrigação para o cumprimento do cronograma surge do próprio caráter social das verbas públicas destinadas ao interesse geral, cuja prestação de contas traduz índole constitucional para seu próprio controle, até mesmo implicando, eventual intervenção estatal.” DURÃO, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos*, p. 116.

⁶⁷⁸ DURÃO, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos*, p. 118.

⁶⁷⁹ RIBEIRO, Jorge Miranda. PIRES, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e poder judiciário, recomendações*, p. 75.

⁶⁸⁰ Nestes termos, adverte o Tribunal de Contas da União que “A exatidão das informações do plano de trabalho tem repercussão, também, na execução do convênio e na respectiva prestação de contas. A fiscalização dos órgãos federais de controle baseia-se nas informações do plano de trabalho para fixar critérios de avaliação do alcance das metas propostas. Subestimar ou superestimar as metas, os custos ou o cronograma de execução do objeto do convênio poderá trazer sérias consequências para o gestor do convênio”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses*. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003, Em outra oportunidade manifestou-se o TCU que : “9.2.1.3 nos termos dos arts. 55, I, 116, § 1º, I, da Lei 8.666/93, c/c art. 1º, § 1º, inciso XV, da Portaria Interministerial 127/2008, não acolher planos de trabalho genéricos ou com objetos imprecisos, exigindo que contenham todas as informações legalmente exigidas, em

Nesse sentido é o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

[...] Não é correto aprovar o plano inicial de trabalho com base em documentação incompleta. Ressalte-se que, para o caso de obras, deve-se dispor no plano de trabalho já do próprio projeto básico da obra, ou documentação assemelhada, como prevê o art. 2º, § 1º, da IN/STN 1/1997. O bem jurídico perdido com o descumprimento da norma — o prévio e razoável conhecimento do objeto em que serão empregados os recursos — é relevante, e por si só, pode justificar que se considere a falta como de caráter grave.⁶⁸¹

5.14.3. Da Contrapartida

No intuito de assegurar a manutenção da mútua colaboração nos convênios, evitando-se que eles se tornem meras doações realizadas por um ente (normalmente a União) a outras pessoas jurídicas, passou-se a prever a contrapartida como requisito da celebração do convênio.⁶⁸²

Como bem observou o Ministro Augusto Nardes, do Tribunal de Contas da União, ao proferir voto no acórdão nº 1.777/06, “a contrapartida nada mais é do que a demonstração cabal do conveniente de que pretende participar efetivamente da parceria com o Governo Federal, na busca do interesse comum”.⁶⁸³

especial a descrição objetiva e completa das metas, com definições quantitativas e qualitativas e suas correlações com os custos envolvidos (MCT: itens 2.2.2.1, 2.2.3.1, 2.2.4.1, 2.2.5.1, 2.2.6.1 e 2.2.9.1; MC: itens 2.5.2.1, 2.5.3.1, 2.5.4.1, 2.5.5.1 e 2.5.7.1; Finep: item 2.6.1.1; CEF: item 2.3.1.1, todos do Relatório de Auditoria de fls. 97/171)” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2909/2009. Processo n.º 018.243/2007-6. Relatório de auditoria. Ministro Relator: Raimundo Carreiro. Data do julgamento: 02 de dezembro 2009. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 25 de novembro 2010.

⁶⁸¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1777/2006. Plenário. Processo n.º 005.589/2003-1. Relatório de levantamento de auditoria. Ministro Relator Augusto Nardes. Data do julgamento: 29 de setembro 2006. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=16&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 22 de novembro 2010.

⁶⁸² Conforme análise já realizada no item 5.2.3 (convênios financeiros e não financeiros), existem convênios em que não há transferência de recursos de natureza pecuniária, razão pela qual se deve conceber que a exigência de contrapartida só se aplica aos convênios financeiros. Quanto aos convênios não financeiros, não há como se exigir contraprestação (contrapartida) se não há prestação (repasse).

⁶⁸³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1777/2006. Plenário. Processo n.º 005.589/2003-1. Relatório de levantamento de auditoria. Ministro Relator Augusto Nardes. Data do julgamento: 29 de setembro 2006. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=16&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 22 de novembro 2010. No mesmo sentido, é o entendimento de Sidney Bittencourt, segundo o qual a contrapartida se constitui na parte de colaboração financeira do Estado, Município ou Distrito Federal para a execução do objeto do convênio. BITTENCOURT, Sidney. *Manual de Convênios Administrativos*, p. 53.

Por esse motivo é que se faz necessário, nos termos artigo 25, § 1º, IV, “d” da Lei de Responsabilidade Fiscal, que seja exigida, como requisito para a transferência de recursos, a previsão orçamentária da contrapartida por parte do beneficiário.⁶⁸⁴

Observe-se ainda que, em se tratando de contrapartida financeira a ser despendida por ente federativo, deverá haver previsão dessa despesa na respectiva Lei Orçamentária Anual (LOA), consoante determinação dos artigos 15 a 17 da Lei Complementar n.º 101/2000.

Para evitar que o partícipe conveniente dê outra destinação aos recursos que serão utilizados no convênio, estabelece o art. 7º, § 1º do Decreto nº 6.170/07 que os valores referentes à contrapartida devem ser depositados na conta bancária específica do convênio, em conformidade com os prazos estabelecidos no cronograma de desembolso.⁶⁸⁵

Deve-se observar, no entanto, que nem sempre a contrapartida será em dinheiro. É possível que sejam oferecidos pelo conveniente bens e serviços passíveis de mensuração econômica, que demonstrem a colaboração do partícipe com o alcance do objetivo pretendido.

Assim, aceita pelo concedente a contrapartida em bens e serviços, deverá constar do convênio cláusula que indique a forma de avaliação do que foi ofertado. Neste sentido, dispõe o § 2º do art. 7º do Decreto nº 6.170/07: “Quando atendida por meio de bens e serviços, constará do convênio cláusula que indique a forma de aferição da contrapartida”.⁶⁸⁶

⁶⁸⁴“Art. 25. (...)”

§ 1º - São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

(...)

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:

(...)

d) previsão orçamentária de contrapartida”.

⁶⁸⁵ Neste sentido, determina o art. 7º, § 1º do Decreto nº 6.170/07: “Quando financeira, a contrapartida deverá ser depositada na conta bancária específica do convênio em conformidade com os prazos estabelecidos no cronograma de desembolso, ou depositada nos cofres da União, na hipótese de o convênio ser executado por meio do Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI.” Também o art. 20, § 1º da Portaria Ministerial MP/MF/MCT n.º 127/2008 estabelece: “A contrapartida, quando financeira, deverá ser depositada na conta bancária específica do convênio ou contrato de repasse em conformidade com os prazos estabelecidos no cronograma de desembolso.”

⁶⁸⁶ Nesse mesmo sentido dispõe o § 2º, do art. 20, da Portaria Interministerial nº 127/2008.

No mesmo sentido, o entendimento de Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires, ao tratarem da mensuração dos serviços oferecidos a título de contrapartida:

Contrapartida em serviços pode ser mensurada pelo valor da remuneração do pessoal que participará do convênio. Quando os serviços forem prestados por empregados do próprio quadro do órgão ou entidade responsável pela execução, fiscalização e contabilidade, a comprovação da contrapartida se daria à vista do somatório dos contracheques, holerites do empregado. Nada impede que o executor do objeto tenha ou não vínculo empregatício com o Conveniente.⁶⁸⁷

Nos casos em que a contrapartida for oferecida apenas em bens, recomenda-se a sua avaliação prévia, assegurando-se, com isso, que a decisão sobre a aprovação ou não do convênio seja tomada com base em premissas sólidas.

Em suma, a contrapartida deve ser entendida como o esforço, do ponto de vista econômico, que deve ser realizado pela entidade conveniente. Parte-se da premissa, portanto, que além de executar o objeto do convênio, cumprirá ao partícipe comprometer-se também com a viabilidade econômica da ação.

Lado outro, aspecto que se apresenta extremamente relevante para o estudo dos convênios diz respeito à obrigatoriedade da contrapartida. Como afirma Guilherme Henrique de La Rocque Almeida:

Em regra, a contrapartida é obrigatória, devendo ser estabelecida em termos percentuais do valor previsto no instrumento de transferência. Assim sendo, o ente federado conveniente deverá comprovar que os recursos relativos à contrapartida estão devidamente assegurados, salvo quando o concedente arcar com todos os custos.⁶⁸⁸

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União vem entendendo que a ausência da contrapartida é causa determinante para a instauração de tomada de contas especial.⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ RIBEIRO, Jorge Miranda. PIRES, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, recomendações*, p. 121-122.

⁶⁸⁸ ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *Controle das transferências financeiras da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 150-151. Neste sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União. A saber, confira: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2229/2003. 1ª Câmara. Tomada de Contas Especial. Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha. Data do julgamento 10 de outubro 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em 10 de setembro 2010

⁶⁸⁹ “(...) a Instrução Normativa nº 01 da Secretaria do Tesouro Nacional, de 15 de janeiro de 1997, atual disciplinadora dos convênios, prever, no seu art. 38, II que tal prática passa a ser causa determinante da instauração de tomada de contas especial, coibindo, pois, a sua disseminação.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 68/1997. 1ª Câmara. Tomada de Contas Especial. Ministro Relator Humberto Guimarães Souto.

Todavia, aspecto que suscita relevante discussão diz respeito ao valor da contrapartida estabelecida no convênio. Deve-se questionar, assim, se é exigido um mínimo de equivalência entre os recursos transferidos pelo concedente e a contribuição (contrapartida) devida pelo partícipe convenente.

Embora a própria essência da contrapartida possa sugerir a ideia de equivalência das prestações, não se pode perder de vista que o convênio é um dos instrumentos de descentralização de recursos, como também um meio de reduzir desigualdades regionais.

Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires relatam as várias críticas sofridas pelo instituto da contrapartida, justamente por inibir a participação de entidades públicas ou privadas carentes de recursos financeiros: “Seria, segundo alguns, uma forma velada de se excluir dos convênios aqueles que mais dele necessitassem para levar benefícios às comunidades que administram”.⁶⁹⁰

Deve-se considerar, portanto, que o art. 3º da Constituição Federal não só admite, como também impõe, que os entes públicos busquem meios para “garantir o desenvolvimento nacional” (inciso II) e de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III).

Por outro lado, é indispensável que se encontre um meio eficiente de se fazer com que os convenentes ofereçam uma garantia plausível no cumprimento do objeto conveniado, sem que para tanto sejam fixados percentuais que não condigam com sua condição financeira e econômica.

Assim, considerando a obrigatoriedade da contrapartida, bem como a estipulação constitucional feita pelo art. 3º da Constituição da República, pode-se afirmar que todos os partícipes do convênio devem cooperar, o que não significa, entretanto, que a ajuda de cada um deve ser idêntica para um mesmo caso.

De tal sorte, deve-se analisar a situação individual de cada partícipe a fim de se fixar a contrapartida, ressaltando-se que ela não deve ser firmada com base apenas na situação econômica.

Data do julgamento 08 de abril 1997. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em 10 de setembro 2010

⁶⁹⁰ RIBEIRO, Jorge Miranda. PIREZ, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, recomendações*, p. 114.

A Lei nº 12.017/2009 (LDO-2010), por exemplo, utiliza para mensurar a contrapartida, além da capacidade financeira do convenente, o seu Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).⁶⁹¹

A obrigatoriedade da contrapartida, por um lado, e a desnecessidade de prestações equivalentes, por outro, podem levar a um raciocínio extremamente contraditório.

É que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/00) exige, no art. 25, § 1º, IV, 'd', a contrapartida do partícipe convenente como requisito para a realização de transferências voluntárias.

Mas como não se exige equivalência entre o valor repassado e a contrapartida, pode ocorrer que a União celebre com um município um convênio para realizar uma grande obra de saneamento. O valor repassado será de um bilhão de reais, ao passo que a contrapartida será de mil reais, além do valor correspondente à mão-de-obra dos servidores municipais.

Fica evidente a facilidade de se confundir, a princípio, a celebração de convênios, em que há obrigatoriedade de contrapartida, com a mera transferência financeira a título de subvenção, nos termos do art. 12 da Lei 4.320/64. Todavia, não é o valor devido a título de contrapartida que distingue o convênio das subvenções e auxílios.

Sempre que há repasse de verbas, haverá esforço do ente que receber esses recursos no intuito de satisfazer o interesse público. Isso ocorre tanto na execução dos convênios, quanto na concessão de subvenções ou auxílios.

Na subvenção social e no auxílio, as verbas transferidas destinam-se ao custeio de uma entidade determinada, ou seja, visam a atender a despesas de caráter geral, sem a vinculação a um plano de trabalho prévio. Considera-se, nessas hipóteses, que a entidade desempenha papel relevante para o interesse da coletividade e que, por

⁶⁹¹ Art. 39 da Lei nº 12.017/2009: “ A realização de transferências voluntárias, conforme definidas no *caput* do art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 2000, dependerão da comprovação, por parte do convenente, até o ato da assinatura do instrumento de transferência, de que existe previsão de contrapartida na lei orçamentária do Estado, Distrito Federal ou Município.

§ 1º A contrapartida será estabelecida em termos percentuais do valor previsto no instrumento de transferência voluntária, considerando-se a capacidade financeira da respectiva unidade beneficiada e seu Índice de Desenvolvimento Humano, tendo como limite mínimo e máximo”.

isso, merece “ajuda estatal” para o pagamento de despesas permanentes ou mesmo para cobertura de déficits orçamentários.

O convênio, por outro lado, tem a peculiaridade de ter necessariamente um projeto específico a ser atendido, de modo que os partícipes se associam para cumprir uma meta comum e pré-determinada. Como se depreende do § 1º do art. 116 da Lei nº 8.666/93, o plano de trabalho e o cronograma de desembolso são requisitos intransponíveis para a celebração do convênio, o que faz com que as verbas transferidas tenham destinação pré-determinada.

Assim, sob o ponto de vista ontológico (quanto à natureza do instituto), o valor a ser pago a título de contrapartida não tem grande relevância, uma vez que o critério que distingue o convênio de outras modalidades em que se realizam transferências voluntárias é o ajuste prévio das atribuições dos partícipes.

Destaque-se que todos os recursos empregados, sem exceção, devem ser utilizados na execução do convênio, do que decorre a necessidade de devolução do montante que não for empregado na consecução do objeto do ajuste.

Por fim, merece atenção a questão da contrapartida a ser efetuada pelo partícipe privado.

Assim, considerando que qualquer convênio pressupõe mútua colaboração, deve o ente privado obrigatoriamente, participar com a contrapartida financeira. Tanto é assim que o art. 2º, § 2º, da IN/STN nº 01/97, estendeu a exigência de contrapartida a entidades de direito privado.

O que pode suscitar dúvida é a questão dos percentuais que devem ser aplicados quando o beneficiário do convênio for pessoa jurídica de direito privado.

Nesse caso, na falta de estipulação legal, “a solução encontrada por alguns concedentes é enquadrar, por analogia, a contrapartida da entidade de direito privado de acordo com a região do estado ou município em que ela se localiza”.⁶⁹²

Nesse sentido, lembra Guilherme Henrique de La Rocque que as Leis de Diretrizes Orçamentárias da União normalmente estabelecem a exigência de

⁶⁹² RIBEIRO, Jorge Miranda. PIRES, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, recomendações*, p. 114.

contrapartida para as transferências destinadas a entidades privadas, de acordo com os percentuais relativos aos Municípios onde as ações forem executadas”.⁶⁹³

Portanto, considerando a natureza do convênio, de negócio jurídico bilateral em que duas ou mais partes se unem para atender a um objetivo comum, o essencial é que todos os partícipes efetivamente colaborem. Caso contrário não existe cooperação.

Acrescente-se que essa contribuição não é necessariamente financeira, sendo possível que o conveniente cumpra sua obrigação por meio do fornecimento de bens ou serviços que possam ser mensurados economicamente.

5.14.4. Desnecessidade de prévia autorização legislativa para a celebração de convênios

O art. 116, §2º, da Lei de Licitações estabelece que “assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva”.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o dispositivo em tela deve ser interpretado no sentido de que a celebração de convênios depende da aquiescência do Poder Legislativo.⁶⁹⁴

Em sentido contrário, no entanto, é o entendimento pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, haja vista a ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes:

As normas que subordinam a celebração de acordos e convênios em geral, por órgãos do Executivo, à autorização prévia das Casas Legislativas Estaduais ou Municipais, ferem o princípio da independência e harmonia dos Poderes, além de transgredir os limites do controle externo previsto na Constituição Federal.⁶⁹⁵

⁶⁹³ ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *Controle das transferências financeiras da União*, p. 154.

⁶⁹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 408.

⁶⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 342/PR. Relator Ministro Sidney Sanches. Data do julgamento: 06 de março 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 22 de outubro 2010. No mesmo sentido: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 60, XXVI, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM OS ARTS. 18, E 25 A 28, TODOS DA CARTA DA REPÚBLICA. Dispositivo que, ao submeter à Câmara Legislativa distrital a autorização ou aprovação de

Vale salientar que os tribunais estaduais também já sedimentaram entendimento semelhante, como se vê pelo acórdão que decidiu ação direta de inconstitucionalidade no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Ação direta de inconstitucionalidade. Câmara Municipal. Norma municipal que ofende o princípio da separação de poderes, previsto no art. 173 da Carta Mineira. Exigência de aprovação, pelo Legislativo, de atos administrativos de competência do Executivo (concessão, autorização e permissão de serviços públicos) para que sejam válidos. Mecanismo que representa ingerência do Poder Legislativo do Município sobre o Executivo. Representação julgada procedente.⁶⁹⁶

De fato, inexistente qualquer justificativa para que se exija autorização legislativa como condição da celebração dos convênios de cooperação. Somente nos casos em que se pretenda a criação de nova pessoa jurídica a integrar a Administração Pública, como no caso dos consórcios públicos, é que se pode cogitar de autorização legislativa prévia.⁶⁹⁷

Nesse sentido, Sérgio Ciqueira Rossi e Sérgio de Castro Jr., ao tratarem desta discussão, afirmam que “a redação do §2º torna claro que o convênio é matéria estritamente administrativa e que a Administração, após estabelecê-lo, tão somente dará *ciência* ao Legislativo”.⁶⁹⁸

Sidney Bittencourt e Pedro Durão, por sua vez, afirmam que a exigência de autorização legislativa limita a atuação do Poder Público e inviabiliza a formalização

convênios, acordos ou contratos de que resultem encargos não previstos na lei orçamentária, contraria a separação de poderes, inscrita no art. 2.º da Constituição Federal. Precedentes. Ação julgada procedente.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1166/DF. Relator Ministro. Ilmar Galvão. Data do julgamento: 05 de setembro 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 22 de outubro 2010. Confira-se ainda: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 770. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data do julgamento: 01 de julho 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 22 de outubro 2010.

⁶⁹⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.05.420003-5/000. Relator: Desembargador Jarbas Ladeira. Data do julgamento: 08 de agosto 2007. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?txtProcesso=10000054200035000&comrCodigo=&numero=1&listaProcessos=10000054200035000&select=2. Acesso em 23 de novembro 2010. No mesmo sentido, vale conferir também a decisão: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.07.462696-1/000. Relator: Desembargador Roney Oliveira. Data do julgamento: 08 de outubro 2008. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?txtProcesso=10000074626961000&comrCodigo=&numero=1&listaProcessos=10000074626961000&select=2. Acesso em: 23 de novembro 2010.

⁶⁹⁷ Nesse sentido: ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº 11.107/2005*, p. 28-38.

⁶⁹⁸ ROSSI, Sérgio Ciqueira. CASTRO JR., Sérgio de. *Convênios – Características principais e aspectos de interesse*, p. 438.

dos convênios, bem como sua própria finalidade, bem como viola o princípio da separação dos poderes.⁶⁹⁹

E é indiferente, neste aspecto, se o convênio é celebrado entre duas entidades públicas ou se algum particular integra o vínculo jurídico, de modo que condicionar a celebração de convênios à prévia autorização legislativa será sempre inconstitucional.

Assim, deve-se compreender que o poder de celebrar convênios ou outras espécies de contrato administrativo constitui atividade inerente à Administração Pública. Exigir a anuência do Poder Legislativo nesses casos representaria, pois, verdadeira usurpação de competência e consequente violação ao art. 2º da Constituição da República.

O comando contido no art. 116, § 2º da Lei nº 8.666/93, portanto, não exige prévia autorização legislativa como requisito da celebração do convênio administrativo, mas tão somente que se dê ciência à Casa Legislativa competente para realizar o controle dos convênios e contratos, nos termos do art. 71, § 1º da Constituição de 1988.⁷⁰⁰

Embora já tivesse pacificada a impossibilidade de exigência de autorização legislativa como requisito de validade dos convênios, o tema ganhou importância novamente com o advento do Decreto nº 6.017/07, o qual foi editado no intuito de regulamentar a Lei nº 11.107/05.

No art. 2º, VIII, o Decreto nº 6.017/07 determina expressamente a necessidade de edição de lei, prévia ou posterior, sob pena de não serem válidos os convênios de cooperação celebrados.

Na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, já apresentado neste item, não há dúvidas de que o art. 2º do Decreto nº 6.017/07 afronta o princípio da separação dos poderes consagrado pela Constituição de 1988, razão pela qual

⁶⁹⁹ BITTENCOURT, Sidney. *Manual de Convênios Administrativos*. Rio de Janeiro: Temas e Ideias Editora, 2005, p. 69. Em sentido semelhante, Pedro Durão adverte: “Os consórcios e os convênios administrativos não dependem de autorização legislativa para gozar de existência jurídica. Essa exigência, decerto, inviabilizaria a formalização do ajuste e a sua própria finalidade, além disso, persiste a ideia de independência dos poderes preconizada na Carta Magna”. DURÃO, Pedro. *Convênios & Consórcios Administrativos – Gestão, Teoria e Prática*, p. 89.

⁷⁰⁰ Nesse sentido: ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº 11.107/2005*, p. 28-38.

padece de inconstitucionalidade gritante. Há que se observar, no entanto, que a edição do Decreto nº 6.170/07 reduziu o impacto da exigência anterior.

Na parte em que os dois diplomas normativos cuidam da mesma matéria (convênios administrativos e convênios de cooperação, expressões sinônimas), o decreto posterior revogou o anterior naquilo que forem incompatíveis, de acordo com o critério cronológico de solução de conflito aparente de regras jurídicas.

Portanto, tendo em vista que o Decreto nº 6.170/07 apresenta os requisitos e o procedimento necessário para a celebração de convênios, e não exige autorização legislativa prévia como condição de validade, entende-se que foi revogado o art. 2º, VIII do Decreto nº 6.017/07.

5.15. Procedimento do convênio

As atividades a serem desempenhadas pelos partícipes de um convênio devem ser realizadas em um amplo procedimento administrativo, que vai desde o cadastramento do partícipe até a prestação de contas acerca dos recursos utilizados na execução do ajuste. Dessa forma, todos esses atos podem ser agrupados em cinco fases: cadastramento, proposição e formalização, execução e prestação de contas.

É evidente, no entanto, que o procedimento previsto pela legislação brasileira para a formalização de convênios é amparado na concepção de que não é exigível a licitação como requisito de validade da celebração desses acordos com instituições privadas.

Dessa forma, depreende-se da análise detida das fases de formação, celebração e execução dos convênios, previstas na Portaria Interministerial nº 127/2008 e na IN/STN nº 01/97, que a sistemática da sua formalização apresenta-se bastante diferente da estabelecida para o processo de formalização dos contratos administrativos.

Pode-se dizer, até mesmo, que o procedimento de formação dos convênios, previsto nas citadas normas infralegais, inclui atos administrativos que têm equivalência desde a etapa interna da licitação até a execução do contrato administrativo.

Deve-se buscar, pois, a adequação do procedimento de formalização dos convênios com entidades particulares ao regime jurídico-administrativo, de modo a se incluir o processo de seleção das propostas eventualmente apresentadas pelos diversos interessados. Já os convênios celebrados exclusivamente entre entes públicos seguirão o procedimento estabelecido pelas mencionadas normas federais, sem a necessidade de adaptação quanto à exigência de licitação.

A fase de credenciamento, assim, é uma espécie de habilitação inicial, semelhante ao registro cadastral adotado na modalidade de licitação tomada de preços. Com efeito, da mesma maneira que ocorre nos certames públicos, é possível que durante o procedimento de formalização dos convênios os interessados devam preencher outros requisitos objetivos previamente estabelecidos (como comprovação de capacidade técnica para a execução do objeto, por exemplo).

Todos os interessados que lograrem êxito no preenchimento desses requisitos estarão automaticamente aptos a seguir para a próxima fase.

Na proposição, o interessado apresenta sua proposta que despertará ou não o interesse do Poder Público, sendo realizada por meio de um plano de trabalho. Para o presente trabalho, pois, a proposição integra a fase de formalização, na qual o interessado preenche uma série de requisitos e procedimentos exigidos pela legislação.

Assim, a fase da formalização é composta por um conjunto de requisitos de controle (burocráticos), necessários ao aperfeiçoamento do vínculo, compreendendo atos formais como homologação do ajuste, análise da regularidade do instrumento, assinatura e publicação. Observe-se que todos esses requisitos também são encontrados no procedimento previsto na Lei nº 8.666/93.

Celebrado validamente o convênio, passa-se à fase de execução, que nada mais é do que o cumprimento pelas partes das atribuições definidas no ajuste.

Por derradeiro, apresenta-se a prestação de contas do convênio, que é a fase em que se realiza a conferência acerca do cumprimento de tudo o que foi ajustado, assemelhando-se ao procedimento de conclusão do contrato administrativo e entrega do objeto, regido pelos artigos 73 a 76 da Lei nº 8.666/93.

Traçado o panorama geral, passa-se a analisar, a partir desse ponto, cada uma das fases que compõem o procedimento de formalização dos convênios.

5.15.1. Da proposta

Atendidas as exigências para o cadastramento, nos termos art. 17 da Portaria Interministerial nº 127/2008, os interessados estão aptos a formular proposta de trabalho, a qual consiste na descrição minuciosa do objeto e da forma pela qual será atingido o objetivo pretendido com o convênio.

São requisitos essenciais à proposta, nos termos do art. 15 da Portaria Interministerial nº 127/2008 e §1º, do art. 116, da Lei nº 8.666/93:

I - a apresentação do plano de trabalho contendo a descrição do objeto a ser executado (art. 15, I, da Portaria Interministerial nº 127/08);

II - a justificativa que caracterize a existência de relação entre a proposta apresentada e os objetivos e diretrizes do programa de governo (art. 15, II, da Portaria Interministerial nº 127/08);

III - a indicação do público alvo, do problema a ser resolvido e dos resultados esperados (art. 15, II, da Portaria Interministerial nº 127/08);

IV - a estimativa dos recursos financeiros, discriminando o repasse a ser realizado pelo concedente (art. 15, III, da Portaria Interministerial nº 127/08);

V - a previsão de prazo para a execução da proposta (art. 15, IV, da Portaria Interministerial nº 127/08);

VI - as informações relativas à capacidade técnica e gerencial do proponente para execução do objeto (art. 15, V, da Portaria Interministerial nº 127/08);

Nesse ponto, é necessário destacar a equivalência com a fase interna do procedimento licitatório. Nela, o Poder Público “pratica todos os atos condicionais à sua abertura”.⁷⁰¹

Assim, tal qual na etapa interna do processo de licitação, na fase da proposta devem ser elaborados todos os parâmetros que demonstrem o interesse

⁷⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 574.

público na celebração do convênio em questão, bem como a capacidade econômica e técnica para sua execução.

Observe-se que nos termos do art. 7º, § 2º e § 6º da Lei nº 8.666/93, exige-se na fase interna da licitação que seja definido, ao menos, o projeto básico, o orçamento e os recursos orçamentários previstos.⁷⁰²

Com a apreciação do mérito da proposta, entendendo-se que sua execução atende ao interesse público, bem como com a posterior análise de disponibilidade financeira, passa-se à fase da análise, nos termos do art. 4º da IN/STN n.º 01/97 e do art. 31, da Portaria Interministerial nº 127/08.

Aqui inicia, justamente, a necessidade de observância da necessidade de atendimento ao princípio constitucional da isonomia e, conseqüentemente, de serem observados os dispositivos da Lei nº 8.666/93 acerca da realização de licitação.

Dessa forma, ao invés de se iniciar imediatamente a fase da análise da documentação do proponente, bem como o detalhamento técnico da proposta apresentada, deve-se verificar se está presente alguma das hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Não se enquadrando a situação concreta em nenhuma das hipóteses do art. 24 ou do art. 25 da Lei nº 8.666/93, deve ser publicado o edital de licitação, atendendo-se aos requisitos específicos exigidos pela legislação acerca dos convênios e, naquilo que não for incompatível, devem ser aplicadas as normas acerca dos contratos administrativos em geral.

Deve-se, no entanto, analisar o procedimento do convênio à luz do art. 9º, I e II da 8.666/93, que proíbe que o autor do projeto participe da licitação. Poder-se-ia questionar, assim, a possibilidade de o particular que apresentou o projeto (fase de proposta) participar da licitação.⁷⁰³

⁷⁰² BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 575.

⁷⁰³ Assim dispõe o art. 9º da Lei nº 8.666/93:

“Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação”.

Ocorre que a vedação do art. 9º, I e II refere-se à pessoa física ou jurídica responsável pelo projeto elaborado em caráter definitivo, ou seja, determinante para os licitantes interessados na elaboração de propostas. Desse modo, a vedação engloba tanto uma empresa que tenha sido contratada para elaborar um projeto, quanto um servidor que trabalhe na elaboração do projeto. A vedação do art. 9º diz respeito às pessoas que foram incumbidas da elaboração de um projeto a ser executado pelo Poder Público, hipótese em que a decisão de levar a execução do contrato adiante já foi tomada previamente.

Diferente, contudo, é a posição do particular que propõe a celebração de um convênio, ou seja, *sugere* a execução de um projeto por ele concebido. Trata-se de uma ideia que o particular apresenta à Administração no intuito de garantir a melhor execução das atividades públicas.

Dessa forma, a apresentação do projeto pelo particular a título de proposta de convênio nada mais é do que uma ideia, uma sugestão, que pode ser acatada ou não pela Administração. E pode ainda ser acatada parcialmente, de maneira que o projeto seja substancialmente alterado pelo Poder Público. Portanto, não há que se cogitar da incidência do art. 9º, I e II, da Lei nº 8.666/93.

Entender de forma diferente seria um total desestímulo para os particulares interessados em colaborar com a atividade administrativa, haja vista que se a ideia apresentada fosse acolhida, a entidade privada estaria proibida de participar do processo de seleção.

Cumprir observar ainda ser possível que a Administração inclua no objeto da licitação a elaboração do projeto executivo, nos termos do art. 9º, § 2º da Lei nº 8.666/93. Nessa hipótese, o autor do projeto será necessariamente seu executor, visto que se sagrou vencedor no certame licitatório.

Alternativa interessante que poderia ser utilizada pela Administração diz respeito ao processo de manifestação de interesse-PMI, nos termos dos artigos. 2º e 3º do Decreto nº 44.565, de 03 de julho de 2007, do Estado de Minas Gerais. Trata-se de seleção pública de projetos a serem utilizados no eventual e futuro edital de licitação,

tendo amparo no art. 21 da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei n° 9.074, de 07 de julho de 1995.⁷⁰⁴

Assim, no intuito de adequar o procedimento de formalização dos convênios, nos termos da Portaria n° 127/08 e da IN n° 01/97, à exigência constitucional de realização prévia de licitação, deve ser divulgado o instrumento convocatório de licitação para divulgação da pretensão da Administração de celebrar o convênio.

O procedimento da licitação deve seguir o estabelecido para uma das modalidades previstas na Lei n° 8.666/93 (concorrência, tomada de preços, convite, curso e leilão) ou na Lei n° 10.520/02 (pregão).

5.15.2. Da análise

Na fase de análise são conferidos os documentos referentes ao cadastramento do interessado e à proposta apresentada, visando-se à verificação do cumprimento dos requisitos legais necessários à celebração do convênio. É nessa fase, pois, que o conveniente deve apresentar o rol de documentos estabelecido nos arts. 24 e 25 da Portaria Interministerial n° 127/08.⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ O Decreto n° 44.465, de 03 de julho de 2007, instituiu no Estado de Minas Gerais o “procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão”: Vale transcrever os artigos 1° e 2°:

“Art. 1 Fica instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse- PMI, que tem por objetivo orientar a participação de particulares na estruturação de projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, de concessão comum e de permissão no âmbito da Administração Pública direta e indireta do Poder Executivo, nos termos do disposto neste Decreto.

Art.2 Para fins deste Decreto, considera-se PMI o procedimento instituído por órgão ou entidade da administração estadual, por intermédio do qual poderão ser obtidos estudos de viabilidade, levantamentos, investigações, dados, informações técnicas, projetos ou pareceres de interessados em projetos de concessão patrocinada, concessão administrativa, concessão comum e de permissão.

Parágrafo único. Poderão fazer uso do PMI os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta do Poder Executivo que tiverem interesse em obter as informações mencionadas no caput para a realização de projetos de sua competência”.

⁷⁰⁵ “Art. 24. São condições para a celebração de convênios e contratos de repasse, a serem cumpridas pelos convenientes ou contratados, conforme previsto na Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na legislação federal:

I - a demonstração de instituição, previsão e efetiva arrecadação dos impostos de competência constitucional do ente federativo comprovado por meio do Relatório Resumido da Execução Orçamentária - RREO do último

Além dos documentos exigidos pela Portaria nº 127/2008, nada impede que o gestor público exija outros que estejam previstos na Lei nº 8.666/93. É que o

bimestre do exercício encerrado ou do Balanço-Geral, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 101, de 2000;

II - o Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, exigido de acordo com o Decreto nº 3.788, de 11 de abril de 2001;

III - a comprovação do recolhimento de tributos, contribuições, inclusive as devidas à Seguridade Social, multas e demais encargos fiscais devidos à Fazenda Pública federal;

IV - a inexistência de pendências pecuniárias registradas no CADIN, de acordo com o art. 6º, da Lei nº 10.522, de 2002;

V - a comprovação de regularidade quanto ao depósito das parcelas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS;

VI - as prestações de contas de recursos anteriormente recebidos da União, conforme dispõe o art. 84, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal;

VII - o pagamento de empréstimos e financiamentos à União, como previsto no art. 25 da Lei Complementar 101, de 2000;

VIII - a aplicação dos limites mínimos de recursos nas áreas de saúde e educação, comprovado por meio do RREO do último bimestre do exercício encerrado ou no Balanço-Geral;

IX - a observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em restos a Pagar e de despesa total com pessoal, mediante o Relatório de Gestão Fiscal;

X - a publicação do Relatório de Gestão Fiscal de que tratam os arts. 54 e 55 da Lei Complementar nº 101, de 2000;

XI - o encaminhamento das contas anuais, conforme o art. 51 da Lei Complementar nº 101, de 2000;

XII - a publicação do Relatório Resumido da Execução Orçamentária de que trata o disposto no art. 52 da Lei Complementar nº 101, de 2000; e

XIII - a apresentação de suas contas à Secretaria do Tesouro Nacional ou entidade preposta nos prazos referidos no art. 51, §1º, incisos I e II, da Lei Complementar nº 101, de 2000, observado o que dispõe o art. 50 da referida Lei.

§ 1º Nos convênios e contratos de repasse celebrados com entidades da Administração Pública indireta, as condições de celebração elencadas no caput deverão ser cumulativamente atendidas pelo ente federativo ao qual o conveniente ou contratado está vinculado.

§ 2º A exigência prevista no parágrafo anterior aplica-se aos convênios e contratos de repasse celebrados com órgãos da administração direta em relação ao seu respectivo ente federativo, que deverá figurar como interveniente no instrumento.

§ 3º É condição para a celebração de convênios e contratos de repasse, a existência de dotação orçamentária específica no orçamento do concedente ou contratante, a qual deverá ser evidenciada no instrumento, indicando-se a respectiva nota de empenho.

§ 4º Nos convênios e contratos de repasse celebrados com entes, órgãos ou entidades públicas, as exigências para celebração serão atendidas por meio de consulta ao Cadastro Único de Convênio - CAUC, observadas as normas específicas que o disciplinam.

§ 5º Não se aplicam aos convênios e contratos de repasse celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, as exigências previstas nos incisos I, II, VII, VIII, IX, X, XI, XII e XIII do caput.

§ 6º A publicação ou a apresentação dos documentos elencados no caput fora dos prazos especificados em lei não impedirá a realização de transferência voluntária ou liberação de suas parcelas de recursos, a partir da data em que se der a referida publicação ou apresentação.

Art. 25. Sem prejuízo do disposto no art. 24, são condições para a celebração de convênios e contratos de repasse:

I - cadastro do conveniente ou contratado atualizado no SICONV - Portal de Convênios no momento da celebração, nos termos dos arts. 17 a 19;

II - Plano de Trabalho aprovado;

III - licença ambiental prévia, quando o convênio envolver obras, instalações ou serviços que exijam estudos ambientais, na forma disciplinada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA; e

IV - comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel, mediante certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente, quando o convênio tiver por objeto a execução de obras ou benfeitorias no imóvel”.

Cumpra registrar que também o art. 4º da IN/STN n.º 01/97 estabelece o rol de documentos a serem apresentados.

alcance da expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei de Licitações confere ao Poder Público a faculdade de exigir documentos constantes, por exemplo, no rol cominado nos artigos 27 a 31 desse diploma legal.⁷⁰⁶

Lembre-se de que antes da fase de análise a Administração Pública já deverá ter convocado todos os potenciais interessados para a eventual apresentação de propostas. Dessa forma, a fase da análise compreende atos equivalentes, no processo licitatório, à fase de habilitação e à fase de apresentação e julgamento de propostas pelos interessados.

O procedimento licitatório a ser seguido pelo Poder Público deverá seguir uma das modalidades já previstas pela legislação federal, observando-se a vedação de criação de outras modalidades de licitação, nos termos do art. 22, § 8º da Lei nº 8.666/93.

Há que se considerar, no entanto, que a própria Lei de Licitações estabelece procedimentos específicos a serem aplicados aos convênios, o que pode acarretar a modificação procedimental de algumas das modalidades previstas. Nesse sentido, deve-se interpretar que o poder regulamentar do Presidente da República adaptou a modalidade de licitação concurso (art. 22, § 4º da Lei nº 8.666/93) à realidade dos convênios administrativos, de modo que pode a Administração optar pela adoção do procedimento do *chamamento público*, previsto no art. 4º do Decreto nº 6.170/07 ou do *concurso de projetos*, previsto no art. 23 do Decreto nº 3.100/99.

Quanto à habilitação, por exemplo, é possível visualizar semelhança com o procedimento da Tomada de Preços, modalidade prevista na Lei. 8.666/93, em que

⁷⁰⁶ Nesse sentido, já se manifestou o STJ:

ADMINISTRATIVO – CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS COM O MINISTÉRIO DA SAÚDE – EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS FISCAIS – LEGALIDADE.

1. Obedece ao princípio da razoabilidade a exigência do Ministério da Saúde em apenas estabelecer convênios com entidades de reputação ilibada, pedindo, para tal comprovação, certidões negativas de débitos fiscais, nos termos do art. 29 da Lei n. 8.666/93.

2. Os atributos exigidos a todos os interessados em estabelecer convênios com o Ministério da Saúde estão previstos em lei, não se configurando, portanto, abusivos ou ilegais. Ao contrário, é mandamento constitucional e legal a cautela de se verificar a idoneidade do particular antes de contratar com a Administração Pública. Ordem de segurança denegada. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 13.985/DF. Impetrante: Associação Educativa do Brasil SOEBRAS; Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator Ministro Humberto Martins. Data do julgamento 16 de fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802594075&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 08 de outubro de 2010.

os interessados previamente cadastrados já podem se considerar previamente habilitados, ressalvados requisitos específicos exigidos pelo edital.

No plano dos convênios, ainda que o cadastro do proponente não seja realizado por meio do registro cadastral previsto para a modalidade tomada de preços (art. 36, § 1º), podem se considerar habilitados os interessados que se cadastrem previamente, nos termos da Lei nº 8.666/93 e das normas infralegais aplicáveis a essa espécie de ajuste.

Considerando-se ainda que o art. 116 determina a aplicação da Lei nº 8.666/93 de forma subsidiária aos convênios, ou seja, apenas “no que couber”, deve-se considerar que a especificidade da documentação exigida pode substituir alguns documentos tradicionalmente cobrados na fase de habilitação. Por esta razão, deve ser estendido aos convênios o disposto no art. 32, § 1º, que consagra a faculdade de o instrumento convocatório dispensar, no todo ou em parte, os documentos exigidos na fase de habilitação.

Há que se observar, no entanto, que o Superior Tribunal de Justiça reconhece a necessidade de apresentação das certidões aptas a comprovar a inexistência de débito junto à seguridade social, nos termos do art. 195, § 3º da Constituição.⁷⁰⁷

Quanto ao critério para julgamento das propostas (art. 45), não se pode desconsiderar que é característica peculiar do convênio a inexistência de lucro para o contratado, o que destaca a possibilidade de seleção por meio da “melhor técnica”.

⁷⁰⁷ “ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS COM O SUS. EXIGÊNCIA DE CERTIDÕES NEGATIVAS DE DÉBITOS FISCAIS. LEGALIDADE. 1. A Constituição da República, no § 3º de seu art. 195, dispõe que a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. a Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do MS 13.985/DF (Rel. Min. Humberto Martins, DJe 5.3.2009), decidiu ser legítima a **exigência de certidões negativas de débitos fiscais para que o particular possa celebrar convênio com a Administração Pública**. 3. Não se aplica aos hospitais e às instituições filantrópicas afins o disposto no art. 26, §§ 1º e 2º, da Lei n. 10.522/2002, mas tão-somente às pessoas jurídicas de direito público relacionadas no referido dispositivo legal. 4. Recurso ordinário não provido”. (grifo nosso) BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 32.427/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 19/11/2010. No mesmo sentido: “Exige-se prova de regularidade fiscal somente dos interessados para a habilitação em licitações, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, bem como para a obtenção de favores creditícios, isenções, subsídios, auxílios, outorga ou concessão de serviços ou quaisquer outros benefícios concedidos por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 844.247/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Data do julgamento 16/09/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600940198&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 15 de setembro 2010.

Dessa forma, o critério tradicional que valoriza “o menor preço” apresentado pelo licitante seria, à primeira vista, afastado dos processos de seleção para a celebração de convênios.

Ocorre que nada impede que o edital estabeleça os insumos necessários à execução do convênio e adote como critério de julgamento “o menor repasse” necessário, o que vai equivaler ao menor preço a ser pago pela Administração ao particular contratado.

Deve-se lembrar que na hipótese de ser constatada alguma irregularidade durante a análise técnica, a comissão poderá determinar a adequação da documentação apresentada a título de diligência. Imperioso não confundir o poder de verificação e saneamento do processo, com a inclusão de documento novo, conduta vedada pelo art. 43, § 3º da Lei nº 8.666/93.⁷⁰⁸

Concluídas as fases de habilitação e julgamento das propostas, o processo será encaminhado para parecer jurídico, preparando-se para a fase de aprovação.

5.15.3. Da aprovação (homologação)

Apresentado o parecer jurídico acerca da regularidade do processo administrativo para a celebração dos convênios administrativos, passa-se para a fase da aprovação.

Cumprido observar que a fase de aprovação dos convênios assemelha-se à homologação da licitação. Vale citar, assim, as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca da homologação:

[...] equivale à aprovação do procedimento; ela é precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente (indicada nas leis de cada unidade da federação), a qual, se verificar algum vício de ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento se cabível. Se o procedimento estiver em ordem, o homologará.⁷⁰⁹

⁷⁰⁸ “§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”.

⁷⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 400.

Observe-se, ainda, que a exemplo do ato de homologação dos certames públicos, a aprovação dos convênios também possui natureza de ato administrativo vinculado, de modo que a autoridade administrativa não terá margem decisória com base em juízo de conveniência e oportunidade.

Assim, se o procedimento administrativo contiver algum vício, deverá o agente anular ou convalidar o ato. Caso contrário, deverá aprovar todo o procedimento realizado.

Havendo a aprovação, a autoridade representante do ente concedente dará prosseguimento ao processo de formalização do convênio, devendo numerá-lo, bem como indicar a agência e a conta bancária na qual serão depositados os recursos necessários para a execução do convênio.

Embora não haja menção expressa à fase de adjudicação, entende-se que, ao fim da homologação, a Administração procederá à fase de convocação do licitante vencedor para a assinatura do convênio.

5.15.4. Da formalização propriamente dita (assinatura do convênio)

Concluída a fase técnica e aprovado o procedimento pela autoridade competente, podem os partícipes assinar o convênio. Serão emitidas duas vias do convênio para assinatura do partícipe concedente e do Proponente/Conveniente, nos termos do art. 10 da IN/STN n.º 01/97.⁷¹⁰

Registre-se que a chamada formalização propriamente dita correspondente à assinatura do convênio, o que significa que já se encerrou o processo de seleção dos licitantes. A partir deste momento, o Poder Público preocupar-se-á com a assinatura do convênio, como também com sua execução e prestação de contas.

⁷¹⁰ “Art. 10. Assinarão, obrigatoriamente, o termo de convênio os partícipes, duas testemunhas devidamente qualificadas e o interveniente, se houver”.

Assim, para a formalização, é necessário que seja providenciado, além da cópia do parecer da assessoria jurídica, cópias do convênio, da declaração de liberação de verba pública e do impacto financeiro, as quais serão encaminhadas ao respectivo órgão de contabilidade analítica, para que se faça o empenho da despesa, nos termos do art. 14, da IN/STN nº 1/97.

A data da assinatura do convênio será aquela em que for recebido o empenho datado. É a partir desse momento que se elaborará o extrato do convênio, o qual deverá ser assinado pelo representante legal do ente concedente e encaminhado ao protocolo para a publicação no Diário Oficial.

5.15.5. Da publicação

Elaborado o extrato do convênio, nos termos do art. 17 da IN/STN n.º 01/97, é condição de eficácia do ajuste a sua publicação no Diário Oficial competente até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura.⁷¹¹

Trata-se de aplicação, aos convênios, do parágrafo único do art. 61 da Lei de Licitações, que impõe à Administração Pública a obrigação de publicar de forma

⁷¹¹ Art. 17, IN/STN n.º 01/97: “A eficácia dos convênios e de seus aditivos, qualquer que seja o seu valor, fica condicionada à publicação do respectivo extrato no "Diário Oficial" da União, que será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, devendo esta ocorrer no prazo de vinte dias a contar daquela data, contendo os seguintes elementos:

I - espécie, número, e valor do instrumento;

II - denominação, domicílio e inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda-CGC/MF dos partícipes e nome e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda-CPF/MF dos signatários;

III - resumo do objeto;

IV - crédito pelo qual correrá a despesa, número e data da Nota de Empenho ou Nota de Movimentação de Crédito;

V - valor a ser transferido ou descentralizado no exercício em curso e, se for o caso, o previsto para exercícios subsequentes, bem como o da contrapartida que o conveniente se obriga a aplicar;

VI - prazo de vigência e data da assinatura; e

VII - código da Unidade Gestora, da gestão e classificação funcional programática e econômica, correspondente aos respectivos créditos”. Também o art. 33 a 36 da Portaria Interministerial nº 127/2008 discorrem sobre a forma em que se dará a publicidade dos convênios.

resumida o instrumento contratual bem como de seus aditamentos, estabelecendo expressamente que a publicação do extrato é condição de sua eficácia.⁷¹²

Trata-se, pois, de solenidade essencial, cujo objetivo é conferir aos cidadãos a possibilidade de acompanhar o gastos dos recursos públicos.⁷¹³

5.16. Prazo de vigência dos convênios

O art. 12 do Decreto nº. 6.170/07 estabelece expressamente a possibilidade de os convênios serem denunciados pelos partícipes a qualquer tempo, sem que se possa aplicar qualquer sanção em virtude da opção pela ruptura do vínculo:

Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.

No mesmo sentido é o tratamento da matéria pelas demais normas infralegais, como se depreende da leitura do art. 61 da Portaria Interministerial nº 127/08, editada conjuntamente pelo Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e pela Controladoria Geral da União:

Art. 61. O convênio ou contrato de repasse poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens

⁷¹² A esse respeito, vale transcrever o parágrafo único do art. 61 da Lei n.º 8.666/93: “A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei”.

⁷¹³ A esse respeito vale citar entendimento sumulado no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

“Súmula nº 46, do TCE-MG (DJMG: 14/10/97): A eficácia de Contratos, Convênios e Acordos e seus aditamentos celebrados pelos órgãos e entidades públicas, estaduais e municipais, qualquer que seja o seu valor, dependerá da publicação de seu resumo no Órgão Oficial do Estado ou no Diário Oficial local, a qual deverá ser providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao da sua assinatura, para ocorrer no prazo de 20 dias daquela data”. MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Súmula nº 46. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. nº 01 de 2004 - Ano XXII. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2004/01/-sumario?next=19. Acesso em: 01/07/2010.

do tempo em que participaram voluntariamente da avença, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.⁷¹⁴

Percebe-se, assim, que o convênio é concebido como um ajuste celebrado por tempo indeterminado, haja vista a possibilidade de cessação do vínculo a qualquer tempo. Nesse sentido, devido à liberdade de ingresso e de retirada dos partícipes, a doutrina majoritária sustenta o caráter precário dos convênios administrativos.⁷¹⁵

Cumprido destacar que a precariedade em um negócio jurídico bilateral (convênio, *e. g.*) refere-se à possibilidade ou não de uma das partes rescindir o vínculo de forma unilateral, a qualquer tempo, sem que a ruptura acarrete para a outra parte direito à indenização.

Por outro lado, negócios jurídicos bilaterais não precários são aqueles em que há um termo final estabelecido, de modo que o rompimento antecipado pode gerar direito à indenização em benefício da parte que não deu causa à rescisão unilateral.

Aparentemente, portanto, teria o convênio natureza precária, haja vista que o art. 12 do Decreto nº 6.170/07 assegura a faculdade de rompimento antecipado do vínculo, sem que o outro partícipe possa pleitear a compensação financeira pelos prejuízos eventualmente percebidos.

Não teria incidência, pois, o art. 57 da Lei nº 8.666/93, o qual nega a possibilidade de existirem negócios jurídicos bilaterais de natureza precária, haja vista a vedação de celebração de contratos por tempo indeterminado. Nesse sentido o entendimento majoritário, que se fundamenta no fato de o artigo 116 da Lei nº 8.666/93 estabelecer a aplicação desta lei aos convênios, somente “no que couber”.

⁷¹⁴ Cumprido registrar que mesmo antes da edição da Portaria Interministerial nº 127/08, o inciso X do art. 7º da Instrução Normativa 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional já trazia comando semelhante, consagrando: “a faculdade aos partícipes para denunciá-lo [convênio] ou rescindi-lo, a qualquer tempo, imputando-se-lhes as responsabilidades das obrigações decorrentes do prazo em que tenham vigido e creditando-se-lhes, igualmente os benefícios adquiridos no mesmo período;”

⁷¹⁵ “Diante da igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa *cooperação associativa*, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.” MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 286. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas, p. 231-232, ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*, p. 146; FREIRE, Elias. *Direito Administrativo*, p. 342.

Assim, a vedação de celebração de contratos administrativos por tempo indeterminado, prevista no art. 57, “não caberia” aos convênios.

Ocorre que, analisando-se o art. 116 da Lei de Licitações, dispositivo que confere tratamento especial aos convênios, percebe-se que a lei determinou a instituição de um termo final em todos os institutos desta natureza.

É que o art. 116, § 1º estabelece a obrigatoriedade, em todos os convênios, de elaboração de plano de trabalho e cronograma de desembolso. Ademais, o inciso II do § 1º determina ainda a previsão das “etapas ou fases de execução” dos convênios e o inciso VI trata da “previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fase programadas”.

É bastante clara, portanto, a determinação legal acerca da duração do convênio, visto que todo e qualquer plano de trabalho tem começo, meio e fim, tendo o papel de termo final. Dessa forma, o termo final dos convênios administrativos coincide com a conclusão do plano de trabalho, não se podendo falar em contrato por tempo indeterminado.⁷¹⁶

Assim, a partir do momento que se estipula um prazo determinado em um contrato, não se vislumbra mais o caráter precário.

Além disso, se a proposta de um convênio foi aceita, é porque a celebração daquele ajuste específico é essencial para a persecução do interesse público. Em outras palavras: o motivo apresentado para a celebração do convênio é a necessidade social da atividade a ser executada.

E seria contrário a todo o regime jurídico-administrativo admitir que o interesse da sociedade ficasse à mercê da vontade um particular, que em um dia celebrou o convênio, mas no dia seguinte não pretende mais executá-lo.

Deve-se compreender que os compromissos assumidos pelos particulares com o Estado refletem diretamente nos interesses de toda a coletividade, que passa a

⁷¹⁶ “Diz-se que o tempo, como fator constitutivo do termo, pode ser certo ou incerto. É tempo certo, e o negócio se diz a termo certo, quando existe uma data fixada, ou se tenha determinado um lapso de tempo. Assim, é certo o termo, quando se diz ‘no dia 31 de dezembro deste ano’, ou se fala ‘de hoje a 10 dias’. É incerto, e o negócio se diz a termo incerto, quando ao tempo falta determinação, não se estabelecendo por algum meio o momento do começo de exercício ou da extinção do direito (*dies incertus quando*). Se, todavia, a indeterminação for absoluta (*dies incertus an, incertus quando*), tratar-se-á de condição e não de termo”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 576. No mesmo sentido: AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, p. 484..

ter expectativa legítima quanto ao fiel cumprimento das contrapartidas assumidas pelo partícipe privado.

Dessa forma, entende-se no presente trabalho que o art. 12 do Decreto nº 6.170/07 é inconstitucional (assim como o art. 61 da Portaria Interministerial 127/08), visto que incompatível com o regime jurídico-administrativo consagrado pela Constituição de 1988, em especial com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração.

Ademais, a portaria e o decreto citados são também ilegais, haja vista que afrontam o art. 116, § 1º da Lei nº 8.666/93, que concebe o convênio como um vínculo com termo final e, portanto, não precário.

Portanto, em se tratando de convênios celebrados com instituições particulares, ao partícipe cabe o cumprimento do convênio até o termo final, sob pena de serem aplicadas as sanções previstas no artigo 87 da Lei nº. 8.666/93.⁷¹⁷

Somente à Administração Pública é assegurado o direito de resilir o convênio unilateralmente, nas hipóteses em que o interesse público demandar, nos termos do art. 58, II, em conjunto com o art. 79, I da Lei de Licitações.

Não se pode cogitar, portanto, de cláusula que estabeleça livre ingresso e retirada do partícipe privado, haja vista a incidência do regime jurídico-administrativo sobre o instituto dos convênios. E mesmo que a atuação do particular seja desprovida de finalidade lucrativa, com forte cunho filantrópico, isso não lhe daria o direito de

⁷¹⁷ “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I-advertência;

II-multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III-suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV-declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III, IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.”

comprometer interesses públicos por meio da simples desistência do compromisso assumido.

Justamente em virtude de ser celebrado a termo, ou seja, por tempo determinado, é que o convênio poderá ser prorrogado. Ora, não se prorroga algo que não tem fim, o que tornaria inócua a discussão sobre a prorrogação do convênio se não houvesse a celebração por tempo determinado.

Deve-se aplicar, portanto, o art. 57 da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece a possibilidade de prorrogação de contratos que envolvam a prestação de serviços contínuos, como também para os objetos com previsão no plano plurianual.

Nesse ponto merece destaque apenas uma diferenciação de tratamento entre convênios financeiros e não financeiros.

Nos convênios financeiros, as limitações do art. 57 da Lei de Licitações e Contratos aplicam-se integralmente, de modo que sua duração fica adstrita à vigência dos créditos orçamentários, salvo nos casos estabelecidos na Lei. Assim ficam ressalvados os convênios cujas despesas tenham previsão no Plano Plurianual, como também serviços prestados de forma contínua e utilização de programas de informática.

Nos convênios não financeiros, por outro lado, não se exige que sua vigência se limite à previsão de créditos orçamentários, já que não há repasse de recursos pelo Poder Público.

De qualquer forma, tanto os convênios financeiros quanto os não financeiros deverão observar o prazo máximo de sessenta meses previsto no art. 57, II da Lei nº 8.666/93, com a possibilidade excepcional de prorrogação por mais doze meses (art. 57, § 4º). Vale lembrar que a Lei nº 12.349/2010 modificou o art. 57, V, da Lei nº 8.666/93, passando a permitir que os contratos celebrados por dispensa de licitação, nas hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24 da mesma Lei, tenham vigência por até cento e vinte meses.

Ademais, eventuais aditamentos no plano de trabalho dos convênios, no entanto, deverão observar os limites quantitativos estabelecidos no art. 65, § 1º da Lei de Licitações.

Ressalve-se, no entanto, que em se tratando de convênios celebrados entre entes federativos, não se aplicam as sanções previstas no art. 87 da Lei de Licitações, de modo que, no âmbito dos convênios genuinamente públicos, só haverá sanção se for prevista no instrumento do convênio e aceita pelos partícipes. Além de ser inadmissível qualquer pretensão de supremacia de um ente público sobre o outro, qualquer previsão de sanção deve se aplicar igualmente a todos os partícipes públicos envolvidos, sob pena de afronta ao pacto federativo e ao dever de tratamento igualitário entre as pessoas políticas (art. 19, III da C.R./88).

5.17. Inexecução do convênio

A fiel execução do plano de trabalho estabelecido ainda na fase de proposição dá início à fase de prestação de contas e põe termo à relação estabelecida entre os partícipes do convênio.

Todavia, pode ocorrer de um ou ambos os partícipes descumprirem o pactuado, desrespeitando o ajuste ao qual se obrigaram. Trata-se de hipótese de inexecução do convênio.

Nesse caso, tal qual ocorre nos contratos, é preciso verificar “a causa da inexecução ou até onde deve a parte inadimplente responder por seu descumprimento”.⁷¹⁸

Considera-se inexecução, pois, tanto o descumprimento parcial do ajuste, pela inobservância das cláusulas do plano de trabalho que o regem, quanto a rescisão unilateral pelo particular antes do advento do termo final.

Quanto ao descumprimento parcial, a Portaria Interministerial nº 127/08 estabelece a imediata abertura de procedimento de tomadas de contas especial, conforme o disposto no seu art. 63, II:

⁷¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, p. 225.

Art. 63. Tomada de Contas Especial é um processo devidamente formalizado, dotado de rito próprio, que objetiva apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano causado ao Erário, visando ao seu imediato ressarcimento.

[...]

II - a prestação de contas do convênio ou contrato de repasse não for aprovada em decorrência de:

- a) inexecução total ou parcial do objeto pactuado;
- b) desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos;
- c) impugnação de despesas, se realizadas em desacordo com as disposições do termo celebrado ou desta Portaria;
- d) não utilização, total ou parcial, da contrapartida pactuada, na hipótese de não haver sido recolhida na forma prevista no parágrafo único do art. 57;
- e) não utilização, total ou parcial, dos rendimentos da aplicação financeira no objeto do Plano de Trabalho, quando não recolhidos na forma prevista no parágrafo único do art. 57;
- f) não aplicação nos termos do § 1º do art. 42 ou não devolução de rendimentos de aplicações financeiras, no caso de sua não utilização;
- g) não devolução de eventual saldo de recursos federais, apurado na execução do objeto, nos termos do art. 57; e
- h) ausência de documentos exigidos na prestação de contas que comprometa o julgamento da boa e regular aplicação dos recursos.

Vale lembrar que o art. 61, da Portaria Interministerial nº 127/2008 permite que o convênio seja denunciado a qualquer momento, sem a imposição de qualquer penalidade ao partícipe denunciante.⁷¹⁹

Todavia, permitir que o ente que deixou culposamente de executar o convênio na totalidade saia da relação jurídica sem qualquer sanção e, ainda, deixando vultosos prejuízos ao Poder Público, viola claramente o art. 116, da Lei nº 8.666/93.

Isso porque o dispositivo em comento impõe como requisito de validade do convênio o cumprimento integral do plano de trabalho, do que decorre que esse tipo de ajuste é espécie de contrato a termo, incapaz de ser rescindido a qualquer momento, sem aplicação de qualquer penalidade.

Além de ilegal, o disposto no art. 12 do Decreto nº 6.170/07 e no art. 61 da Portaria Interministerial nº 127/08 é também inconstitucional, conforme previsto nos itens anteriores, na medida em que a celebração de contrato administrativo por tempo indeterminado ofende aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

⁷¹⁹ No intuito de facilitar a compreensão do leitor, vale transcrever, novamente, o art. 61 da Portaria Interministerial editada pelo Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e Controladoria Geral da União: “Art. 61. O convênio ou contrato de repasse poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente da avença, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. Parágrafo único. Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio ou contrato de repasse, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de trinta dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos”.

Portanto, outra não pode ser a conclusão senão a de que a conduta do partícipe que rescinde antecipadamente o convênio, sem qualquer justificativa, desafia punição. Para tanto, aplicam-se também aos convênios o disposto nos arts. 86 a 88, da Lei nº 8.666/93.⁷²⁰

5.17.1. Devolução dos valores previstos no convênio como decorrência da sua inexecução

Quando o objeto do convênio não é concluído e um dos partícipes denuncia o ajuste, afastando-se de suas tarefas iniciais, deve-se atentar para qual a melhor destinação a ser dada aos recursos públicos até então transferidos.

⁷²⁰ “Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I- advertência;

II- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III- suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV- declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I- tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II- tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III- demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.”

Com efeito, configuraria absoluto desvio de finalidade a hipótese de o conveniente poder simplesmente integrar ao seu patrimônio valores transferidos do erário cuja finalidade seria a consecução de um interesse público determinado.⁷²¹

Assim, o art. 7º, XII, da IN/STN nº 01/97, determina ser cláusula obrigatória dos convênios o dever de o conveniente devolver ao concedente os valores repassados, no caso de inexecução do convênio ou de aplicação dos recursos em finalidade diversa.⁷²²

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União firmou o entendimento de que só existem dois destinos possíveis para o dinheiro público transferido por meio de convênio: ou é aplicado no objeto do ajuste, nos exatos termos do plano de trabalho, ou é devolvido pelo gestor do conveniente, acrescido de juros de mora e correção monetária.⁷²³

⁷²¹ O Tribunal Regional Federal da 1ª. Região decidiu que o conveniente atua em desvio de finalidade quando aceita formalizar o acordo, mesmo sabendo que o objeto diverge sua finalidade social:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO - OSCIPs. TERMO DE PARCERIA. INOBSERVÂNCIA DA LEI Nº 9.790/99. EXECUÇÃO DO OBJETO DO TERMO POR EMPRESA SUBCONTRATADA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ESTATUTÁRIA PARA CONSTRUÇÃO DE OBRAS DE INFRA-ESTRUTURA. NULIDADE. OBRAS REALIZADAS. DIREITO AO RESSARCIMENTO PELAS OBRAS JÁ REALIZADAS. I - A Lei nº 9.790/99 permite a celebração de termo de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público, para execução das atividades nela elencadas, que deverão ser realizadas diretamente pelo parceiro (art. 3º, parágrafo único), afrontando, pois, a legislação de regência, a celebração do termo de parceria para construção de obras de infra-estrutura, quando a empresa parceira, de acordo com o seu estatuto, não tem como finalidade social a execução das aludidas obras públicas, utilizando-se de empresas subcontratadas para tal, como no caso. II - Reconhecida a nulidade parcial do termo de parceria firmado, sem a observância da Lei nº 9.790/99, no que se refere à construção de obras públicas, a condenação da parceira à devolução da verba recebida para realização das referidas obras deve ser limitada ao montante que ultrapassar os valores das obras já realizadas, de modo a não ensejar o enriquecimento ilícito da Administração. III - Apelação do INCRA desprovida. Apelação da ABRADESE e remessa oficial parcialmente providas. DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Civil Pública nº 200543000018285. Desembargador Relator: Federal Souza Prudente. Data do julgamento: 26 de novembro 2007.

⁷²² “Art. 7º (...) XII - o compromisso do conveniente de restituir ao concedente o valor transferido atualizado monetariamente, desde a data do recebimento, acrescido de juros legais, na forma da legislação aplicável aos débitos para com a Fazenda Nacional, nos seguintes casos:

- a) quando não for executado o objeto da avença;
- b) quando não for apresentada, no prazo exigido, a prestação de contas parcial ou final; e
- c) quando os recursos forem utilizados em finalidade diversa da estabelecida no convênio.

Ressalte-se que a Portaria Interministerial nº 127/2008 não possui semelhante previsão, mas determina como cláusula obrigatória, no seu art. 30 “XI - a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta Portaria”.

⁷²³ “Quem recebe dinheiro público para administrar, só tem duas opções: ou comprova sua aplicação ou o devolve. Como não ficou demonstrado que os recursos federais transferidos ao Município de José de Freitas/PI, no ano de 2000, foram empregados na finalidade esperada, resta ao ex-prefeito, que por eles se responsabilizou pessoalmente, restituí-los ao FUNDEF”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3461/2007. Processo nº 002.572/2001-4. Tomada de contas Especial. Relator Ministro Marcos Vilaça. Data do julgamento: 06 de novembro 2007. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em 04 de julho 2010. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1298/2008. Processo nº 010.139/2007-1. Tomada de contas especial.

No caso em que a contrapartida não for aplicada, por qualquer motivo justo, deve esse valor ser restituído à conta do órgão repassador dos recursos, corrigido monetariamente, desde a data do recebimento dos valores concernentes ao convênio, para que o gestor se exima de qualquer responsabilidade quanto ao ocorrido.

Registre-se que o valor a ser recolhido deve ser inversamente proporcional ao recurso efetivamente aplicado pelo convenente. Ou seja, se nada for aplicado, o recurso repassado deve ser devolvido integralmente ao órgão concedente com juros e correção monetária, conforme previsto pela IN/STN n.º 01/97. Não há que se falar em cobrar, ainda, o valor da contrapartida que deveria ter sido aplicada, sob pena de caracterizar enriquecimento ilícito da entidade repassadora das verbas.⁷²⁴

Caso o convenente já tenha repassado parte de sua contrapartida, a devolução dos recursos será apenas parcial, proporcionalmente aos recursos aplicados pelas partes, nos termos do parágrafo único do art. 57, da Portaria Interministerial n.º 127/08:

Art. 57. Os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas nas aplicações financeiras realizadas, não utilizadas no objeto pactuado, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo estabelecido para a apresentação da prestação de contas.

Parágrafo único. A devolução prevista no caput será realizada observando-se a proporcionalidade dos recursos transferidos e os da contrapartida previstos na celebração independentemente da época em que foram aportados pelas partes.

Em suma, no caso de total inexecução do convênio, os valores serão integralmente restituídos ao ente público concedente. Já nos casos de inexecução parcial, com aplicação da contrapartida, o convenente deve proceder apenas à devolução inversamente proporcional do valor repassado. Quanto maior a contrapartida do particular já aplicada, menor a devolução de recursos.⁷²⁵

Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Data do julgamento: 20 de maio 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=5&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em 04 de julho 2010.

⁷²⁴ AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênios e tomadas de contas especiais: manual prático*, p. 28. No mesmo sentido já se manifestou Guilherme Henrique de La Rocque Almeida “Por outro lado, se o objeto do convênio não tiver sido executado, não haverá a devolução calculada com supedâneo em percentual de contrapartida. Se nada foi feito, os recursos da União deverão ser devolvidos integralmente, com base no disposto no inciso XII do art. 7º da IN STN n.º 1/1997.” ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *Controle das transferências financeiras da União*, p. 158.

⁷²⁵ Entendeu o Tribunal de Contas da União que, na hipótese de o concedente denunciar o convênio, deve o convenente devolver os valores remanescentes. Todavia, é vedado ao concedente cobrar os valores que deveriam

5.18. Convênios entre entes públicos: discricionariedade de cada ente na escolha do partícipe.

Os convênios celebrados entre entidades públicas viabilizam o atendimento das competências constitucionais comuns dos entes federativos (art. 23 da CR/88), bem como a gestão associada de serviços públicos (art. 241 da CR/88).

Embora todos os partícipes da relação jurídica encontrem-se vinculados à busca do bem comum, deve-se reconhecer que se trata de pessoas jurídicas autônomas, que possuem metas e objetivos próprios. Partindo da natureza contratual do convênio celebrado entre entidades públicas, Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que “o contrato, seja ele de direito privado, seja de direito público, é uma composição consensual de interesses”.⁷²⁶

Para que a ordem jurídica seja respeitada em sua totalidade, não se pode depreciar o interesse geral de qualquer das entidades públicas integrantes do convênio administrativo.⁷²⁷

Dessa forma, os convênios pressupõem o reconhecimento da autonomia dos partícipes, a qual decorre da forma federativa do Estado brasileiro. Cumpre observar, pois, que a Constituição de 1988 estabelece que a União, Estados e Distrito Federal e Municípios situam-se no mesmo nível, sem que haja posição de superioridade entre eles.⁷²⁸

A atuação dos entes federados, assim, não é organizada de maneira hierárquica, mas por meio da repartição de competências entre as pessoas políticas, as

ser aplicados a título de contrapartida, sob pena de enriquecimento ilícito. BRASIL. Tribunal de Contas da União. AC-0773-09/08-2, Sessão: 01/04/08, Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti.

⁷²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Interesse público primário e secundário _ Convênio entre União e Estado _ Dever de indenização*, p. 56. Registre-se, novamente, que o autor nega a natureza contratual dos contratos administrativos em geral, os quais contam com um particular na relação jurídica. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 618.

⁷²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Interesse público primário e secundário _ Convênio entre União e Estado _ Dever de indenização*, p. 58.

⁷²⁸ A esse respeito dispõe expressamente o art. 19, III da Constituição: “Art. 19 é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

quais têm liberdade para buscar o interesse da coletividade segundo a sua concepção própria. Não há, portanto, sobreposição de políticas públicas de um ente com relação a outro, visto que as várias ordens jurídicas encontram-se no plano isonômico.⁷²⁹

Nesse sentido, entende-se que as competências constitucionalmente atribuídas a cada um dos entes federativos devem ser desempenhadas por meio de um planejamento próprio, o qual pode buscar integração com as políticas públicas das outras entidades federadas.

Dessa forma, os convênios administrativos apresentam-se como o instrumento passível de unificar o interesse nacional e os distintos interesses locais e regionais, de modo que os partícipes passem a caminhar conjuntamente no sentido de efetivar os direitos fundamentais de toda a coletividade.

Cabe a cada município determinar qual é o interesse local a ser tutelado, nos termos do art. 30, inciso I, como também compete a cada Estado-membro definir o interesse regional a ser buscado. Ao ente central (União Federal), compete a definição do interesse nacional. Consensualmente, no entanto, os entes públicos passam a atuar em regime de cooperação, visando à consecução dos deveres que lhe foram atribuídos pelo ordenamento jurídico-constitucional. Cada um dos entes federativos continuará exercendo seu juízo de prioridade de maneira discricionária, no intuito de atender aos anseios da população ali representada, mas de forma concertada com o juízo de prioridade de outras pessoas políticas.

Deve-se ter clareza, pois, que a autonomia das entidades federadas é inerente à ideia de federalismo. Por um lado, deve-se compreender que a existência de um único Estado repousa na cooperação entre os entes federados, haja vista que, se houvesse ações desvinculadas de um objetivo comum, estaria comprometida a sobrevivência da Federação. Por outro lado, o aspecto que diferencia o Estado Federal do Estado Unitário é o reconhecimento da autonomia política de cada um dos estados-membros, de modo que cada entidade federativa possui liberdade para perseguir seus interesses próprios, ou seja, liberdade para buscar o interesse do todo (nação soberana) sob sua própria ótica.

⁷²⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 100.

Considerando a existência de centros de interesses autônomos na Federação e a conseqüente necessidade de igualar as forças políticas dos entes federados, o ordenamento jurídico brasileiro estruturou o órgão legislativo federal de forma bicameral, de modo que o Senado Federal seja composto por igual número de representantes de cada um dos Estados-membros (art. 46, § 1º da Constituição).

Dessa forma, não se pode enxergar a federação como se os entes federados buscassem sempre os mesmos interesses públicos, ou seja, como se não houvesse uma luta política entre os entes federados, no sentido de prevalecerem os seus respectivos interesses.⁷³⁰

Assim, podem ser mencionadas as chamadas "guerras fiscais" realizadas entre os Estados-membros acerca da redução de ICMS para atração de grandes indústrias, ou mesmo a recente discussão acerca da redução de pagamento de royalties aos estados produtores de petróleo.⁷³¹

É nesse contexto de autonomia dos entes federativos que devem ser analisados os convênios públicos, principalmente quando estão envolvidas transferências voluntárias de recursos financeiros. A exemplo do que ocorre com as "guerras fiscais", pode haver conflito entre os entes públicos que têm interesse em aumentar as receitas disponíveis para atender ao interesse público local ou regional.

⁷³⁰ "Não se há de entender por ações cooperativas de equilíbrio em plano nacional apenas soluções 'compreensivistas' ou globais, mas, antes, as possíveis alternativas parcializadas que possam convergir para a consecução dos objetivos. Mesmo porque peculiaridades regionais e outros fatores assemelhados podem desafiar formatos e estratégias distintas de colaboração, assim como recortes setoriais específicos. A lógica de colaboração, no entanto, concilia-se com a de competição nos moldes da tendência americana, propiciando relação no modelo competitivo-cooperativo, que encontra, no pacto federativo, o respaldo para o compartilhamento de vantagens obtidas no jogo de forças das autonomias concorrentes." PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *O federalismo brasileiro e a lógica cooperativa-competitiva*, p. 43.

⁷³¹ "Com o aval do governo federal, o novo texto que define o modelo de exploração do pré-sal derrubou os repasses de royalties para Estados produtores de petróleo e gás em terra, reduzindo de 52,5% para 20% a fatia a que eles têm direito. Ao contrário dos Estados produtores em mar, que conseguiram aumentar sua participação no pré-sal, os deputados federais representantes dos produtores em terra aprovaram o texto na comissão especial que tratou do tema sem reparar nos novos valores. Informados pela reportagem sobre a mudança, representantes do Amazonas e do Ceará se preparam para travar uma guerra paralela no plenário da Câmara e do Senado para voltar aos termos anteriores que lhes garantiram mais da metade dos R\$ 80 milhões pagos em royalties somente em outubro. Pelo texto, a redistribuição do pagamento de royalties em terra mudaria no regime de partilha: União (de 25% para 20%); Estados produtores (52,5% para 20%); municípios produtores (de 15% para 10%) e todos os Estados e municípios (7,5% para 50%). A **Folha** apurou que o Planalto tinha ciência dos novos valores e não se opôs. Nenhum deputado questionou a alteração durante a votação do relatório do deputado Henrique Eduardo Alves (RN), líder do PMDB na Câmara." *CONGRESSO reduz royalties para Estados produtores de petróleo em terra. Folha on line*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u653444.shtml>. Acesso em: 26 jul. 2010.

Dessa forma, quando um ente federativo transfere recursos de forma voluntária a outro ente, por meio de convênio, necessariamente ocorre a exclusão de um outro ente federativo, haja vista a limitação orçamentária do ente repassador.⁷³²

Na transferência de recursos da União para um determinado Estado, por exemplo, poder-se-ia questionar a necessidade de realização de processo seletivo com critérios objetivos de forma a regular a competição existente entre os entes federativos interessados na efetivação de seus respectivos interesses regionais ou locais.

Nesse sentido seria evitado que um determinado estado, por exemplo, fosse mais beneficiado com o recebimento de recursos federais. É o que poderia ocorrer na hipótese de um estado, com maior poder de barganha junto à União, obter vantagens na celebração de convênio administrativo em detrimento de outros entes.

Nos contratos administrativos celebrados com particulares, a exigência constitucional de realização de licitação afastaria qualquer tipo de privilégio ou discriminação, razão pela qual poderia ser questionada a aplicabilidade da mesma imposição aos convênios entre entes públicos.

Há que se considerar, no entanto, que a escolha do partícipe para a celebração do convênio implica, indiretamente, a determinação do interesse público que será atendido no caso concreto. Em razão da autonomia política que os entes federados possuem sobre os temas referentes ao seu território, não poderia a União

⁷³² Vale destacar que compete ao ente repassador dos recursos financeiros (normalmente a União) estabelecer os critérios a serem respeitados pelos entes interessados, podendo ser citados como exemplo a inscrição em cadastros nacionais e o fato de não haver inadimplência perante o INSS. Nesse sentido, vale citar trecho do parecer elaborado por Benedicto Porto Neto no intuito de subsidiar os estudos elaborados pelo Governo Federal no período de apresentação do Anteprojeto de Lei para "estabelecer as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento". Esse anteprojeto foi convertido e aprovado, com algumas modificações, na Lei Federal n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Cumpre transcrever alguns trechos: "De início já adiantando, a norma cuida apenas de disciplinar competência discricionária da própria União, regra para disciplinar sua decisão de transferir voluntariamente recursos para os demais entes da Federação. [...] A União, portanto, é livre, neste caso, para fiscalizar as condições e metas para seus investimentos. Se ela o faz por meio de lei que define critérios uniformes, previamente planejados e que asseguram equânime acesso dos interessados a esses recursos, como deseja se fazer pelo Anteprojeto em causa, a União não só tenta cumprir os postulados de economicidade e eficiência, como também obedece ao princípio da transparência na gestão pública, tornando claro o que, outrora, poderia ser obscuro; e objetivo o que, antes, poderia ser casuístico. Aliás, é a União que, em realidade, se limita, diminuindo o círculo de liberdade que poderia possuir no manejo desses recursos, não havendo como se falar em interferência em recursos ou direitos de outros entes da Federação. Na verdade, o Anteprojeto apenas estabelece restrições à própria União para exercício de competência discricionária. Sem a regra, ela seguiria desfrutando de margem de liberdade para destinação de recursos aos demais entes da federação". *Parecer elaborado no intuito de subsidiar os estudos elaborados pelo Governo Federal no período de apresentação do Anteprojeto de Lei para estabelecer as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_BenedictoPortoNeto.pdf. Acesso em: 27 de julho de 2010.

colaborar com o atendimento de determinado interesse local do Rio de Janeiro sem que o município carioca participasse da relação jurídica. Portanto, ao contrário do que ocorre nas disputas entre empresas privadas, em que vários concorrentes têm aptidão para atender ao interesse público almejado, no caso da gestão associada de serviços públicos deve ficar claro que cada ente federativo possui competências exclusivas sobre os interesses colocados constitucionalmente sob sua tutela.

A possibilidade de um interesse público determinado ser atendido por qualquer um, entre vários “parceiros potenciais”, é pressuposto lógico de qualquer procedimento competitivo público, o que inclui a licitação.

Ocorre que os objetivos estabelecidos no art. 3º da Constituição da República (como a redução das desigualdades regionais) só serão atendidos se forem respeitados juízos de prioridade realizados pelas demais pessoas políticas, em especial a União. A sistemática constitucional, que concentra maior volume de recursos financeiros no orçamento federal, é coerente com a colocação da União na posição de guardião do interesse nacional.

A realização de um processo seletivo de escolha dos partícipes atrairia o risco de o Estado de São Paulo, por exemplo, apresentar sempre a melhor proposta e, conseqüentemente, ser sempre agraciado com a transferência de recursos públicos.

Não há dúvidas de que cada estado-membro e cada município considera que o seu interesse deve prevalecer. Caberá à União, nesse caso, decidir discricionariamente, mediante farta motivação, qual o interesse regional ou local que deverá prevalecer no caso concreto, tendo em vista a consecução dos objetivos de todo o Estado Soberano.

Em determinados momentos prevalecerá a necessidade de melhorar a infraestrutura das regiões com maior densidade populacional, como a necessidade de construção de viadutos em São Paulo, mas em outras situações prevalecerá a necessidade de promover o desenvolvimento sustentável do Estado de Roraima.

Justamente nesse sentido é que se deve conceber a discricionariedade dos entes públicos no que se refere à escolha do partícipe do convênio.

Conclui-se, portanto, que o princípio democrático, na forma representativa, aliado à autonomia política dos entes federativos, assegura a cada uma das pessoas políticas a liberdade para decidir a maneira de cumprir suas tarefas constitucionais.⁷³³

É claro que se deve lembrar que o reconhecimento da discricionariedade dos entes públicos quanto à escolha do partícipe dos convênios administrativos não significa impossibilidade de controle da juridicidade de tal opção. Como leciona Florivaldo Dutra de Araújo, “a discricionariedade é uma liberdade conferida ao administrador pela lei, não resultando de vazio legal”.⁷³⁴

A ideia de discricionariedade da Administração, segundo Juarez Freitas, constitui instrumento de escolha das melhores soluções no caso concreto:

[...] pode-se conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e

⁷³³ “No Brasil, temos, pelo menos uma Administração Pública federal, 26 estaduais e mais 8 mil municipais. Para tão fragmentada descentralização política, cabe verificar que cada uma dessas pessoas políticas são autônomas, portanto, têm não só a capacidade de autonormação, como também a de auto-organização e a de autogoverno, isto é, a capacidade de direção política e administrativa da coletividade, inclusive para traçar política própria que permita a definição de opções e diretrizes distintas das adotadas pelas pessoas políticas maiores. A auto-organização, por outro giro, é poder instrumental a serviço do desempenho eficiente das competências outorgadas aos órgãos ou entes. Na realidade, os elementos organizativos constituem critérios de agregação e especificação de interesses públicos, e contribuem para enunciar um primeiro nível de explicitação normativa do parâmetro valorativo atinente ao princípio da eficiência administrativa. Assim, a operação de composição e coordenação dos diversos interesses envolvidos pode ser, em um primeiro momento, orientada por determinações extraídas das próprias normas de organização, que, nesse sentido, adquirem relevância normativa inquestionável. Seja pela descentralização administrativa e política, seja pela desconcentração, seja pela institucionalização da atuação de grupos sociais portadores de interesses públicos, como os partidos políticos, organizações empresariais ou sindicais, seja pela existência de entes associativos que concorrem para a tomada de decisões de interesse público, seja mesmo pela formação de governos de coalização, na realidade, o que se observa é uma verdadeira fragmentação do poder do Estado. A persecução do bem comum está a cargo das diversas pessoas políticas, cabendo a cada uma delas, em sua esfera territorial, uma gama de poderes/deveres. Enfim, no Brasil, um mesmo cidadão tem seus interesses atendidos, pelo menos, por uma Administração Pública municipal, uma Administração Pública estadual e pela Administração Pública federal. Ademais, a CRFB/88 traz ainda, uma interpenetração de competências concorrentes e comuns que merece atenção. As competências são formalmente atribuídas, entretanto, os interesses públicos que devem ser atendidos não se apresentam estáticos ou imutáveis e muito menos hierarquizados ou segmentados, mas são mutáveis, variáveis, inter-relacionados. Nesse compasso, o padrão otimizado de atendimento das necessidades da população não pode ser considerado a partir de um enfoque rígido de separação formal de competências, mas deve ter em conta a consideração das múltiplas interseções de interesses. Neste diapasão, a ideia de boa administração acaba por exigir das diversas Administrações uma postura holística, que visualize o todo, sem aprisionamentos a enfoques unilaterais e auto-referenciados; sem reverências exageradas às estritas considerações decorrentes dos desenhos formais de competências.” BATISTA JÚNIOR, *op. cit.* p. 142-143.

⁷³⁴ Segundo Florivaldo Dutra de Araújo, a discricionariedade supõe a concessão de opções ao administrador, as quais se caracterizam como “indiferentes jurídicos”, haja vista que, perante o Direito, possuem todas elas “o mesmo valor”. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 85. Para o presente trabalho, no entanto, a discricionariedade constitui margem de liberdade conferida pela lei ao administrador para que seja escolhida a melhor opção no caso concreto. Nesse sentido: FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa Administração Pública.⁷³⁵

A esse respeito, deve-se atentar para uma corrente doutrinária que inclui no conceito de discricionariedade as situações em que o legislador se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados, tais como “moralidade pública”, “dignidade da pessoa humana”, “interesse público”.⁷³⁶

O presente estudo, no entanto, entende que o uso de conceitos jurídicos indeterminados não impede o Poder Judiciário de exercer controle dos atos administrativos praticados com base nesses conceitos, sob pena de se fazer da “competência do agente da Administração um ‘cheque em branco’, preenchível a seu bel-prazer”.⁷³⁷

⁷³⁵ FREITAS, JUAREZ. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública, p. 22. Completa o autor: “É que o estado da discricionariedade legítima, nas perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa Administração Pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à Administração Pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a Administração Pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.” FREITAS, *op. cit.* p. 22. Vale também transcrever a definição de discricionariedade do professor Florivaldo Dutra Araújo: “[...] podemos dizer que a discricção caracterizará dado aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, pelo que a consideração axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não de direito. Analisando o conceito, ressaltamos de início que a discricionariedade é uma liberdade conferida ao administrador pela lei, não resultando de vazio legal, como já se supôs. Quando se afirma que o administrador está diante de indiferentes jurídicos, quer-se dizer ou que a lei concedeu determinadas opções, atribuindo a todas o mesmo valor, expressamente, pelo que qualquer decisão a ser depois tomada estará previamente avalizada como juridicamente perfeita; ou que a regra legal deu ao administrador balizas dentro das quais se abre um leque de indeterminadas opções, em relação às quais a escolha a ser feita deverá levar à edição de um ato que se contenha nos parâmetros prefixados.” ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 85. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 432.

⁷³⁶ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que, nas hipóteses em que a lei utiliza-se desses conceitos fluídos, a liberdade administrativa cabível ao administrador só será possível quando houver mais de uma opinião razoável sobre a discricionariedade do ato: “A aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariedade nas situações marginais. É que mesmo estes conceitos chamados ‘fluídos’ possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma *zona de certeza positiva*, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma *zona circundante*, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma *zona de certeza negativa*, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito”. BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 436.

⁷³⁷ “A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados (*unbestimmter Rechtsbegriff*), de origem austro-alemã, afirma que o uso de expressões com significados elásticos *a priori*, pelas normas jurídicas, não constitui particularidade do direito público, mas encontra-se em qualquer ramo do direito. Se na esfera publicística é

Os chamados conceitos jurídicos indeterminados geralmente possuem definições complexas e variáveis conforme o tempo, cabendo ao intérprete uma quota de liberdade. No entanto, não se pode afastar do controle do judiciário a análise de atos do administrador sob o argumento de separação dos poderes, pois estar-se-ia retrocedendo ao absolutismo.

Como bem sintetiza o professor Florivaldo Dutra Araújo:

Negar que o Judiciário possa, *examinando os casos concretos*, verificar se foi ou não atendida a finalidade da norma, ao aplicar-se um conceito jurídico indeterminado, é, na realidade, transformar a lei em supérfluo total e desconhecer a própria razão de existir do órgão judicante.⁷³⁸

Além disso, deve-se observar que não existe, a rigor, ato administrativo integralmente discricionário, sendo mais correto mencionar a existência de alguns aspectos discricionários de um ato administrativo.⁷³⁹

Nesse sentido, o legislador ora confere liberdade para o agente público quanto ao momento da prática do ato (como a possibilidade de um advogado público antecipar o cumprimento de um prazo processual), ora confere autonomia ao administrador público para determinar o objeto de um ato administrativo (qual o imóvel a ser desapropriado). Mas existem aspectos que serão sempre vinculados, como é o caso da competência e da finalidade do ato.⁷⁴⁰

Pode-se dizer, portanto, que o ato administrativo vinculado será analisado sempre sob a ótica da legalidade, ao passo que o ato discricionário será analisado sob o aspecto da legalidade e também sob o aspecto do mérito administrativo, em que se

comum encontrarem-se referências à ‘utilidade pública’, ‘ordem pública’, ‘interesse coletivo’ etc., no direito privado comparecem amiúde termos tais como ‘boa-fé’, ‘bons costumes’, ‘conduta de bom pai de família’ e ‘*arbitrium boni viri*’. Trata-se, portanto, de tema da Teoria Geral do Direito, e não particularidade do Direito Administrativo, a conferir poderes especiais (‘discricionários’) ao agente público.” ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 72.

⁷³⁸ ARAÚJO, *op. cit.* p. 74.

⁷³⁹ “Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público in concreto, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção.” BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 433.

⁷⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 214. Em sentido contrário: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 984.

observa a conveniência e oportunidade diante de determinado interesse público a ser tutelado.⁷⁴¹

Segundo leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários.”⁷⁴²

Entende-se, assim, que no núcleo da discricionariedade de um ato administrativo encontra-se o chamado mérito. Segundo bem anotou Germana de Oliveira Moraes: “O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário”.⁷⁴³

Nesse ponto, imprescindível destacar que quando se verifica a aplicação do juízo de discricionariedade, a concepção tradicional do Direito Administrativo rechaça veementemente o controle do Poder Judiciário sobre o juízo de conveniência e oportunidade formulado pela Administração. Sustenta-se, assim, que o mérito do ato administrativo, ao contrário da discricionariedade, não é passível de controle pelo Poder Judiciário.⁷⁴⁴ Valendo-se, mais uma vez das palavras de Germana de Oliveira

⁷⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 214.

⁷⁴² DI PIETRO, *op. cit.* p. 217. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: “Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.” BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.* p. 965. Para Germana de Oliveira Moraes: “O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados.” MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 44.

⁷⁴³ MORAES, *op. cit.* p. 43.

⁷⁴⁴ “É indiscutível a possibilidade de controle judicial, isto é, pelo menos a do controle negativo é pacífica, dos aspectos predominantemente discricionários dos atos administrativos – da valoração dos motivos e da definição – mediante escolha ou colmatção, de seu conteúdo, mas o Juiz não pode imiscuir-se no mérito do ato administrativo. Há de falar-se, atualmente, em oposição ao controle de mérito, em controle de juridicidade dos atos administrativos, o qual se divide em controle de legalidade e controle de juridicidade *stricto sensu*. O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos abrange, assim, o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle da juridicidade *stricto sensu*). Remanescem, não obstante, certos aspectos dos atos resultantes da atividade administrativa não vinculada refratários ao controle jurisdicional, porquanto o Direito positivo não fornece parâmetros de atuação administrativa, nem por intermédio das regras, nem por intermédio dos princípios, daí a insuscetibilidade de revisão judicial do mérito do ato administrativo.” MORAES, *op. cit.* p. 43-44.

Moraes: “o mérito é o núcleo da discricionariedade e insuscetível de controle jurisdicional, quer à luz de legalidade, que à luz dos princípios de Direito”.⁷⁴⁵

Por todos, vale transcrever as anotações de Miguel Seabra Fagundes:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo. Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles *interesses* e não *direitos*. Ao Judiciário não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional.”⁷⁴⁶

Ocorre que, com o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, sobretudo de “princípios abertos” (interesse público, dignidade da pessoa humana etc.), a hermenêutica constitucional passou a admitir que a efetivação de determinada norma afaste a aplicação de outra no caso concreto.

Nesse sentido, a proteção ao mérito do ato administrativo, como expressão do princípio da separação dos poderes, tornou-se apenas mais um *standard* constitucional a ser observado. Assim, passou a ser admitido que a proteção ao direito à vida, por exemplo, fosse efetivada por meio da interferência judicial no juízo de prioridades da Administração Pública.

O que torna a discussão mais frequente no dia-a-dia forense é a impossibilidade material (financeira) de o Estado atender a todas as demandas concretas, consideradas direitos fundamentais de natureza social, o que tem dado ensejo ao controle judicial de políticas públicas.

Como a lei orçamentária de cada pessoa política dá margem de decisão para a Administração Pública, não há dúvidas de que a decisão judicial que determina

⁷⁴⁵ MORAES, *op. cit.* p. 45.

⁷⁴⁶ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualizada por Gustavo Binenbojm. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 146-147.

o fornecimento de remédios, por exemplo, interfere no núcleo da discricionariedade da pessoa jurídica estatal.

Deve-se observar, assim, que independentemente dos limites que devem ser observados pelo Poder Judiciário ao controlar as políticas públicas — o que não é o propósito do presente trabalho — não se pode ignorar que o conceito de “mérito do ato administrativo” deve ser revisto, tendo em vista a disseminação do controle judicial de políticas públicas.⁷⁴⁷

⁷⁴⁷ Recente decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de abril de 2010, versa sobre a tese da reserva do possível: **“CRECHE. RESERVA DO POSSÍVEL. TESE ABSTRATA.** A tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) assenta-se na ideia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (impossibilium nulla obligatio est). Por tal motivo, não se considera a insuficiência de recursos orçamentários como mera falácia. Todavia, observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada. **Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador público preteri-la, visto que não é opção do governante, não é resultado de juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política.** Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma não ser a reserva do possível oponível à realização do mínimo existencial. Seu conteúdo, que não se resume ao mínimo vital, abrange também as condições socioculturais que assegurem ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social. **Sendo assim, não fica difícil perceber que, entre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação.** No espaço público (no qual todos são, in abstrato, iguais e cuja diferenciação dá-se mais em razão da capacidade para a ação e discurso do que em virtude de atributos biológicos), local em que são travadas as relações comerciais, profissionais e trabalhistas, além de exercida a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, torna-o dependente das forças físicas para continuar a sobreviver, ainda assim, em condições precárias. **Eis a razão pela qual os arts. 227 da CF/1988 e 4º da Lei n. 8.069/1990 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54, IV, do ECA prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, na hipótese, o pleito do MP encontra respaldo legal e jurisprudencial.** Porém é preciso ressaltar a hipótese de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois eles, dentro do que é possível, estão de acordo com a CF/1988, não havendo omissão injustificável. **Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.** Dessarte, no caso dos autos, em que não há essa demonstração, impõe-se negar provimento ao especial do município. Precedentes citados do STF: AgRg no RE 410.715-SP, DJ 3/2/2006; do STJ: REsp 1.041.197-MS, DJe 16/9/2009; REsp 764.085-PR, DJe 10/12/2009, e REsp 511.645-SP, DJe 27/8/2009. REsp 1.185.474-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20/4/2010.” (grifo nosso) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.185.474/SC. Relator Ministro Humberto Martins. Data do julgamento 20 de abril 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000486284&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em 21 de dezembro 2010.

Há que ressaltar que a Administração Pública, na condição de zeladora de interesses públicos diversificados, tem por função salvaguardar, de forma razoável e ponderada, a alternativa que melhor atenda ao interesse público no caso concreto.⁷⁴⁸

O plexo de princípios e valores dispostos na Constituição da República exige que as escolhas da Administração Pública, dentro de seu poder discricionário, sejam sistematicamente equilibradas e condizentes com o anseio coletivo, em dada situação fática, respeitando-se sempre os demais interesses públicos sem priorizar efêmeros interesses particulares.⁷⁴⁹

Justamente essa discricionariedade, inerente à atividade administrativa, que possibilita que uma pessoa política escolha outro ente da federação para o desenvolvimento, por meio de convênio ou de consórcio, de determinada atividade de interesse público.⁷⁵⁰

Conforme já explicitado no capítulo segundo, devido às carências múltiplas de serviços públicos e demais atividades executadas pela Administração Pública, é imprescindível a efetivação do federalismo de cooperação por meio dos convênios, haja vista que esse é um instrumento consensual que permite a conjugação de esforços e recursos públicos para atender aos interesses comuns.

Cabe às próprias leis estaduais e municipais, observados os princípios da Constituição da República, direcionar a forma de atuação da Administração Pública

⁷⁴⁸ “A discricionariedade, assim, provém exatamente da margem que se abre à Administração Pública para decidir, mediante ponderação comparativa de interesses, a melhor maneira de atender às necessidades sociais, isto é, numa determinada situação concreta, convergem diversos interesses públicos ou privados, e cabe à Administração Pública proceder a uma valoração comparativa para agir no sentido de melhor atender ao bem comum. A discricionariedade administrativa é aquela margem de escolha emoldurada pela lei, que abre a possibilidade de a Administração Pública valorar, no caso concreto, os vários interesses envolvidos, de modo a poder buscar a solução mais oportuna, conveniente e eficiente.” BATISTA JÚNIOR, *op. cit.* p. 141.

⁷⁴⁹ “A Administração Pública tem sob seus cuidados interesses de grupos sociais e não mais interesses específicos de grupos dominantes isolados. Esses fins diversos traduzem-se juridicamente em poderes/deveres postos para a persecução de interesses públicos reconhecidos pelo ordenamento, sendo que a diversidade desses interesses, expressos pelos diversos centros da Administração Pública pluralista, realizam-se, na função administrativa, por intermédio do exercício de poder/dever, que é discricionário para a satisfação primeira do bem comum, como combinação e composição concertada dos diversos “interesses públicos”, singularmente expressos na organização.” BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática.* Quartier Latin, 2007, p. 141.

⁷⁵⁰ “É claro que para a realização de consórcios não há necessidade de licitação, assim como também não será necessária para que o consórcio trave contrato com a Administração direta ou indireta (art. 2º, §1º, III); mas, evidentemente, fora desta hipótese ter-se-á que licitar, na forma da legislação pertinente.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* p. 665.

dos Estados e Municípios. Da mesma forma, cabe à União decidir a quais entes públicos vai se vincular por meio de convênio, no intuito de viabilizar a busca do interesse nacional por meio do atendimento de demandas regionais e locais.

Tendo em vista que cabe à União a maior parcela das receitas tributárias brasileiras, é natural que alguns entes federativos possam se sentir preteridos, haja vista a maior transferência de recursos a outras pessoas políticas.

Cabe, no entanto, à União Federal decidir acerca das áreas que demandam maior atuação do ente central, da mesma maneira que na relação entre estados e municípios, os entes federativos exercem discricionariamente o juízo de prioridades sobre as localidades em que atuarão em maior medida.

É nesse sentido que se deve interpretar a “gestão associada” prevista pelos artigos 23, parágrafo único e 241, *caput* da Constituição, e regulamentada pela legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei n.º 8.666/93, do Decreto n.º 6.170/07, da Instrução Normativa 01/97, editada pela Secretaria do Tesouro Nacional e da Portaria Interministerial 127/08.⁷⁵¹

O que se deve ter em mente é a necessidade de compatibilização da igualdade entre os entes federativos consagrada no art. 19, III, com o mandamento de redução das desigualdades sociais e regionais, nos termos do art. 3º da mesma Carta Magna.

A autonomia política de cada pessoa política pública possibilita, pois, a escolha discricionária do partícipe público, segundo a conveniência e oportunidade do administrador. É claro que os próprios entes federativos, por meio das suas respectivas Casas Legislativas, determinarão os limites da liberdade de decisão no caso concreto a ser exercida pela Administração.

Em qualquer caso, caberá aos Tribunais de Contas e ao Poder Judiciário, o controle da juridicidade das escolhas feitas pelos entes federativos.

⁷⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, p. 232.

6. CONCLUSÕES

Diante das razões expostas ao longo do presente trabalho, é importante apresentar, de maneira sistemática e objetiva, as conclusões obtidas quanto à celebração de convênios administrativos no direito brasileiro.

O convênio é um acordo de cooperação celebrado pela Administração, em parceria com a iniciativa privada ou com outros entes estatais, no intuito de buscar o atendimento de finalidades públicas.

O direito positivo nacional não estabelece distinções relevantes entre o regime jurídico dos convênios celebrados entre entes públicos (convênios públicos) e o dos convênios celebrados entre a Administração e entidades privadas (convênios público-privados). No entanto, independentemente de futuras modificações legislativas — o que seria louvável — é imprescindível que, no momento da interpretação e aplicação das normas jurídicas no caso concreto, sejam atribuídos efeitos distintos ao vínculo celebrado se houver um particular na relação jurídica.

No caso dos convênios públicos, todas as partes são vinculadas institucionalmente ao regime jurídico-administrativo, de modo que não existe a persecução de interesses privados. Todos os atos jurídicos editados pelas partes constituem atos administrativos, adstritos a finalidades de interesse de toda a coletividade.

Os convênios públicos representam a cooperação necessária entre entes estatais para atingir o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (art. 23 da CR/88). É nesse contexto que as pessoas políticas se unem por meio da celebração de consórcios públicos e de convênios para a gestão associada de serviços públicos, conforme dispõe o art. 241 da Constituição.

Não se pode perder de vista, no entanto, que a cooperação entre as pessoas políticas segue a lógica da forma federativa de Estado adotada pela Constituição de 1988, o que significa a busca do interesse público nacional por meio do respeito à autonomia dos entes federados. Como cada uma das pessoas políticas busca a efetivação dos interesses nacionais de acordo com suas respectivas normas

fundamentais e prioridades, o federalismo é norteado por um espírito cooperativo-competitivo.

A celebração de convênios administrativos, assim, retrata a luta política entre os entes federados para obter transferências voluntárias, normalmente oriundas da União. Desse modo, além de viabilizar a gestão associada de serviços públicos, o convênio mostra-se extremamente útil na distribuição de verbas ao longo do território nacional, compensando distorções econômicas e permitindo que o ente central atenda às suas prioridades estabelecidas de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade autorizado pelo ordenamento jurídico.

A análise dos convênios público-privados, por outro lado, deve partir da premissa de que em um dos pólos da relação existe uma entidade privada, (ainda que sem finalidade lucrativa), criada por particulares, para atender às finalidades incluídas no estatuto social de acordo com a vontade de seus associados.

Quanto aos convênios público-privados, celebrados entre a Administração e as entidades particulares, trata-se de instrumento de grande importância a ser utilizado pelo Estado no intuito de fomentar as organizações do terceiro setor. Nesse sentido, a sociedade civil organiza-se por meio de organizações sem finalidade lucrativa (ONGs) para satisfazer às necessidades da coletividade de maneira desvinculada do Estado: trata-se, exatamente, do “interesse público não estatal”. Considerando a pluralidade de interesses públicos consagrados pela Constituição de 1988, torna-se importante a participação popular na definição das prioridades a serem atendidas pelo Poder Público.

Deve-se observar, no entanto, que cada organização não governamental integrante do terceiro setor busca a efetivação do interesse público segundo sua própria concepção, ou seja, a busca do interesse público sob a ótica de um grupo privado.

Concebido o terceiro setor como segmento em que a sociedade civil passa a ter legitimidade para buscar o interesse público de maneira desvinculada do Estado, conclui-se que o fomento estatal restrito e privilegiado para apenas algumas ONGs atenta contra o princípio da isonomia e também contra o princípio democrático.

Observado esse contexto jurídico-social, é imprescindível que a Administração assegure a todas as entidades do terceiro setor o igual direito de

celebrar um convênio administrativo e, conseqüentemente, a igualdade de acesso a repasses de verbas públicas.

Registre-se que os convênios celebrados entre o Poder Público e as organizações do terceiro setor não envolvem simples títulos honoríficos ou repasses financeiros insignificantes. O crescimento extraordinário do terceiro setor, registrado sobretudo a partir da década de noventa, bem como o aumento exponencial de transferência de verbas públicas às organizações não governamentais, demonstram cabalmente que existem inúmeras entidades privadas interessadas em firmar convênios com o Estado. Não é mais sustentável, portanto, a tese de inexistência de competição entre as entidades sem finalidade lucrativa.

O regime jurídico-administrativo consagrado pela Constituição da República não admite que a Administração escolha algumas entidades privadas a serem beneficiadas com repasses financeiros estatais em detrimento de outras instituições interessadas. Os princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade administrativa e eficiência já não admitiriam, independentemente de regra proibitiva específica, a livre escolha de particulares para receber dinheiro público. Portanto, os convênios público-privados devem observar, como regra, a realização prévia de licitação.

Excepcionalmente, nas hipóteses de contratação direta previstas pela Lei de Licitações, podem ser celebrados convênios por dispensa ou inexigibilidade de licitação, desde que atendidos os requisitos e procedimentos estabelecidos por lei.

Registre-se que a concepção tradicional de que não é necessária a realização de licitação como condição de validade da celebração de convênios tem facilitado a ocorrência de uma série de fraudes e desvios de dinheiro público para atender a finalidades particulares.

Além disso, ao analisar o convênio à luz da teoria geral do Direito, fica evidente que o instituto possui natureza contratual, o que torna indubitável a incidência do art. 37, XXI da Constituição. A especialidade do convênio em face do gênero contrato administrativo reside tão somente na inexistência de finalidade lucrativa para as partes.

É equivocada, portanto, a concepção de que o contrato pressupõe interesses e objetivos contrapostos, ao passo que no convênio as partes teriam sempre interesses e objetivos comuns.

A existência de interesses contrapostos é inerente apenas aos contratos de troca (como a compra e venda), visto que há contratos, como o celebrado entre vendedores de coisa comum, em que as partes (co-proprietários) têm o mesmo objetivo final (venda da coisa).⁷⁵²

Registre-se, também, que é extremamente contraditória a concepção de que o convênio é um negócio bilateral em que as partes têm interesses comuns. A divergência de interesses é pressuposto para a existência de mais de uma parte e, conseqüentemente, para se falar em negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Se os partícipes do convênio tivessem realmente o mesmo interesse, como sustenta a concepção tradicional, tratar-se-ia de um negócio jurídico unilateral, com uma só parte.⁷⁵³

Assim, como o convênio é um acordo de vontades por meio do qual se estabelecem relações jurídicas entre duas ou mais partes, é inegável sua natureza contratual. Não há dúvidas, portanto que o regime jurídico do convênio é composto por todas as normas aplicáveis ao “gênero contrato administrativo”, com as derrogações decorrentes das normas jurídicas especiais. É nesse sentido que o art. 116 da Lei nº 8.666/93 estabelece que se aplicam as disposições da Lei de Licitações aos convênios, “no que couber”.

Entre as disposições da Lei nº 8.666/93, não serão aplicáveis aos convênios administrativos somente aquelas que sejam incompatíveis com as peculiaridades desta espécie contratual, em especial a inexistência de lucro para o particular contratado. Presume-se, pois, que as normas gerais sobre contratos administrativos aplicam-se aos convênios, cabendo ao intérprete no caso concreto a tarefa de justificar a não incidência de determinados dispositivos.

Aplicam-se aos convênios, assim, as principais características dos contratos administrativos, como a presença de cláusulas exorbitantes, a finalidade vinculada ao

⁷⁵² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito, fontes, formação*, p. 35-36.

⁷⁵³ Nesse sentido: PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, p. 176-247; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. p. 199.

interesse público, a obediência às formalidades e procedimentos legais, a natureza de contrato de adesão (com as ressalvas válidas também para os contratos) e a natureza *intuitu personae*. Em virtude de o particular atuar gratuitamente, não há como exigir garantia para a celebração de convênios, de modo que não tem aplicabilidade o art. 56, § 1º, da Lei de licitações.

Impõe-se também como regra o dever de licitar como requisito de validade da celebração de convênios administrativos, aplicando-se as modalidades previstas pela Lei nº 8.666/93 e pela Lei nº 10.520/02. Excetua-se apenas a modalidade de licitação leilão, visto que o convênio não pode ser utilizado para a celebração de contratos de compra e venda.

Entre as peculiaridades do regime jurídico dos convênios administrativos em face das normas previstas para os contratos em geral, destaca-se a possibilidade de se adotar o procedimento de seleção do chamamento público e do concurso de projetos, previstos respectivamente no art. 4º do Decreto nº 6.170/07 e no art. 23 do Decreto nº 3.100/99. Trata-se de interpretação dos mencionados dispositivos conforme à Constituição, de maneira que sejam compreendidos como regulamentação da modalidade de licitação concurso (art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/93) no âmbito dos convênios, termos de parceria e acordos congêneres.

Vale reiterar que a aplicabilidade das disposições da Lei de Licitações aos convênios administrativos sofrerá variações conforme se trate de convênios públicos (celebrados entre entes estatais) ou de convênios público-privados (celebrados entre a Administração Pública e uma entidade privada). Na hipótese de convênios públicos, a escolha do partícipe do convênio constitui ato editado no exercício da competência discricionária do agente, haja vista a inviabilidade de competição que pudesse justificar a realização de licitação.

Ressalte-se também que, tendo em vista a inexistência de hierarquia entre os entes federativos (art. 19, III da CR/88), não se aplicam as penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 na hipótese de inexecução dos convênios públicos.

Como se vê, a aplicação do regime jurídico dos contratos administrativos ao instituto dos convênios é de extrema importância para a concretização dos princípios consagrados pela Constituição de 1988.

Em suma, no caso dos acordos celebrados entre entes públicos, o convênio se apresenta como instrumento de efetivação do federalismo de cooperação, visto que permite a gestão associada de serviços públicos e dos deveres constitucionais previstos entre as competências comuns de todas as pessoas políticas.

Já os convênios público-privados viabilizam a participação efetiva da sociedade civil (em especial do terceiro setor) no momento da execução de políticas públicas, tomando-se por base respeito ao princípio democrático e ao princípio da isonomia.

A permanente aproximação entre a Administração Pública e a sociedade é fundamental para a efetivação do princípio democrático. Mas não menos importante é a clara distinção entre o patrimônio público e o patrimônio privado, o que requer a aplicação de um regime jurídico que trate as entidades particulares como centros de interesses independentes e autônomos do Estado.

Naturalmente, eventuais alterações legislativas para melhor detalhar as peculiaridades das relações jurídicas entre o Estado e o terceiro setor são desejáveis e, com certeza, poderiam contribuir para dirimir grande parte das divergências existentes sobre a matéria. Mas enquanto não são editadas as normas infraconstitucionais aptas a amenizar a fluidez da expressão “no que couber”, prevista no art. 116 da Lei nº 8.666/93, cabe à atividade de interpretação a busca, no caso concreto, da efetivação dos princípios constitucionais que norteiam as atividades da Administração Pública.

Os inúmeros escândalos noticiados pela imprensa nacional nos últimos anos demonstram que a sociedade brasileira não pode aguardar, passivamente, a legislação que tanto se espera do Congresso Nacional. Chegou-se ao ponto de a Controladoria Geral da União apurar que ONGs qualificadas como OSCIPs são colocadas à venda no mercado, haja vista que a iniciativa privada tem interesse em se apropriar de entidades particulares que faturam alto, independentemente de a maior parte da receita ser oriunda de termos de parceria celebrados com o Estado.⁷⁵⁴

No mesmo sentido, os jornais brasileiros noticiaram no final do ano de 2010 que denúncias de fraudes na celebração de convênios com “ONGs fantasmas”

⁷⁵⁴ ESQUEMA de venda de OSCIPs é investigado pela Controladoria Geral da União. *Jornal Nacional* (versão *on line*). Disponível em: <http://g1.globo.com/videos/jornal-nacional/v/esquema-de-venda-de-oscips-e-investigado-pela-controladoria-geral-da-uniao/1393342/>. Acesso em: 20 dez. 2010.

acarretaram até mesmo a renúncia do parlamentar encarregado da relatoria do orçamento da União para o ano de 2011.⁷⁵⁵

A Constituição de 1988 já estabeleceu as bases fundamentais da Administração Pública brasileira. Basta que o intérprete do Direito se baseie no princípio republicano, nos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, que o regime jurídico dos convênios será implementado em consonância com o Estado Democrático de Direito, independentemente de regras específicas editadas pelo legislador ordinário.

⁷⁵⁵ Segundo reportagem publicada pelo jornal “O Estado de S.Paulo”, o senador Gim Argello apresentou emendas parlamentares que beneficiaram instituições fantasmas ou representadas por “laranjas”: “Investigação recém-concluída pelo setor de inteligência da Controladoria-Geral da União (CGU) identificou um esquema envolvendo dois institutos de fachada e empresas fantasmas que usam um frentista de posto de gasolina e um motorista de caminhão como laranjas. Uma faxineira também aparece como testa de ferro nesse esquema, que levou R\$ 20 milhões em emendas parlamentares liberadas pela pasta do Turismo desde 2008. [...] Autor de emendas para essas entidades, o senador Gim Argello (PTB-DF) renunciou à relatoria do Orçamento na semana passada. Agora, pelo menos R\$ 600 mil em emendas da Gim também aparecem para os institutos investigados pela CGU. Surgem ainda emendas do senador Marconi Perillo (PSDB-GO), dos deputados Sandro Mabel (PR-GO), Raquel Teixeira (PSDB-GO), Luciana Costa (PR-SP), Sandes Júnior (PP-GO), e do líder do PTB, Jovair Arantes (GO), entre outros parlamentares. GOVERNO flagra esquema de emendas que tem até frentista como laranja. *Jornal O Estado de São Paulo*. p. A4, Nacional, 15 dez. 2010.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

7.1. Jurisprudenciais

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de instrumento nº 1029216/RJ. Agravante: Fundação Assistencial dos Servidores do Ministério da Fazenda – ASSEFAZ; Agravado: Domingos Guilherme Abreu de Azevedo. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Data do julgamento 09 de junho 2009. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200800613769&pv=010000000000 &t p=51](http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200800613769&pv=010000000000&t p=51). Acesso em: 02 de maio 2009.

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 844.247/DF. Recorrente: Fazenda Nacional; Recorrido: Usina São José do Pinheiro Ltda. Relator Ministro Luiz Fux. Data do julgamento 16 de setembro 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600940198&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 15 de setembro 2010.

_____. Embargos de Declaração no Recurso especial nº 867374/BA. Recorrente: União; Recorrido: João Ferreira da Cruz. Relator Ministro Mauro Campbell. Data do julgamento: 21 de maio 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601530015&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 02 de dezembro 2010.

_____. Mandado de Segurança nº 10.527/DF. Impetrante: Associação Brasileira para o uso sustentável da Biodiversidade da Amazônia – BIOAMAZÔNIA; Impetrado: Ministra do Meio Ambiente. Relatora Ministra Denise Arruda. Data do julgamento 14 de outubro 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200500468511&pv=010000000000&tp=51>. Acesso: em 10 de dezembro 2010.

_____. Mandado de Segurança nº 13.985/DF. Impetrante: Associação Educativa do Brasil SOEBRAS; Impetrado: Ministro de Estado da Saúde. Relator Ministro Humberto Martins. Data do julgamento 16 de fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802594075&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 08 de outubro de 2010.

_____. Mandado de Segurança nº 27759/SP. Recorrente: Banco do Brasil S/A; Recorrido: Câmara Municipal de São Paulo. Ministro Relator Humberto Martins. Data do julgamento: 14 de setembro 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802028570&pv=010000000000&tp=51>. Acesso: em 25 de novembro 2010.

_____. Recurso Especial nº 1.185.474/SC. Recorrente: Município de Criciúma; Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Humberto Martins. Data do julgamento 20 de abril 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=201000486284&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 21 de dezembro 2010.

_____. Recurso Especial nº 12.509/SP. Recorrente: Carrefour Comércio e Indústria Ltda.; Recorrido: Antônio Lopes Baltazar. Relator Ministro Athos Carneiro. Data do julgamento: 22 de outubro 1991. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/etalhe.asp?numreg=199100140350&pv=000000000000>. Acesso em: 28 de abril 2010.

_____. Recurso Especial nº 138.059/MG. Recorrente: UNIMED Belo Horizonte Cooperativa de Trabalho Médico; Recorrido: Marília Jacinta da Rocha. Relator Ministro Ari Pargendler. Data do julgamento: 13 de março 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199700443264&pv=010000000000&tp=51>. Acesso: em 02 de maio 2009.

_____. Recurso Especial nº 32. 296/RS. Recorrente: Francisco de Assis Vieira Sanseverino; Recorrido: Companhia Zaffari de Supermercados. Relator Ministro Waldemar Zveiter. Data do julgamento: 04 de maio 1993. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199300042378&pv=000000000000>. Acesso em: 28 de abril 2010.

_____. Recurso Especial nº 33. 205/SP. Recorrente: Carrefour Comércio e Indústria Ltda.; Recorrido: Goodyear do Brasil produtos de borracha Ltda. Relator Ministro Cláudio Santos. Data de julgamento: 04 de maio 1993. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199300075683&pv=000000000000>. Acesso em: 28 de abril 2010.

_____. Recurso Especial nº 469.911/SP. Partes: Alejandro Felipe Cáceres Olave e outros; Recorrido: Centro Transmontano de São Paulo. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 01 de maio. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200201237954&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 02 de maio 2009.

_____. Recurso Especial nº 468189/SP. Recorrente: Prefeitura do município de Sumare. Recorrido: Buzolin Construtora Ltda. Ministro Relator José Delgado. Data do julgamento: 18 de março 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200200999904&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 02 de dezembro 2010.

_____. Recurso Especial nº 764.085/PR. Recorrente: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; Recorrido: Ministério Público Federal. Relator Ministro Humberto Martins. Data do julgamento: 01 de dezembro 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501092878&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 25 de novembro 2010.

_____. Recurso Especial nº 887.600/SP. Recorrente: Município de Lorena e outro; Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora Ministra Eliana Calmon. Data do julgamento 16 de junho 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200602140390&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 12 de dezembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 676/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 01 de julho 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 16 de setembro 2010.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1166/DF. Requerente: Governador do Distrito Federal; Requerido: Câmara Legislativa do Distrito Federal. Relator Ministro. Ilmar Galvão. Data do julgamento: 05 de setembro 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 22 de outubro 2010.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 165/MG. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 07 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 16 de setembro de 2010.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 342/PR. Requerente: Governador do Estado do Paraná; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Paraná. Relator Ministro Sidney Sanches. Data do julgamento: 06 de março 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 22 de outubro 2010.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 462/BA. Requerente: Governador do Estado da Bahia; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado da Bahia. Relator Ministro Moreira Alves. Data do Julgamento: 20 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 16 de setembro 2010.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 676/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 01 de julho 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 16 de setembro 2010.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 770/MG. Requerente: Procurador Geral da República; Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relatora Ministra Ellen Gracie. Data do julgamento: 01 de julho 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 16 de setembro de 2010.

_____. Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista; Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 01 de agosto 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 18 de outubro de 2010.

_____. Mandado de Segurança nº 24.328-7/DF. Impetrante: José Carlos dos Santos; Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator Ministro Ilmar Galvão. Data do julgamento: 24 de outubro 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 20 de outubro 2010.

_____. Recurso Extraordinário nº 232.093-8/CE. Requerente: Ministério Público Federal; Requerido: Francisco Nilson Moreira. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento 28 de março de 2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 20 de outubro 2010.

_____. Inquérito nº 1957. Autor: Ministério Público Federal; Indiciados: André Zacharow e outros. Relator Ministro Carlos Velloso. Data do julgamento: 04 de junho 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2109812>. Acesso em: 21 de outubro 2010.

_____. Recurso Extraordinário nº 130552/SP. Reclamante: Ministério Público Federal; Reclamado: Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Avaré. Relator Ministro Moreira Alves. Data do julgamento: 04 de junho 1991. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 16 de setembro 2010.

_____. Súmula nº 473. *IN*: MEDAUAR, Odete (org.). Coletânea de legislação administrativa. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1039/2008. Plenário. Processo nº 021.035-2005-9. Representação. Relator Ministro Guilherme Palmera. Data do julgamento: 05 de junho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=9&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 12 de novembro 2010.

_____. Acórdão nº 1.070/2003. Plenário. Processo nº 003.361/2002-2. Levantamento de auditoria. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Data do julgamento: 06 de agosto 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=12&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 19 de novembro 2010.

_____. Acórdão nº 1298/2008. Processo nº 010.139/2007-1. Tomada de contas especial. Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Data do julgamento: 20 de maio 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=5&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 04 de julho 2010.

_____. Acórdão nº 1240/2006. 1ª Câmara. Recurso de reconsideração, tomada de contas especial. Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça. Data do julgamento: 17 de maio 2006. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=19&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 22 de novembro 2010.

_____. Acórdão nº 1.331/2008. Plenário. Solicitação do Congresso Nacional. Processo nº 027.206/2006-3. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento:

11 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em: 28 de agosto de 2010.

_____. Acórdão nº 1369/2008. Plenário. Processo nº 031.449/2007-6. Representação. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Data do julgamento: 16 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=11&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 15 de novembro 2010.

_____. Acórdão nº 1.517/2005. Plenário. Relatório de levantamento de auditoria. Relator Ministro Benjamin Zymler. Data do julgamento: 05 de outubro 2005. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 10 de maio 2010.

_____. Acórdão nº 1.745/2003. Plenário. Auditoria. Ministro Relator Humberto Guimarães Souto. Data do julgamento: 19 de novembro 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=15&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 21 de novembro 2010.

_____. Autos nº. 17.479/85-1. Consulta. Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Data do julgamento: 22 de janeiro 2002. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 02 de junho de 2009.

_____. Acórdão nº 1777/2006. Plenário. Processo nº 005.589/2003-1. Relatório de levantamento de auditoria. Ministro Relator Augusto Nardes. Data do julgamento: 29 de setembro 2006. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=16&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 22 de novembro 2010.

_____. Acórdão nº 1.777/2005. Plenário. Processo nº 008.011/2003-5. Homologação e ratificação de atas. Relator Ministro Benjamin Zynker. Data do julgamento: 09 de julho 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=4&dpp=20&p=0>. Acesso em: 07 de junho 2010.

_____. Acórdão nº 2229/2003. 1ª Câmara. Tomada de Contas Especial. Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha. Data do julgamento 10 de outubro 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 10 de setembro 2010.

_____. Acórdão n° 2909/2009. Processo n° 018.243/2007-6. Relatório de auditoria. Ministro Relator: Raimundo Carreiro. Data do julgamento: 02 de dezembro 2009. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 25 de novembro 2010.

_____. Acórdão n° 3461/2007. Processo n° 002.572/2001-4. Tomada de contas Especial. Relator Ministro Marcos Vilaça. Data do julgamento: 06 de novembro 2007. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 04 de julho 2010.

_____. Acórdão n° 353/2005. Plenário. Processo n° 003.361/2002-2. Levantamento de auditoria. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data do julgamento: 06 de abril 2005. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=13&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 19 de novembro 2010.

_____. Acórdão n° 540/2008. Plenário. Processo n° 008.881/2004-1. Tomada de Contas Especial. Relator Ministro: Guilherme Palmeira. Data do julgamento: 03 de abril 2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=7&doc=3&dpp=20&p=0> DOU 04/04/2008. Acesso em: 10 de maio 2010.

_____. Acórdão n° 552/2008. Plenário. Representação. Processo n° AC-0552-10/08. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Data do julgamento: 02/04/2008. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=3>. Acesso em: 28 de agosto 2010.

_____. Acórdão n° 615/2002. 1ª Câmara. Tomada de Contas Especial. Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça. Data do julgamento: 01 de outubro 2002. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>. Acesso em: 22 de novembro 2010.

_____. Acórdão n° 655/2002. Plenário. Processo n° 017.029/2001-2. Tomada de Contas Especial. Relator Ministro Valmir Campelo. Data do julgamento: 19 de junho 2002. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/pt/MostraDocumento?qn=10>. Acesso em: 15 de novembro de 2010.

_____. Acórdão n° 68/1997. 1ª Câmara. Tomada de Contas Especial. Ministro Relator Humberto Guimarães Souto. Data do julgamento 08 de abril 1997. Disponível

em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn= 2&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 10 de setembro 2010.

_____. Acórdão n° 829/2003. Plenário. Solicitação formulada por parlamentar. Ministro Relator Benjamin Zymler. Data do julgamento: 16 de julho 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn= 18&doc=2&dpp=20&p=0>. Acesso em: 22 de novembro 2010.

_____. Acórdão n° 903/2003. Plenário. Processo n° 006.160/2002-8. Levantamento de auditoria. Ministro Relator Benjamin Zymler. Data do julgamento: 16 de julho 2003. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=17&doc=2&dpp=20&p=0> Acesso em: 22 de novembro 2010.

_____. Decisão n° 38/96. Processo n° TC 006.741/95-9. Representação. Relator Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Data do julgamento em 07 de fevereiro 1996. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ListaDocumentos?qn=9&p=0&di=1&dpp=20>. Acesso em: 28 de agosto 2010.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Civil Pública n° 200543000018285. Requerente: Ministério Público Federal; Requerido: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA; ABRADESE: Associação Brasileira de Desenvolvimento Sócio-Econômico. Desembargador Relator: Federal Souza Prudente. Data do julgamento: 26 de novembro 2007. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrf1proc/ctrf1proc.php?proc=200543000018285>. Acesso em: 20 de novembro 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.05.420003-5/000. Requerente: P.M.S.J.N; Requerido: P.C.M.S.J.N. Relator: Desembargador Jarbas Ladeira. Data do julgamento: 08 de agosto 2007. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?txtProcesso=10000054200035000&comrCodigo=&numero=1&listaProcessos=10000054200035000&select=2. Acesso em: 23 de novembro 2010.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.0000.07.462696-1/000. Requerente: Prefeito Municipal de Ibirité; Requerido: Presidente da Câmara Municipal de Ibirité. Relator: Desembargador Roney Oliveira. Data do julgamento: 08 de outubro 2008. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?txtProcesso=10000074626961000&comrCodigo=&numero=1&listaProcessos=10000074626961000&select=2. Acesso em: 23 de novembro 2010.

_____. Apelação nº 1.0024.05.749525-1/001(1). Apelante: ASSEFAZ FUND ASSIST SERV MINISTERIO FAZENDA; Apelado: Maria Antonieta Coimbra Silva. Relator Desembargador Adilson Lamounier. Data do julgamento: 31 de janeiro 2008. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?txtProcesso=1.0024.05.7495251001&comrCodigo=&numero=1&listaProcessos=10024057495251001&select=2. Acesso em: 02 de maio 2009.

_____. Mandado de Segurança nº 1.0000.08.489120-9/000. Impetrante: HGM Promoções Ltda.; Impetrado: Secretário Estado Desenvolvimento Social Esportes Minas Gerais. Relator Desembargador Roney Oliveira. Data do julgamento: 04 de novembro 2009. Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?txtProcesso=10000084891209000&comrCodigo=&numero=1&listaProcessos=1000084891209000&select=2. Acesso em: 15 de outubro 2010.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo regimental nº 20050500016409401. Agravante: Ministério Público Federal; Agravado: Estado de Sergipe. Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. Data do julgamento: 26 de agosto 2005. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do>. Acesso em: 22 de dezembro 2010.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2002.001590-3. Apelante: Ricardo Baratieri; Apelado: Estado de Santa Catarina. Relator Desembargador Newton Trisotto. Data do julgamento: 10 de junho 2003. Disponível em: <http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&dePesquisa=20020015903&Pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 21 de outubro 2010.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 994071300435. Apelante: Nilce Signorini; Apelado: Antônio Caio de Carvalho. Relator Desembargador Borelli Thomaz. Data do julgamento 06 de abril 2010. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RMZ00ZJA60000>. Acesso em: 15 de outubro 2010.

_____. Apelação com revisão nº 1035181009. Apelante: Liliani Epprecht Manes; Apelado Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo. Relator Desembargador: Adilson de Araújo. Data do julgamento: 04 de novembro 2008. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4496553&v1Captcha=rswwj>. Acesso em: 23 de dezembro 2010.

SÃO PAULO. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento nº 200603001189724. Agravante: Ministério Público Federal; Agravado: Município de São José dos Campos/SP. Relatora Juíza Federal Consuelo Yoshida. Data do julgamento: 22 de março 2010. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26>. Acesso em: 22 de dezembro 2010.

7.2. Legislativas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1967). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 22 de abril 2008.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1934). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

_____. Decreto nº 1.745, de 13 de dezembro de 1995. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções Gratificadas do Ministério da Fazenda, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/indexsearch.php?bfnew=1&idLog=0&PID=2380>. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.HTM. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6017.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Decreto nº 97.916, de 1989. Altera a redação do artigo 48 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D97916.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10 de junho de 2010.

_____. Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=116129>. Acesso em: 10 de junho de 2010.

_____. Instrução Normativa STN nº 3, de 25 de setembro de 2003. Altera a Instrução Normativa nº 1, de 15 de janeiro de 1997, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/estados/IN_STN_1_1997_Convenios/anexos/IN3_2003.pdf. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Instrução Normativa/STN nº 1, de 15 de janeiro de 1997. Disciplina a elaboração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências. Disponível em:

http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/contabilidade/in1_97.pdf. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973 de 2 de dezembro de 2004; e revoga o §1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991. Autoriza o Poder Executivo a instituir p Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8246.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades, como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9637.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 11.127, de 28 de junho de 2005. Altera os arts. 54, 57, 59, 60 e 2.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, e o art. 192 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11127.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 12.017, de 12 de agosto de 2009. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2010 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L12017.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil.../Leis/L6404consol.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991. Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil.../Leis/L8313cons.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8958.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9074cons.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9790.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Lei nº 91, de 28 de agosto, de 1935. Determina regras pelas quaes são as sociedades declaradas de utilidade publica. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/.../L0091.htm. Acesso em: 10 de janeiro de 2011.

_____. Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 127, de 29 de maio de 2008. Estabelece normas para execução do disposto no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: <https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=6963>. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 150, de 18 de maio de 2007. Altera o disposto pela Portaria MP/MF nº 217, de 31 de julho de 2006. Disponível em: <https://conlegis.planejamento.gov.br/conlegis/legislacao/atoNormativoDetalhesPub.htm?id=6109>. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

_____. Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 217, de 31 de julho de 2006. Dispõe sobre limites, prazos e condições para a execução do Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005. Disponível em: <https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/PORTARIAN2172006PREGAOENTIDADES.pdf>. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

BRASIL. Decreto nº 93.872 de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D93872.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

MINAS GERAIS. Decreto nº 44.565, de 03 de julho de 2007. Institui o procedimento de manifestação de interesse em projetos de parcerias público-privadas, nas modalidades patrocinada e administrativa, e em projetos de concessão comum e permissão. Disponível em: http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&f=G&l=20&n=&p=1&r=1&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT1=IMAGE&SECT2=THESOFF&SECT3=PLUROFF&SECT6=HITIMG&SECT7=LINKON&SECT8=DIRINJMG&SECT9=TODODOC&co1=E&co2=E&co3=E&co4=E&s1=Decreto&s2=44565&s3=2007&s4=&s5=. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

MINAS GERAIS. Lei nº 14.870, de 16 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a qualificação de pessoa jurídica de direito privado como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP - e dá outras providências. Disponível em: http://www.planejamento.mg.gov.br/governo/choque/oscip/arquivos/lei_14870_.pdf. Acesso em: 25 de setembro de 2010.

7.3. Monografias, publicações periódicas e documentos eletrônicos

ABANDONADO pela justiça. *Isto é Brasil (on line)*. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/114874_ABANDONADO+PELA+JUSTICA. Acesso em: 16 dez. 2010.

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

AGUIAR, Ubiratan *et. al.* *Convênios e tomadas de contas especiais: manual prático*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum: 2005.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos I: conceito. fontes. formação*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *Controle das transferências financeiras da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Antônio Augusto Junho. Natureza jurídica das fundações de apoio. *IN: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Org.). Direito público moderno: homenagem especial ao professor Paulo Neves de Carvalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 1-12.

ANDRADE, Érico. Os entes sem escopo de lucro no direito italiano e no direito brasileiro. *In: BERTI, Silma Mendes (Coord.). Direito privado sem fronteiras*. Belo Horizonte, UFMG, 2009, p. 71-100.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003, v. II.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. 2. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios e consórcios como espécies contratuais e a Lei nº. 11.107/2005. *IN: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz; (Coord.). Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 125-144.

ASCARELLI, Túlio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva, 1945.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora. 2003, v. II.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. I, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://direitopublico.com.br>. Acesso em: 14.04.2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. Belo Horizonte: Saraiva, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Interesse público primário e secundário _ Convênio entre União e Estado: Dever de indenização. Parecer. 26 de setembro de 1983. *Revista de Direito Público*. São Paulo, nº 75, Ano XVIII, p. 55-61, julho/setembro. 1985.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. A relação jurídica entre o Estado e seus servidores. *Direito: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro, ano IV, vol. XXIV, nov./dez. 1943.

_____. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v.1.

BARBIERI, Carla Bertucci. *Terceiro setor: Desafios e perspectivas constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma Administração Pública mais democrática*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

BENJAMIM, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *et. al. Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008.

BINENBOJN, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. *Manual de Convênios Administrativos*. Rio de Janeiro: Temas e Ideias Editora, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil: parte general*. 21. ed. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot, 2004.

BORGES, Alice Gonzales. Os Consórcios Públicos na sua Legislação Reguladora. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. [on line]. Salvador, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 05 de julho de 2010.

_____. Reflexos do Código Civil nos contratos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. [on line]. Salvador, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae>> . Acesso em: 27 de julho de 2010.

BRASIL. CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Lista Geral de Convênios. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/convenios/convenioslistageral.asp?ordem=-1&Pagina=25472>. Acesso em: 02 de julho de 2010.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) et al. *As fundações privadas e associações sem fins lucrativos no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 2004. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acesso em: 4 de out. 2010.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documento/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2010.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. *Transferências voluntárias a Estados, DF e Municípios – Novembro/2010*. Brasília: STN, 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses*. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003.

_____. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações básicas*. 3 ed. rev. atual e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. Disponível em Disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos. Acesso em: 01/10/2010.

CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. Da não submissão das entidades sem fins lucrativos aos procedimentos licitatórios: comentários ao Decreto Federal nº 5.504/05. *IN: FORTINI, Cristiana (Org.) et al. Licitações e Contratos: aspectos relevantes*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 193-208.

CANDEIA, Remilson Soares. *Convênios celebrados com a União e suas prestações de contas*. São Paulo: NDJ, 2005.

CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da sociedade civil. *IN: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). Terceiro setor: desenvolvimento social sustentado*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Instituições, Fundações e Empresas (GIFE), 2000, p. 07-12.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

CARVALHO, Carlos Eduardo de. Os novos caminhos do Direito Administrativo no contexto evolutivo do Estado de Direito. *IN: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. (Org.). O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o Terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 323-363.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. La superveniência de la figura Del contrato administrativo y su categorización jurídica. *IN: CASSAGNE, Juan Carlos; YSERN, Enrique Rivero (Coord.). La contratación pública 1.* Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 53-88.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Barros S.A., 1949, vol. IV.

CAVALIERE FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* São Paulo: Editora Atlas: 2007.

CIS. VERDE, Consórcio Público Intermunicipal de Saúde que envolve os Municípios de Carangola, Minas Gerais e que reúne os Municípios de Alto Caparaó, Caiana, Caparaó, Divino, Espera Feliz, Faria Lemos, Fervedouro, Pedra Bonita, Pedra Dourada e Tombos. Disponível em: <http://www.cosecsmg.org.br/cosecs2003/verde/cis_verde.htm>. Acesso em: 27 julho. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.

_____. *Manual de direito comercial.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONGRESSO reduz royalties para Estados produtores de petróleo em terra. *Folha on line.* Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u653444.shtml>. Acesso em: 26 jul. 2010.

CORDEIRO, António Menezes. *Contratos Públicos: Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro.* Coimbra: Almedina, 2007.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos.* Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Rachel Pellizzone da. LEI ROUANET: incentivo fiscal para que cultura? *IN: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. (Coord.). Terceiro setor, Empresas e Estado: Novas fronteiras entre o Público e o Privado.* Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 53-86.

DEL ÁGUILA, Nereida de Lima. A responsabilidade social nas empresas. *IN: PAES, José Eduardo Sabo. (Coord.) Terceiro setor e tributação.* Brasília: Fortium, 2006, p. 155-167.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et. al.* *Temas polêmicos sobre licitações e contratos.* 5. ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo. *IN: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Eliza Braz (coord.) Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo.* Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 87-121.

_____. *Terceiro setor e Estado: legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DORIA, Dylson. *Curso de direito comercial.* 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.1.

DUARTE, Rui Pinto. *Tipicidade e atipicidade dos contratos.* 1. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DURÃO, Pedro. *Convênios & consórcios administrativos: gestão, teoria e prática.* Curitiba: Juruá, 2006.

ESQUEMA de venda de OSCIPs é investigado pela Controladoria Geral da União. *Jornal Nacional* (versão *on line*). Disponível em: <http://g1.globo.com/videos/jornal-nacional/v/esquema-de-venda-de-oscips-e-investigado-pela-controladoria-geral-da-uniao/1393342/>. Acesso em: 20 dez. 2010.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos contratos Públicos: um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

FEDRIANI, Pablo O. Gallegos. Sobre el control jurisdiccional en la contratación administrativa. *IN: CASSAGNE, Juan Carlos; YSERN, Enrique Rivero (Coord.). La contratación pública 2*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 1141-1162.

FERNANDES, Rubem César. O que é o terceiro setor? *IN: IOSCHPE, Evelyn Berg (Org.). Terceiro setor: desenvolvimento social sustentado*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Instituições, Fundações e Empresas (GIFE), 2000, p. 25-34.

FERRARI, Paola Nery; FERRARI, Regina Maria Macedo Bery. *Controle das Organizações Sociais*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FERRAZ, Luciano. Consórcios Públicos: ensaio sobre a constitucionalidade da Lei nº 11.107/2005. *IN: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Eliza Braz (Coord). Consórcios Públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 59-68.

_____. O Estado Gerencial e a Lei de Licitações Públicas. *Interesse Público*. jul/set. 1999, p. 37-46, 1999, v. III.

_____. Parceria público-público: contrato de programa e execução de serviços públicos municipais por entidade da Administração Indireta Estadual. Disponível em: <[http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo= 37485](http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=37485). *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*>. Acesso em: 23 de julho de 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César; ALMEIDA, Renata Barbosa de; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *et al.* Contratos e psicanálise – elementos para uma nova abordagem da contratualidade. *Revista Âmbito Jurídico*. [on line]. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em: 18 de novembro 2009.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei da proteção da concorrência: comentários da legislação antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Natureza jurídica da responsabilidade civil das organizações sociais em face de danos causados a terceiros. *Izabela Hendrix em Revista*. Belo Horizonte, v. 4, p. 13-20, 2004.

FORTINI, Cristiana, *et al.* *Licitações e Contratos: aspectos relevantes*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANCO, Raquel Campos; *et al.* *O Sector Não Lucrativo Português numa Perspectiva Comparada*. Porto: Uniarte Gráfica, 2005.

FREIRE, Elias. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas. *Curso de Licitações e contratos administrativos: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GERONE, Acyr de. As organizações religiosas e o terceiro setor. *IN*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Direito do Terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 127-162.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Interpretação constitucional. *IN*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. XXXVII-XLII.

GOHN, Maria da Glória. *Educação não formal e cultura política: impactos sobre o associativismo do terceiro setor*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Atualizado por Humberto Theodor Júnior. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Obrigações*. Atualizado por Humberto Theodor Júnior. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOVERNO flagra esquema de emendas que tem até frentista como laranja. *Jornal O Estado de São Paulo*. p. A4, Nacional, 15 dez. 2010.

GRUPO DE INSTITUTOS, FUNDAÇÕES E EMPRESAS (GIFE). *IBGE calcula participação econômica do terceiro setor*. Disponível em: http://site.gife.org.br/artigos_reportagens_conteudo11939.asp. Acesso em: 22 de out. 2010.

GUERRA, Glauco Martins. Apontamentos sobre o Terceiro setor no Brasil: breve análise jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*. [on line]. Disponível em: <http://trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev21Art17.pdf>. Acesso em: 29 setembro 2008.

GUIMARÃES, Luciano. Reforço no caixa. *Filantropia & gestão social*. São Paulo, n. 42, p. 14-15, set./out. 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HAURIOU, Maurice. *La teoria de la institucion y de la fundacion*. Tradução de Arturo Enrique Sampay. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, nº 02, p. 5-20, abr./jun. 1993.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *IBGE calcula participação econômica do terceiro setor*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/acaosocial/article14a4.html?id_article=389. Acesso em: 22 de out. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. O direito administrativo do espetáculo. IN: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-86.

_____. Parecer elaborado sobre a proposta legislativa de criação dos consórcios públicos. *Revista Eletrônica do Direito do Estado*. [on line]. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 10 de junho de 2010.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KASSMAYER, Karin. Organizações não-governamentais: os novos atores no âmbito das Nações Unidas. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jul. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28823>> Acesso em: 11 nov. 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. [Trad. Luis Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas J. Consórcios públicos e convênios de cooperação entre entes federados. *IN: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Comentários à Constituição Federal de 1988.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2.456-2.460.

LANNARELLI, Thaís. Busca por recursos em tempos de crise. *Filantropia & Gestão Social.* São Paulo, n. 42, p. 16-19, set./out. 2009.

LARENZ, Karl. *Derecho Civil: Parte General.* Tradução de Miguel Izquierdo y Macias. Madrid: Edersea, 1978.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do processo: primeiros estudos.* 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A reforma do direito das associações sem fins econômicos pela Lei nº 11.127 de 2005 e o Terceiro setor. *Revista de Direito do Terceiro setor: RDTS.* Belo Horizonte. Ano 1, n.1, p. 39-52, janeiro/junho 2007.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. *IN: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). Direito Civil: atualidades.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 241-258.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil: parte general.* 21. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2007.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito.* São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACEDO, Sebastião Carlos Ranna de. O controle de convênios no Estado do Espírito Santo. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. [on line] Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=47103>>. Acesso em: 23 de julho de 2010.

MACHADO, Gustavo Gomes; PIRES, Maria Coeli Simões. Os consórcios públicos: aplicação na gestão de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e micorregioes. *IN: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz (Coord.) Consórcios públicos: instrumento do federalismo cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos*. São Paulo: LTR, 2005.

MAGALHÃES, João Carlos. *Emancipação político-administrativa de municípios no Brasil*. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/livros/dirur/dinamica_dos_municipos/Capitulo%201.pdf. Acesso em: 06 de março 2010.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTR, 2000.

MÂNICA, Fernando Borges. Panorama histórico-legislativo do Terceiro setor no Brasil: do conceito de Terceiro setor à Lei 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, 163-194.

MARÇAL, Antônio Cota *Princípio: Estatuto, função e usos no Direito*. [Texto não publicado].

_____. *Metaprincípios do Estado Democrático de Direito: um ponto de vista pragmatista*. [Texto não publicado].

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Classificação dos contratos. *IN: PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad. (Coord.) Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil. 2006, p. 21-51.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1971, v. II.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os consórcios públicos. *Revista eletrônica do direito do Estado*. [on line]. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 10 de junho de 2010.

_____. *Parecer jurídico endereçado ao Ministério das Cidades, relativo à constitucionalidade do Projeto de Lei enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional com o condão de regulamentar, por lei nacional, o instituto dos Consórcios Públicos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/consorcio_FlorianoAzevedoMarques.pdf>. Acesso em: 23 de julho de 2010.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Curso de direito comercial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 11, n. 8, p. 451-461, ago. 1995.

_____. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: RT, 2005.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. *Consórcios públicos: comentários à lei 11.107/2005*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1966.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1979.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Mandado de Segurança*. 31. ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1952, v.2.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: quartier latin, 2008.

MONTAÑO, Carlos. *Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002.

MONTEIRO, Vera. Responsabilização de agente público, autor de parecer jurídico pelo TCU – Análise do posicionamento do STF. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. [on line]. Disponível em <<http://www.editoraforum.com.br/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=54119>>. Acesso em: 26 de mar. 2010.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra editora., 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: doutrina, jurisprudência e legislação*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Cautelas para formalização de parecer jurídico. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. [on line]. Disponível em <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=49618>>. Acesso em: 26 de março 2010.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NÚMERO de ONGs voltadas ao meio ambiente cresce em três anos. *O Globo on line*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL714328-5598,00-numero+de+ongs+voltadas+ao+meio+ambiente+cresce+em+tres+anos.html>>. Acesso em: 21 de jul. 2010.

NUNES, Andrea. *Terceiro setor: Controle e fiscalização*. 2. ed., São Paulo: Método, 2006.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. IN: TALAMINI, Eduardo et al. (Coord.). *Parceria público-privada: uma abordagem multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005. p. 83-119.

_____. Estatuto jurídico do Terceiro setor e desenvolvimento: conectividade essencial ao fortalecimento da cidadania, à luz dos 20 anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Terceiro setor*. Belo Horizonte, v. 5, p. 9-37, jan./jun. 2009.

_____. Direito do terceiro setor. IN: *Revista de Direito do Terceiro Setor*. Belo Horizonte, nº 1, ano 1, P. 11-38, jan.-jun. 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da Sociedade civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA*. [on line]. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=6194>>. Acesso em: 24 de junho de 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; PICININ, Juliana de Almeida. A inconstitucionalidade da Lei de Consórcios Públicos. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. [on line]. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=3307>>. Acesso: em 23 de julho de 2010.

ONGS com jeito de cabos eleitorais: Entidades beneficiadas com recursos de parlamentares retribuem a ‘benevolência’ com o uso da instituição para fazer propaganda e campanha para seus ‘financiadores’. *Jornal Estado de Minas*. Belo Horizonte, 5 de setembro, 2010, caderno de política, p. 06.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Handbook on Non-Profit Institutions in the System of National Accounts*. Disponível em <<http://www.un.org>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. Terceiro setor: Conceituação e observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública. *IN: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. O novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as Agências e o Terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 275-286.

_____. Estatuto jurídico do Terceiro setor e desenvolvimento: conectividade essencial ao fortalecimento da cidadania, à luz dos 20 anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Terceiro setor (RDTS)*. Belo Horizonte, ano. 3, n.5, (p.9-37) 2009.

PAÍS tem 16.089 entidades de assistência social, 51,8% delas no Sudeste. *IBGE-últimas notícias*. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=1047. Acesso em: 07 de out. de 2010.

PARLAMENTARES incluem R\$ 630 milhões a ONGs no orçamento de 2010. *Jornal Correio Brasiliense (on line)*. Disponível em: <http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia182/2009/12/20/politica,i=162065/parlamentares+incluem+r+630+milhoes+a+ongs+no+orcamento+de+2010.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v.II.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de família no século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 231-239.

PERLINGIERI, Pietro. *Profili del diritto civile*. 3. ed. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1996.

_____. *Soggetti e situazioni soggettive*. 2. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

_____. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro; URCIOLI, Maria Antonietta. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*. 2. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

PETROBRAS contrata ONG por R\$ 16,1 mi. *Jornal Folha Online*. Publicado em 06/06/2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u577524.shtml>>. Acesso em: 23 de jun. 2010.

PETROBRAS usa ONG para bancar festa de São João na Bahia. *Folha on line*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u551409.shtml>. Acesso em: 10/05/2010.

PIMENTA, Eduardo Goulart; MIRANDA, Iúlian. Princípios e valores fundamentais da ordem econômica na Constituição de 1988. IN: BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira (Coord.). *Constituição e democracia: aplicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 41-77.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *A contratualização da função pública: da insuficiência da teoria estatutária no Estado Democrático de Direito*. 2003. 304f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

_____. *Participação Administrativa Procedimental: Natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. O federalismo brasileiro e a lógica cooperativa-competitiva. *IN: PIRES, Maria Coeli Simões; BARBOSA, Maria Elisa Braz; (Coord.). Consórcios Públicos: Instrumento do Federalismo Cooperativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-57.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000, tomo III.

PONTONI, Maria José Reis. A formalização jurídica das OCIPs. *IN: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). Direito do Terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 55-74.

PORTO NETO, Benedicto. Parecer elaborado no intuito de subsidiar os estudos elaborados pelo Governo Federal no período de apresentação do Anteprojeto de Lei para estabelecer as diretrizes para os serviços públicos de saneamento básico e a Política Nacional de Saneamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/pareceres/saneamento_BenedictoPortoNeto.pdf. Acesso em: 27 de julho de 2010.

PT controla repasses da Petrobrás para ONGs. *Estadão on line*. Disponível em: http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20090531/not_imp379681,0.php. Acesso em: 20/06/2010.

QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*. Coimbra; Almedina, 2001.

QUINTÃO, Carlota. *Empresas de inserção e renovação do Terceiro setor: notas em torno das problemáticas e desafio no contexto da União Européia*. VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. A questão social no novo milênio. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

REALE, Miguel. *Parecer requerido pelo Secretário de Energia Elétrica, Recursos Hídricos e Saneamento, sobre o Projeto de Lei Federal que institui normas gerais de contratos para a constituição de consórcios públicos, bem como de contratos de programa para a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/parecer.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2010.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. *Terceiro setor: Regime Jurídico das OSCIPs*. São Paulo: Método, 2006.

REPASSES do governo para entidades ligadas ao MST crescem em 2009. *Contas Abertas*. Disponível em: <http://contasabertas.uol.com.br/WebSite/Noticias/DetalheNoticias.aspx?Id=2852>. Acesso em: 12 de out. de 2010.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. Atualizado por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1.

RESENDE, Tomáz de Aquino. *Roteiro do Terceiro setor*. 2. ed. Belo Horizonte: Newton Paiva editora, 2003.

RIBEIRO, Jorge Miranda; PIRES, Maria Mota. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e poder judiciário, recomendações*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Federalismo fiscal e reforma tributária. *Mundo Jurídico*. [on line] Disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 27 de julho de 2010.

RIBEIRO, Rochelle Pastana. O terceiro setor no contexto da Democracia e da reforma Administrativa do aparelho do Estado. IN: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.) *O novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as Agências e o Terceiro setor*. Horizonte: Fórum, 2003, p. 287-302.

RIBEIRO, Wladimir Antônio. *Parecer jurídico acerca da juridicidade dos termos da minuta de instrumento de Convênio de Cooperação a ser celebrado entre o Estado da Bahia e o Município de Salvador*. Disponível em: <[http://www.embasa.ba.gov.br/novo/conveniocoop/pdf/\[Salvador\]parecerconsultoria.zip](http://www.embasa.ba.gov.br/novo/conveniocoop/pdf/[Salvador]parecerconsultoria.zip)>. Acesso em: 05 junho de 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Desmistificando os convênios. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. [on line]. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=36442>> Acesso em: 23 jul. 2010.

RIFKIN, Jeremy. Identidade e natureza do terceiro setor. *IN: IOSCHPE, Evelyn Berg. 3º setor: desenvolvimento social sustentado*. 3. Ed. São Paulo: Paz e Terra: Grupo de Institutos, Fundações e Empresas (GIFE), 2005, p. 13-24.

_____. O Contrato de gestão e seus mistérios. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 3, p. 58-61, n. 27, mar. 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

RODRIGUES, Maria Cecília Prates. *Projetos Sociais Corporativos: como avaliar e tornar essa estratégia eficaz*. São Paulo: Atlas, 2010.

ROPPO, Enzo. *Il Contratto*. Traduzido por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina. 2009.

ROPPO, Vincenzo. *Trattato di diritto privato: Il contratto*. Milão: Giuffrè editore, 2001.

ROSSI, Sérgio Ciqueira; CASTRO JR., Sérgio de. Convênios: Características principais e aspectos de interesse. *BLC - Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo, n.º 5, p. 462-466, maio 2006.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e terceiro setor. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. [on line]. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bid/bidConteudoShoe.aspx?idConteudo=37805> Acesso em: 26 de maio de 2010.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualizada por Gustavo Binenbojm. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SHIKIDA, Cláudio Djissey. A economia política de emancipação de municípios em Minas Gerais. Brasília: ESAF, 1998. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/iiipremio/financas/2lugar_topicos_III_PTN/SHIKIDA_Claudio_Djissey.pdf. Acesso em: 31 de maio de 2010.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Maria das Graças Bigal Barboza da; SILVA, Ana Maria Viegas da. *Terceiro setor: gestão das entidades sociais (ONG – Oscip – Os)*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Artigo 5º, incisos XVII ao XXI. IN: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 139-144.

SILVA, Pedro Tadeu Oliveira da. *Convênios e Tomadas de Contas Especiais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. IN: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 15-38.

SOUZA, Teresa Cristina de. *A natureza contratual da relação de função pública*. 2004. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

SZAZI, Eduardo. *Terceiro setor: regulação no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2001.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina de Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TODERO, Domingos Roberto. *Dos convênios da Administração Pública*. 2006. 627f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

TREZZA, Valéria Maria. O papel das organizações da sociedade civil na democracia. *Revista de Direito do Terceiro setor- RDTS*. Belo Horizonte, n.6, ano 03, p. 04-34, julho/dezembro 2009.

TRIBUNAL de Contas vai vigiar ONGs em Minas. *Portal Uai*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?hl=pt-BR&q=cache:wm7tbUVALc8J:http://www.uai.com.br/UAI/html/sessao_3/2008/11/24/em_noticia_interna,id_sessao=3&id_noticia=89284/em_noticia_interna.shtml+%22MELLO,+Alessandra.+Tribunal+de+Contas+vai+vigiar+ONGs+em+Minas%22&ct=clnk>. Acesso em: 25 de novembro de 2008.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. 17. ed. Milão: Giuffrè editore, 2007.

VALLE, Vanice Lírio do. Terceiro setor e parcerias com a Administração Pública: desafios ao controle das OS e OSCIPs. *Revista de Direito do Terceiro setor: RDTS*. Belo Horizonte, n.4/ano 02, p. 47-64, julho/dezembro. 2008.

VIEGAS, José Manuel Leite. Implicações democráticas das associações voluntárias – O caso português numa perspectiva comparativa europeia. *Sociologia, Problemas e Práticas*. Lisboa, nº 46, p.33-50, set./dez. 2004.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Contrato de trabalho com o Estado*. 2.ed. São Paulo: LTR, 2002.

VILLELA, João Baptista. *Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual*. Belo Horizonte: Saraiva, 1982.

_____. *Por uma nova teoria dos contratos*. Coimbra: [s.n], 1975.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

WOODS, Márcia. Marketing relacionado a causas: uma alternativa para a mobilização de recursos: Parcerias com empresas ajudam a arrecadar recursos, promover a causa e fortalecer a imagem institucional de organizações sociais. *Filantropia & Gestão Social*. São Paulo, n. 42, p. 32-33, set./out. 2009.

ZEN, Marcela Roza Leonardo. Licitação e Terceiro setor: reflexos sobre o concurso de projetos da lei das OSCIPS. *IN: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). Direito do Terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 75-98.