

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**RODRIGO LEAL COELHO**

**A NATUREZA JURÍDICA DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS E SUA  
CLASSIFICAÇÃO DENTRO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO**

**CURITIBA  
2012**

**RODRIGO LEAL COELHO**

**A NATUREZA JURÍDICA DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS E SUA  
CLASSIFICAÇÃO DENTRO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada  
como requisito parcial à obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, da Universidade Federal do  
Paraná.

Orientador(a): Professora Dra. Angela Cassia  
Costaldello

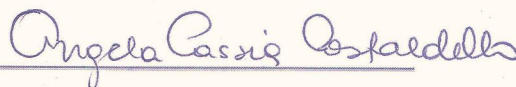
**CURITIBA  
2012**

TERMO DE APROVAÇÃO

RODRIGO LEAL COELHO

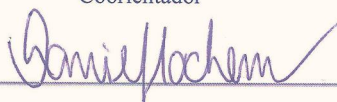
**A NATUREZA JURÍDICA DOS CONVENIOS  
ADMINISTRATIVOS E SUA CLASSIFICAÇÃO DENTRO DOS  
CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO  
Orientador

Coorientador



DANIEL WUNDER HACHEM  
Primeiro Membro



EMERSON GABARDO - *Direito Público*  
Segundo Membro

Dedico esta obra a meu avô DINARTE  
LEAL, eterna lembrança.  
A minha esposa, FERNANDA, e aos meus  
filhos, PEDRO e ANTÔNIO, razões da  
minha existência.

## AGRADECIMENTOS

Diante de tantas dificuldades em concluir o presente trabalho, o mesmo não teria se realizado sem o apoio de algumas pessoas que, aos olhos de muitos são poucas a se agradecer, mas aos meus olhos são as verdadeiras responsáveis por eu não ter desistido.

A minha esposa, Fernanda, que em meus momentos de desespero e tensão soube me fazer parar, respirar fundo e continuar. Que com sua paciência e personalidade marcante me apontou erros para que eu os corrigisse e melhorasse como marido, pai e ser humano.

Aos meus filhos, Pedro e Antônio, de quem roubei horas de convivência para me dedicar aos estudos, as quais pretendo compensar agora que tenho por completo esta monografia.

Ao meu cunhado Luiz que hoje considero como um irmão, por sempre ter me incentivado a enfrentar os meus medos e ter sido um excelente amigo nas horas alegres e tristes.

A minha sogra, Maria Claudete por sempre ver em mim a grandiosidade que confesso não ter, mas para a qual continuo trabalhando.

A Professora Angela que aceitou ser minha orientadora em cima da hora e a quem sempre admirei, seja em sala de aula ou em seu trabalho junto ao Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

A todos os meus mestres, desta faculdade ou da vida, sem os quais eu jamais teria conhecido o mundo do saber. Um agradecimento especial aos Professores Rodrigo Luís Kanayama, Egon Bockmann Moreira, Romeu Felipe Bacellar Filho, Emerson Gabardo e Eduardo Talamini, cujas aulas nesta faculdade sempre me inspiraram.

E por fim, a meu avô, Dinarte Leal, que faleceu recentemente e me criou como filho, sendo para mim meu verdadeiro pai, exemplo de paciência e dedicação que, sem saber, aos meus doze anos de idade despertou em mim o gosto pelo direito e pela política ao presentear-me com minha primeira Constituição. Que esteja com Deus meu avô, siga seu caminho em paz sabendo que eu o amo muito e não estaria aqui hoje sem o senhor, muito obrigado por tudo.

Rodrigo Leal Coelho

“A utopia está lá no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para fazer caminhar.”

(EDUARDO GALEANO)

## RESUMO

O presente trabalho objetiva tratar da natureza jurídica dos convênios administrativos diante de divergência doutrinária havida entre renomados autores brasileiros acerca de sua consideração como contrato ou ato administrativo complexo, elencando os pontos favoráveis e contrários à consideração do referido instituto como sendo de natureza contratual. Pretende também propor classificação dos convênios dentro da Teoria dos Contratos Administrativos segundo opinião de diversos autores, considerando os convênios como espécies do gênero contrato da Administração, da qual são partes os contratos administrativos e os acordos de vontades, cabendo sua classificação neste último. Propõe uniformização de nomenclatura das espécies dentro da Teoria do Contrato da Administração, com o fim único de diminuir divergências e tornar mais didático o estudo dos contratos na seara Administrativa, principalmente no que tange à natureza e compreensão do instituto dos convênios. Versa também esta monografia sobre o conceito de contrato administrativo posto pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), fazendo uma retrospectiva história do tratamento legislativo dado aos contratos e convênios da administração. Trata da divergência doutrinária quanto à natureza jurídica dos contratos firmados pela Administração, bem como a diferenciação entre contrato administrativo e contrato da Administração Pública, passando pelos conceitos de regime jurídico administrativo, prerrogativas, sujeições e cláusulas exorbitantes do Direito Administrativo.

**Palavras-chave:** direito administrativo; convênio administrativo; contrato administrativo; teoria do contrato administrativo; natureza jurídica.

## **LISTA DE SIGLAS**

CF – Constituição Federal

LLCA – Lei de Licitações e Contratos Administrativos

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União



## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	7
<b>LISTA DE SIGLAS</b> .....	8
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 CONTRATO ADMINISTRATIVO</b> .....	13
1.1 ASPECTOS GERAIS.....	13
1.2 O CONTRATO NO DIREITO PÚBLICO.....	16
1.2.1 Distinção entre Contratos Administrativos e Contratos de direito comum.....	19
<b>2 CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO</b> .....	22
2.1 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO TÍPICAMENTE PRIVADOS.....	24
2.2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO TÍPICAMENTE PÚBLICOS.....	25
2.2.1 Contratos Administrativos em sentido estrito.....	28
2.2.2 Acordos de Vontade.....	32
2.2.2.1 Convênios administrativos .....	34
<b>3 NATUREZA JURÍDICA DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	37
3.1 Convênios Como Acordos de Vontade.....	39
3.2 Convênio Como Contratos Administrativos.....	42
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	44
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	51

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho, trataremos da natureza jurídica dos convênios firmados pela Administração Pública, especificamente se devem ou não ser considerados como contratos, se sua natureza jurídica é ou não contratual, conforme divergência havida na doutrina pátria acerca do tema.

A concepção da natureza jurídica dos convênios revela-se fundamental para a compreensão do instituto, principalmente quanto à segurança jurídica, exigibilidade de procedimento licitatório, condições de supremacia e poderes exorbitantes da Administração, quais sejam, de modificação ou rescisão unilateral do contrato, fiscalização da execução, imposição de sanção pela inexecução total ou parcial do ajuste e exigência de garantias à execução do ajuste<sup>1</sup>, temas já consolidados e de observação obrigatória em relação aos contratos administrativos, mas que trazem dúvidas quanto a sua aplicação e exigência em convênios ajustados com a Administração.

Em 1992 o Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento paradigmático sobre o tema. Sob a relatoria do Min. Moreira Alves no Recurso Extraordinário nº. 119.256-9/SP<sup>2</sup> de 1992, o STF decidiu pela precariedade dos convênios, declarando que os beneficiários de pensões e aposentadorias não teriam direito adquirido à manutenção das vantagens concedidas através de convênio firmado com o Instituto de Previdência Estadual, afastando, ao menos jurisprudencialmente, novas investidas quanto ao tratamento contratual de tais acordos.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Conforme artigos 56 e 58 da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)

<sup>2</sup>“Ementa: Transferência, dentre outros, dos pensionistas ex-vereadores e dependentes de vereadores inscritos e beneficiários da Carteira de Previdência dos Deputados a Assembléia Legislativa para a Carteira de Previdência dos Vereadores do Estado de São Paulo, em virtude de lei estadual. - Pela precariedade do convenio administrativo, seus beneficiários não tem direito a sua manutenção, nem muito menos direito adquirido a ela. A transferência determinada pela lei não extinguiu os benefícios dos recorridos, mas os manteve. - Não há direito adquirido a não-aplicação imediata do regime legal relativo a contribuição a ser paga com relação aos benefícios. Recurso extraordinário que não se conhece.” (RE 119256, Relator (a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 14/04/1992, DJ 29-05-1992 PP-07837 EMENT VOL-01663-03 PP-00626 RTJ VOL-00141-02 PP-00619)

<sup>3</sup> No caso paulista, a Lei Estadual nº 951 de 1976 criou a Carteira de Previdência dos Deputados da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, facultando às Câmaras Municipais de Vereadores adesão à respectiva carteira mediante convênio administrativo com o Instituto de Previdência Estadual. Contudo, a Lei nº 3.930 de 1983 do Estado de São Paulo criou a Carteira de Previdência dos Vereadores e Prefeitos do Estado de São Paulo, determinando a migração dos benefícios de todos os vereadores para a nova carteira, bem como o desconto de 12% (doze por cento) diretamente nos benefícios, cujos déficits deveriam ser arcados pelas respectivas Câmaras

Importante frisar que esta divergência quanto à concepção dos convênios administrativos como contratos ou mero acordos é puramente doutrinária, tanto que ambas as correntes encontram respaldo legislativo, motivo pelo qual nossa incursão não pretende atacar diretamente o texto da lei, mas tão somente a interpretação dada pela doutrina quanto aos dispositivos incidentes nos convênios firmados pela Administração Pública, buscando a melhor alternativa para conciliar os diversos institutos jurídicos administrativos dentro da Teoria Geral dos Contratos da Administração.

Originalmente, o contrato, surgiu imerso ao direito civil do qual o direito administrativo tomou de empréstimo alguns conceitos, adaptando-os a sua nova realidade. Tal razão denota um dos primeiros problemas enfrentados pelo Direito Administrativo, justamente sua busca por autonomia e distinção em relação ao Direito Privado.<sup>4</sup>

Ao tratar do assunto a que nos propusemos, qual seja, a natureza jurídica dos convênios administrativos e seu enquadramento dentro da Teoria do Contrato Administrativo, passaremos a examinar os contratos administrativos em sentido amplo, seus aspectos gerais, conceito segundo autores civilistas e publicistas, tratando por fim da divergência havida pela doutrina pátria quando a existência de contratos administrativos como institutos autônomos do Direito Público.

Dando continuidade ao trabalho, abordaremos ainda no primeiro ponto sobre a diferença entre os contratos administrativos e os contratos de direito comum, bem como a diferença daqueles com a figura do ato administrativo, fazendo as necessárias ponderações quanto à conceituação dessas figuras.

No segundo capítulo, considerando a realidade dos contratos administrativos como categorias autônomas pertencentes ao Direito Público, pretende-se tratar dos contratos tipicamente privados da qual a Administração Pública é parte, demonstrando de que forma as regras gerais de Direito Administrativo incidem sobre esses contratos, passando, logo em seguida, a tratar dos contratos tipicamente públicos submetidos completamente ao regime jurídico público.

---

Municipais. Sob a égide da antiga lei e dos convênios por ela autorizados, os benefícios dos vereadores não sofreriam descontos enquanto os déficits deveriam ser arcados pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo.

<sup>4</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1-6

Nesse segundo ponto, especificamente, abordaremos as prerrogativas da Administração Pública na contratação com privados instrumentalizadas nos contratos pela presença de *cláusulas exorbitantes* de direito comum. Também trataremos da existência de sujeições a que a Administração se submeter como forma de proteção ao patrimônio público e ao interesse de toda coletividade retomando assim a idéia da incidência derogatória do regime jurídico administrativo nos contratos tipicamente privados.

Ainda no capítulo segundo, conceituaremos os contratos em sentido estrito e os acordos de vontade, diferenciando uma categoria da outra sem deixar de considerar, ambas, como pertencentes à categoria dos contratos públicos.

Em terceiro momento, pretende-se tratar, pormenorizadamente, da divergência doutrinária quanto à natureza contratual dos convênios, elencando os pontos prós e contrários a essa tese através da opinião dos mais importantes juristas administrativistas brasileiros.

Por fim, faremos as considerações acerca das mais diversas opiniões sobre a natureza dos convênios, propondo, ao que acreditamos possível, uma conciliação entre ambas as concepções existentes através de uma classificação didática dos acordos de vontade dentro da Teoria dos Contratos Administrativos, seguindo as indicações propostas por diversos autores.

## 1 CONTRATO ADMINISTRATIVO

### 1.1 ASPECTOS GERAIS

A palavra contrato tem origem no termo latino *contractus*, do verbo *contrahere*, que significa pacto ou acordo entre duas ou mais pessoas com o objetivo de adquirir direitos e obrigações em relação a um dado objeto segundo condições pelas partes estabelecidas.<sup>5</sup>

A noção de contrato remonta a antiguidade, sendo um dos institutos jurídicos mais antigos na história do direito. Inicialmente de origem privada, o contrato ganhou espaço em outros ramos jurídicos além do direito civil ou comercial, havendo figuras contratuais no direito trabalhista, administrativo e internacional.

A Teoria Geral dos Contratos encontra seus principais postulados no direito civilista, razão pela qual os contratos foram, e ainda são, fortemente estudados nessa pasta jurídica, levando alguns autores a defender que, não obstante diversas áreas do direito assumam suas formas contratuais, todas possuem fundo privado, devendo o interprete socorrer-se das teorizações civilistas sobre o contrato.

Dado isso, ao menos inicialmente, tomaremos como referência o conceito de contrato dado por Orlando Gomes<sup>6</sup>, segundo o qual, contrato é todo acordo de vontades pactuado entre duas ou mais pessoas com o fim específico de gerar direitos e obrigações recíprocas quanto aos interesses que regularam.

Para Maria Helena Diniz<sup>7</sup>, necessário se faz observar que, apesar das partes possuírem livre autonomia para pactuar, os contratos devem estar em conformidade com o ordenamento, não podendo, por exemplo, ser objeto de contrato aquilo que a lei expressamente veda ou tem por ilícito.

Segundo Caio Mario da Silva Pereira<sup>8</sup>, a Teoria Geral dos Contratos está erigida sobre três princípios fundamentais: o da *autonomia da vontade*, no qual as

---

<sup>5</sup> SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 58.

CONTRATO In: DICIONÁRIO Michaelis de Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, c1998-2007. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=contrato>>. Acesso em: 09 de nov. de 2012.

CONTRATO. In: DICIONÁRIO Priberam de Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam, c2012. Disponível em <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=contrato>>. Acesso em: 09 de nov. de 2012.

<sup>6</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 30.

<sup>8</sup> PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Vol. III, Contratos**. 1ª ed. Eletrônica – Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 14-24.

partes tem liberdade para decidir quando, como e o quê contratar; o da *força obrigatória dos contratos (pacta sunt servanda)*, no qual o contrato vincularia as partes, fazendo lei entre elas; e o *princípio do consensualismo*, evidente pela duplicidade das declarações de vontade das partes naquilo que foi avençado em comum acordo por elas

Contudo, tais princípios tem sido relativizados pela moderna jurisprudência sob influência da *função social dos contratos*<sup>9</sup>, segundo a qual os contratos devem atender a um fim maior, a um bem social além da vontade de uma das partes. Para Antônio Junqueira de Azevedo<sup>10</sup>, os contratos precisam acompanhar tal evolução e para tanto devemos reconhecer que a força dos contrato decorre primeiramente da lei, e não do instrumento em si, vejamos:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocaram seu eixo do dogma da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual os sanciona porque são úteis, com a condição de serem justos.

... Nessa ótica, continua-se a visualizar o contrato como uma oportunidade para o cidadão, atuando no âmbito da autonomia privada, dispor sobre os seus interesses, de acordo com a sua vontade, mas essa manifestação de vontade não pode só por isso prevalecer, se dela resulta iniquidade e injustiça. O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior do que o de outros...

Assim, no direito público a principal referência legislativa aos contratos encontra-se no art. 37, XXI, da CF de 1988 quando essa estabelece o procedimento licitatório como antecedente obrigatório de qualquer contrato da Administração.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> “O que o imperativo da ‘função social do contrato’ estatui é que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187, ‘também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’”. REALE, Miguel. **Função Social dos Contratos**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acessado em: 11 de novembro de 2012.

<sup>10</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado, Direito de Exclusividade nas Relações Contratuais de Fornecimento, Função Social do Contrato e Responsabilidade Aquiliana do Terceiro que Contribui para Inadimplemento Contratual**. In RT, nº 750, São Paulo, Revista dos Tribunais, abril/98, pp. 115. Apud: BARROS, Ana Lúcia Porte de (et. al.). **O novo código civil comentado. Vol. 2.** – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 320.

<sup>11</sup> Art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988: “... 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.”

Tal exigência se faz necessária vez que a Administração, de forma corriqueira, celebra contratos com particulares a fim de satisfazer suas necessidades, seja de forma direta, através da execução de obras e serviços, ou indireta, pela da aquisição de materiais de expediente e insumos de obras, por exemplo.

Contudo, como nos ensina Lucas Rocha Furtado<sup>12</sup>, tais necessidades nem sempre podem, ou devem, ser satisfeitas por terceiros, alheios à Administração, devendo ela mesma, enquanto ente público, procurar a satisfação de suas necessidades através de seu corpo de servidores públicos regularmente investidos ou do patrimônio que lhe é próprio.

Marçal Justen Filho<sup>13</sup>, sobre a terceirização de serviços administrativos, traz a seguinte interpretação:

Não cabe, ao contrário do que o texto literal induz, a aplicação do regime da Lei nº 8.666/93 à contratação de todos os 'serviços' de terceiros. Somente quando se tratar de serviços esporádicos ou temporários, desenvolvidos por exceção, incidirá tal regime. Quando o serviço corresponder a cargo ou emprego público, aplicam-se os dispositivos constitucionais acerca dos servidores públicos (CF, art. 37, incisos II e IV).

Ensina-nos o supracitado autor, que a contratação terceirizada de mão de obra através de contrato administrativo é fraudulenta, vez que tem por *burlar* a regra constitucional que exige concurso público para a contratação de determinados serviços.

Desta feita, visto o que são e para que se destinam os contratos na seara administrativa, cabe-nos discorrer sobre a situação jurídica desse instituto quando aplicado na esfera *juspublicista*.

---

<sup>12</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Licitações e Contratos Administrativos.: teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001, p. 212.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed. – São Paulo: Dialética, 2005, p. 21.

## 1.2 O CONTRATO NO DIREITO PÚBLICO

O contrato administrativo foi tratado de forma autônoma, pela primeira vez no Brasil apenas em 1986 através do Decreto-Lei nº 2.300, perdurando por diversos anos em nossa doutrina divergências quanto a sua verdadeira natureza, havendo pelo menos três correntes a esse respeito: a que nega natureza jurídica administrativa dos contratos firmados pela Administração, considerando-os como contratos privados, de direito comum; a que considera a natureza jurídica administrativa de todos os contratos firmados pela Administração, negando a existência de contratos privados na seara administrativa; e a corrente que admite a existência tanto de contratos administrativos quanto de contratos de direito privado firmados pela Administração.

A primeira corrente, a de que não existiriam contratos administrativos, tese encampada por Oswaldo Aranha Bandeira de Melo<sup>14</sup>, defende que nos contratos firmados com a Administração estariam ausentes os princípios basilares da teoria geral do contrato, quais sejam, da *igualdade entre as partes* e da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*) vez que, existindo tão somente supremacia dos interesses da Administração em relação aos privados, essa pode alterar o contrato unilateralmente da maneira que melhor lhe aprouver, sempre em atenção ao interesse público.

Para Aranha também não há autonomia da vontade vez que a Administração age por *ato unilateral* através da vontade da lei (princípio da legalidade), enquanto o particular submete-se às cláusulas regulamentares ou de serviço a ele impostas pela Administração através de ato administrativo, havendo apenas contrato em relação à parte financeira, só que este de direito comum.

Daí Oswaldo Aranha Bandeira de Melo<sup>15</sup> chegar à seguinte conclusão:

Inexiste contrato administrativo. Alguns atos administrativos são complementados por contrato sobre a equação econômico-financeira a eles pertencentes. Aliás, tal se dá tão somente com a concessão de obra ou de serviço público. Os outros pretensos contratos administrativos não passam de contratos de direito privado, com regime jurídico especial, porque a lei assim dispôs e os administrados, ao perfazerem o acordo de vontades,

---

<sup>14</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. 1; 2ª Ed. - São Paulo: Malheiros, 1979, p. 687.

<sup>15</sup> *Loc. Cit.*, p. 687.



aderiram aos seus dispositivos, que se tornaram cláusulas contratuais, ou as próprias partes, no ajuste, aquiesceram em lhe dar regime especial.

A segunda corrente afirma que todo contrato firmado pela Administração é contrato administrativo, inexistindo qualquer contrato em que a Administração age como se fosse particular vez que haverá sempre incidência do regime jurídico administrativo quanto à competência, forma, procedimento, finalidade, etc. A essa corrente filia-se, atualmente entre nós, Carlos Ari Sunfeld<sup>16</sup>.

Já a terceira corrente, adotada pela maior parte dos administrativistas brasileiros<sup>17</sup>, defende uma posição mista, um *tertium genus* em que se admite tanto a existência de contratos administrativos quanto de contratos de direito privado firmados pela Administração. Cretella Júnior<sup>18</sup> salienta que bastaria a Administração Pública ser parte da relação jurídica para termos contrato da Administração, pouco importando o fim específico ou a natureza jurídica do acordo.

Para a corrente mista, ensina-nos Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>19</sup>, o contrato “é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no direito e como tal deve ser estudado”, respeitando-se as *regras e peculiaridades* de cada campo do direito.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994

<sup>17</sup> Dentre os principais autores, especial destaque para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Romeu Felipe Bacellar, Marçal Justen Filho, Odete Medauer, Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello. *In* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. – São Paulo: Ed. Atlas, 2010; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008; GASPARI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009; MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12ª ed., rev. e atual. – São Paulo: RT, 2008; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed., rev. e atual., - São Paulo: Malheiros, 2008; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>18</sup> CRETILLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. III – São Paulo: Forense, 1967, p. 28.

<sup>19</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 126.

<sup>20</sup> Opinião no mesmo sentido encontramos em Carlos Ari Sunfeld em que “os contratos são figuras da teoria geral do direito, definidas como atos bilaterais e consensuais reguladores de interesses contrapostos, geradores de efeitos jurídicos e vinculantes para as partes que os celebram”. *In*. SUNDFELD, *Op. Cit.*, p. 199. Oportuno consignar a brilhante paradoxo estabelecido por José Cretella Júnior no qual “se o contrato de direito público tivesse existido antes do contrato de direito privado, se os romanos tivessem sido mestres do direito público, mais do que o foram do direito privado, se a primeira figura a surgir tivesse sido o contrato de direito público, então hoje seriam atirados contra os contratos de direito privado os mesmos argumentos, não genéricos, mas específicos, extraídos do contrato público e não encontrados no contrato privado, porque estaria formada uma mentalidade, por assim dizer, publicística.” *In*: **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. III – São Paulo: Forense, 1967, p. 30.

A esse respeito, ilumina-nos as palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>21</sup>:

Embora típica do Direito Privado, a instituição do contrato é utilizada pela administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Dai por que a teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados (civis e comerciais) como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais. Todavia, os contratos públicos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privativas da Administração.

Portanto, os contratos assim considerados não se confundem com atos administrativos (primeira corrente), pois este é unilateral, prescinde da concordância do administrado revelando-se como verdadeiro *imperium* da Administração, enquanto nos contratos haverá sempre acordo de vontades em que as partes assentem quanto aos direitos e obrigações mutuamente assumidos.<sup>22</sup>

Para a corrente mista é ilógico equiparar todos os contratos celebrados pela Administração a contratos administrativos como pretende a segunda corrente, pois, não obstante todos devam observar o regime jurídico público, existem contratos em que a Administração age de forma horizontal com o particular, sem qualquer relação de supremacia, como nos contratos de locação de bens imóveis, por exemplo.

Meirelles Teixeira<sup>23</sup> estabelece como características básicas de qualquer contrato a existência de um acordo de vontades, cujos interesses e finalidades revelam-se diversos e opostos entre si, unidos para a produção de efeitos jurídicos para ambas as partes através da criação de direitos e obrigações recíprocas entre os contratantes. Nesse ponto tomamos liberdade em discordar do autor quanto à necessária oposição e diversidade de interesses vez que podem ser encontrados no direito privado formas contratuais em que as vontades dos partícipes são convergentes como ocorre nos contratos sociais, por exemplo, em que duas ou mais pessoas se unem para a persecução de um fim empresarial específico.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed., rev. e atual., - São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 205.

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353.

<sup>23</sup> TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Permissão e concessão de serviço público**. RDP 6/100 e 7/114. Apud. <sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. - São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 255.

<sup>24</sup> A esse respeito, Fabio Ulhôa Coelho afirma que os contratos sociais são espécies contratuais muito peculiares sobre as quais não devem incidir direta e completamente as normas gerais dos contratos

No mais, são pertinentes as assertivas de Meirelles Teixeira, motivo pelo qual se deve considerar todo acordo em que a Administração Pública faz parte como contrato, vez tratar-se de *acordo voluntário de vontades para a satisfação de interesses através da produção de direitos e obrigações recíprocas entre as partes*. As objeções que, a nosso ver, podem ser apresentadas quanto à consideração dos contratos formalizados pela Administração como espécies do gênero contrato, disposto pela Teoria Geral do Direito, decorrem única e exclusivamente do regime diferenciado a que está subordinada toda a Administração, tal qual ocorrerá com as demais modalidades contratuais segundo o ramo jurídico a qual pertençam.

### 1.2.1 Distinção entre Contratos Administrativos e Contratos de Direito Comum

Admitida a existência de contratos como categoria pertencente à Teoria Geral do Direito, na qual cada esfera jurídica busca substrato para desenvolver suas espécies contratuais segundo as vicissitudes do regime jurídico que lhe é peculiar, importante se faz distinguir os contratos administrativos, em sentido amplo, dos demais contratos de direito comum.

Primeiramente, ao estudar o tema, exsurge como principal diferença entre contrato administrativo (*lato sensu*) e os contratos firmados por particulares a presença da Administração Pública como parte nos primeiros<sup>25</sup>, enquanto nos últimos os pólos da relação são compostos por pessoas ou instituições alheias ao Direito Público (ex: pessoas comuns, empresas, profissionais liberais, etc.).

Apesar de tal critério acima descrito resolver um sem fim de questões, o ilustre mestre, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>26</sup> nos adverte que, tendo o direito administrativo se originado a partir da técnica civilista, sobretudo pela existência de *zonas nebulosas* entre essas disciplinas, resta insuficiente o referido critério, senão vejamos:

---

estabelecidas pelo ordenamento privado. In. COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial**. Ed. Saraiva, 20ª ed., 2008, pp. 130/131.

<sup>25</sup> Necessário se observar que basta uma das partes atuar no exercício de função administrativa para se caracterizar contrato da Administração, uma das partes não precisa ser exatamente um ente estatal, basta agir em função pública “o fundamental reside não na identidade da parte, mas na qualidade jurídica em que ela atua”. In.: JUSTEN FILHO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 354.

<sup>26</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos Administrativos**. – São Paulo: Saraiva, 1981, p. 4.

Daí por que se diga que o ato administrativo é um ato jurídico ou que o contrato administrativo é um contrato jurídico. O que distancia o ato administrativo do ato jurídico comum não é somente o sujeito ativo que declara sua vontade. O que distingue o contrato administrativo do contrato comum não é somente o acordo consensual. A distância ou a distinção é a de causa ou motivação, de finalidade a atingir, de interesse público ou de serviço público.

Já para o administrativista francês Jean Rouvière<sup>27</sup>, os contratos são administrativos quando requerem aplicação dos princípios e regras típicas do direito administrativo, e isso se dá, exatamente, quando é parte do contrato um ente da Administração ou quando os interesses regulados pelos mesmos são evidentemente públicos.

Outra diferença a se consignar acerca dos contratos administrativos e dos contratos firmados por particulares é que, em relação aos últimos, vige de forma plena a *autonomia da vontade*, podendo os contratantes livremente convencionar acerca do objeto pretendido ressalvado as vedações legalmente estabelecidas. Já para a Administração Pública, a lei prevê, em dadas situações, condutas a serem seguidas fielmente pelo administrador sem qualquer liberdade de escolha, enquanto em outras situações, o imaginário do legislador não é capaz de prever a melhor conduta a ser seguida, deixando ao agente público certa margem de escolha para um agir dentro da lei segundo critérios de *conveniência e oportunidade*<sup>28</sup>. A esse poder de decisão do Administrador chamamos de *discricionariedade*<sup>29</sup>.

Bacellar Filho<sup>30</sup> traz em sua obra exemplo extremamente didático do que vem a ser discricionariedade, comparando o agir do administrador ao trabalho de um maquinista a conduzir vagões sobre trilhos, vejamos:

A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a Administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranqüilo e previsível, pois submetido ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilamento da composição. Haverá

---

<sup>27</sup> ROUVIÈRE, Jean. **Les contrats administratifs**, 1930, p. 175. In. CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. III – São Paulo: Forense, 1967, p. 16.

<sup>28</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p. 71

<sup>29</sup> Censo Antônio Bandeira de Mello nos adverte que o termo ato discricionário, apesar de seu uso ser corrente na doutrina, é impróprio, só sendo admitido como forma elíptica de *“ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção”*. In. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 430.

<sup>30</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p. 61-62

de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias vertentes – , em que a lei não informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista. administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada. Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção.

Também nos contratos administrativos há limitação quanto à força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), sendo permitida a alteração unilateral por parte da administração em casos específicos, previamente estabelecidos por lei e em atenção ao interesse público, como veremos a seguir quando tratarmos dos contratos administrativos em espécie.

No direito comum tais alterações apenas ocorrem quando bilaterais, com a anuência da outra parte, revelando-se como um verdadeiro contrato acerca daquele anteriormente estabelecido. Exceto essa hipótese de recomposição de interesses, os contratos de direito comum exigem seu cumprimento ao fazerem lei entre as partes, sendo de interesse da sociedade que os mesmos sejam adimplidos em atenção a segurança desses instrumentos.

A esse respeito, José Cretella Júnior<sup>31</sup> trata em sua obra da existência de contratos da Administração, como gênero, e contratos administrativos como espécie, da qual trataremos em momento oportuno. Para evitar futuras confusões entre os contratos administrativos em sentido amplo (gênero) e os contratos administrativos em sentido estrito (espécie), a partir de agora adotaremos a nomenclatura utilizada pela maior parte da doutrina na qual seriam *contratos da Administração* todos os contratos firmados pela Administração Pública como parte, diferenciando assim, ao menos terminologicamente, das demais espécies de contrato abarcados por este gênero, quais sejam, os contratos administrativos em sentido estrito, os contratos administrativos de direito privado e os acordos de vontade.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol. III – São Paulo: Forense, 1967, p. 16.

<sup>32</sup> Toshio Mukai prefere adotar a terminologia contrato público em vez de contrato administrativo. Segundo o autor, o termo contrato público é mais apropriado a se designar os contratos em que a Administração Pública é parte vez que abrangeriam as espécies contratuais marcadas ou não por cláusulas exorbitantes. *In*. MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 87.

## 2 CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO

Como já assentado, os contratos da Administração, ou contratos administrativos *lato sensu*, são aqueles em que a Administração Pública, direta ou indiretamente, atua como parte no exercício de sua função administrativa.

Vedel<sup>33</sup> afirma que os contratos da Administração são característicos em relação aos demais por dois pontos que, mesmo verificados individualmente, são suficientes para certificar tratar-se de contrato da Administração, são: a presença da Administração em um dos pólos da relação e que o contrato vise execução ou funcionamento de um serviço público.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho<sup>34</sup> conceitua contratos da Administração como “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”, um conceito amplo que engloba uma diversidade de contratos, o que nos compele a tratar cada uma dessas espécies de forma separada, possibilitando apresentar suas características essenciais e os pontos que se aproximam ou distinguem das demais espécies de contratos da Administração.

A primeira diferenciação a se fazer é quanto à natureza, existindo, dentro da Administração, contratos tipicamente públicos sob a égide do regime jurídico administrativo e contratos tipicamente privados regidos presumidamente pelo Direito Privado no qual o regime jurídico administrativo atua pontualmente de forma derogatória.

Otto Mayer<sup>35</sup> estabelece dois momentos distintos para a Administração Pública, um em que ela atua voltada para a satisfação de um interesse público, enquanto *Administração Pública*, e outro em que ela age como um *empresário privado*, na satisfação de um interesse econômico próprio, como *Administração Fiscal*.

---

<sup>33</sup> VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 3ª ed., pp. 614-615. *Apud*: CRETELLA JÚNIOR, *loc.cit.*, nota de rodapé, p. 42.

<sup>34</sup> **Curso de Direito Administrativo**, p. 352.

<sup>35</sup> MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, 1949, Tomo I, p. 188. *Apud*: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos Administrativos**. *In Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 15 de novembro de 2012, p. 9.

A esse respeito, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>36</sup> destaca da doutrina brasileira cinco critérios distintivos existentes entre os contratos administrativos (propriamente ditos) e os contratos privados nos quais a Administração é parte:

1. Orgânico ou subjetivo: o contrato será administrativo quando a Administração agir como poder público, com poder de império (relação de sujeição), enquanto no contrato privado a Administração age como um privado, em iguais condições com o particular;
2. Objetivo: os contratos administrativos sempre visam à organização e funcionamento de um serviço público. Nos contratos privados o objeto será a prestação de uma atividade essencialmente privada;
3. Finalidade: aqui, o contrato será administrativo sempre que a Administração agir na perseguição do interesse público<sup>37</sup>;
4. Procedimento: nos contratos administrativos a licitação é antecedente lógico para se estabelecer a contratação,<sup>38</sup>
5. Cláusulas exorbitantes do direito comum: o contrato administrativo possui em seu bojo cláusulas que extrapolam os poderes conferidos aos contratantes no direito comum, revelando a supremacia da Administração em relação ao particular quando estivermos diante de contratos administrativos.

Elencados os pontos distintivos, passaremos agora a analisar cada grupo individualmente.

---

<sup>36</sup> DI PIETRO, **Direito Administrativo**. *Loc. Cit.*, p. 253.

<sup>37</sup> Di Pietro alerta que essa tese sofre contestações vez que a Administração sempre deverá agir conforme o interesse público, ainda que agindo sob o regime jurídico privado, sob pena de desvio de poder. *Ibid.*, p. 253.

<sup>38</sup> Este critério também é controvertido pela professora Di Pietro, restando que ainda que existam casos em que estará dispensada a licitação, a Administração deverá sempre observar o princípio licitatório, ainda que em contratos privados, vez que essa exigência decorre da Administração e não da espécie de contrato. *Ibid.*, p. 253.

## 2.1 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO TIPICAMENTE PRIVADOS

Temos, no Direito Administrativo, espécies contratuais próprias de direito privado em que a Administração, enquanto parte, atua em posição de igualdade com o particular, ou seja, contratos em que a relação entre a Administração e o privado é de forma *horizontal*. Ocorrem em contratos como o de aluguel, compra a venda, doação, etc.

Segundo Cretella Júnior<sup>39</sup>, ainda que a Administração firme esses contratos com outros órgãos da Administração Pública, como por exemplo um contrato de locação ou compra e venda entre Município e a União, a relação continuará a ser *horizontal*, pois se trata do exercício de uma atividade privada, regida pelas regras do direito civil.

O conceito desses contratos nos remete ao mesmo dado aos contratos comuns pela teoria geral do direito como sendo *acordos de vontade em que duas ou mais partes estabelecem vínculo jurídico pela criação de direitos e obrigações recíprocas aptas à satisfação de interesses das partes*<sup>40</sup>. O que distingue a modalidade administrativa desses contratos públicos, portanto, seria a presença de um ente da Administração, ou a serviço dela, como partícipe, no desenvolvimento de uma atividade essencialmente privada o que nos leva a crer que a incidência derogatória do regime jurídico administrativo se dá não pela natureza administrativa do contrato, mas sim pela submissão obrigatória que a Administração Pública possui a esse regime especial de *sujeições*, obrigando-a a observar requisitos de *forma, procedimento, competência e finalidade* na realização desses ajustes.<sup>41</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>42</sup> assevera que, embora de regimes jurídicos diferentes, em tais contratos o regime privado é parcialmente derogado pelo público. Isso se dá pelo princípio da indisponibilidade do interesse *público* por parte da Administração que terá prerrogativas especiais, em, relação ao particular, mediante cláusulas exorbitantes expressamente estabelecidas no intuito de

---

<sup>39</sup> *Loc. cit.*, p. 15-16.

<sup>40</sup> GOMES, Orlando. *Loc. Cit.*, p. 10.

<sup>41</sup> Da Administração exige-se a *forma escrita (exceto para alguns casos de pequeno valor), autorização legislativa (quando exigível), avaliação, licitação, motivação, indicação de recursos no orçamento, publicidade, etc.* para a contratação, inclusive quando em contratos havidos sob o regime jurídico privado. In: DI PIETRO, **Direito Administrativo**, pp. 256-257.

<sup>42</sup> **Direito Administrativo**, p. 256.



preservar a referida indisponibilidade. Tais prerrogativas, ficam evidentes quando admitido que, em um contrato de comodato de bem público, por exemplo, a Administração é facultado exigir o bem de volta por razões de interesse público.

Nesse íterim, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>43</sup> afirma que, à Administração, não cabe gerir seus interesses como aos privados, a ela incumbe apenas *curá-los*. A coisa pública pertence à coletividade e como tal esta indisponível a interesses próprios, particulares, devendo sempre o administrador ter sua conduta pautada nos princípios basilares da Administração Pública, o *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado* e o *princípio da indisponibilidade do interesse público*, dos quais trataremos em momento oportuno.

Tais prerrogativas da Administração não podem ser afastadas, quer nos contratos de natureza pública quer nos contratos de natureza privada pois são atraídas pela presença da Administração enquanto gestora da *coisa pública*. Da mesma forma que a Administração deverá sempre obedecer determinadas sujeições ao gerir bens e interesses públicos, deverá também ter a sua mão dispositivos que lhe dêem poderes especiais para a melhor gerir tais bens e interesses, inclusive quando em contratos de cunho privatístico.

## 2.2 CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO TIPICAMENTE PÚBLICOS

Feita a primeira distinção, resta claro que os contratos administrativos tipicamente públicos são aqueles completamente submetidos ao regime jurídico diferenciado a qual pertence à Administração Pública.<sup>44</sup>

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>45</sup>, por esse regime jurídico administrativo, podemos considerar “o conjunto sistematizado de princípios e regras” peculiares ao Direito Administrativo “que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime”.

---

<sup>43</sup> **Curso de Direito Administrativo**, pp. 73-75.

<sup>44</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello nos trás os antigos ensinamentos do Conselho de Estado francês para o qual os contratos só seriam considerados administrativos quando: a) recebesse tal denominação por lei; b) tivesse como objeto a execução de um serviço público; c) contivesse cláusulas exorbitantes em relação ao direito privado. *In. Curso de Direito Administrativo*, pp. 617-618.

<sup>45</sup> **Curso de Direito Administrativo**, p. 52.

O regime jurídico administrativo se sustenta sobre dois postulados gerais, o da *supremacia do interesse público sobre o privado* e o da *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*.<sup>46</sup>

O eminente professor português Freitas do Amaral<sup>47</sup>, ao tratar do tema assim conceitua o interesse público:

Numa primeira aproximação, pode definir-se o interesse público como o interesse colectivo, o interesse geral de uma determinada comunidade, o bem-comum – na terminologia que já vem desde São Tomás de Aquino, o qual definia bem-comum como “aquilo que é necessário para que os homens não apenas vivam, mas vivam bem”.

Assim, para Bandeira de Mello<sup>48</sup>, a administração, tem por função a satisfação dos interesses coletivos, e para tal necessita de instrumentos aptos a ensejar o atendimento a esses interesses. Nesse sentido atua a *supremacia do interesse público em relação ao privado*, sendo verdadeiro axioma do Direito Público.<sup>49</sup> Por essa razão, qualquer conduta administrativa erigida fora do interesse público deverá ser considerada inválida.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>50</sup>, afirma que:

... em primeiro lugar, não se pode dizer que o interesse público seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco. Por isso, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão

<sup>46</sup> O administrativista Cretella Júnior aduz que: “Este princípio, princípio da supremacia do interesse público, que informa todo o direito administrativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos normogénéticos, de maneira alguma é princípio setorial, típico, específico do direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional. Não há lei que não atenda ao interesse coletivo; não há processo que não procure concretizar o equilíbrio social, dando razão a quem tem, mediante a efetivação de medidas indiscriminatórias, que afastam a pretensão pessoal, quando esta não coincide com o ideal-arquétipo de justiça eleito pela coletividade a que pertencem os demandantes; não há, mesmo nos atos administrativos de caráter individual, a ausência da supremacia do público sobre o privado.” CRETELLA JÚNIOR, José. **Princípios informativos do direito administrativo**. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

<sup>47</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. 2. Coimbra: Almedina, 2003, p. 35.

<sup>48</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* p. 69-72.

<sup>49</sup> Para Celso Antonio Bandeira de Mello necessário se faz a distinção feita pela doutrina italiana acerca do interesse público, revelando existirem dois interesses públicos, o *primário*, que são os interesses da coletividade como um todo, e o *secundário*, que reflete os interesses do Estado, enquanto detentor de direitos “seus”. Nesse embate, os interesses secundários não podem ser privilegiados senão quando coincidentes com o interesse privado, sendo legítima os atos sob a égide da supremacia do interesse público quando estes forem os da coletividade. In. MELLO, *op. cit.*, p. 72-73.

<sup>50</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionabilidade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 161.

interesse público, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção.

Quando falamos em indisponibilidade desses interesses, queremos dizer que ao administrador não cabe geri-los como lhe aprouver, a *coisa pública* não está à disposição dos interesses particulares administrador ou de quem quer que seja.

A esse respeito Marçal Justen Filho<sup>51</sup> faz importante correlação entre tais princípios, vejamos:

A supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência de sua supremacia.

Portanto, resta claro que o interesse público encontra-se na base do direito administrativo, revelando sua satisfação como função primordial da Administração, motivo pelo qual é princípio a ser observado por todo o Direito Administrativo, seja quanto a sua supremacia, seja quanto a sua indisponibilidade.

Feitas as considerações acerca do regime jurídico administrativo, passamos agora a tratar das modalidades de contratos tipicamente públicos, e para tanto, adotaremos a divisão feita pelo professor Marçal Justen Filho<sup>52</sup>, em sua obra de Direito Administrativo, na qual defende a existência de duas modalidades de contratos públicos propriamente ditos, os *acordos de vontade* e os *contratos administrativos stricto sensu*. Nos primeiros estariam incluídos os Termos de Acordo de Conduta, os contratos fiscais, os consórcios e os convênios públicos, enquanto no segundo grupo teríamos os contratos de delegação e os contratos de colaboração.

---

<sup>51</sup> **Curso de Direito Administrativo**, p. 56.

<sup>52</sup> *Op. Cit.*, pp. 351-352

### 2.2.1 Contratos Administrativos em sentido estrito

Segundo Di Pietro, contratos administrativos em sentido estrito são “ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.<sup>53</sup>

Marçal Justen Filho<sup>54</sup>, ao conceituar os contratos administrativos *stricto sensu*, segue a definição anteriormente dada por ele mesmo aos contratos da Administração, acrescentando apenas que, nos contratos em sentido estrito, ficam atribuídos à Administração poderes especiais, tais quais os anteriormente estudados quando falávamos do regime jurídico administrativo e das cláusulas exorbitantes. Assim vejamos:

...acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para invocar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original.

A doutrina pátria costuma elencar como principais características dos contratos administrativos as seguintes, a saber: presença da Administração Pública como Poder Público; consensualidade na qual duas ou mais partes assentem em contratar; atenção a uma finalidade pública; tratar-se de forma prescrita em lei; onerosidade, notadamente pela presença de um pagamento convencionado; comutatividade, na qual as prestações das partes são diretamente correspondentes, fazendo com que se equivalham; para a contratação se faz necessário procedimento licitatório prévio; natureza *intuitu personae* (personalíssimo) em que a contratação se dá pelas condições pessoais do contratado; e o aspecto de contrato de adesão no qual a Administração determina as condições do contrato segundo suas necessidades.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> **Direito Administrativo**, p. 251.

<sup>54</sup> **Curso de Direito Administrativo**, p. 356.

<sup>55</sup> MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Contratos Administrativos**. Disponível em <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Contratosadministrativos\\_AlexandreMagno.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Contratosadministrativos_AlexandreMagno.pdf)>. Acesso em: 24 de novembro de 2010.

Gaston Jéze<sup>56</sup>, definiu que para haver contratos administrativos em sentido estrito, necessário se faz a verificação de quatro pontos, vejamos:

1. Existência de acordos de vontade entre a Administração e um particular;
2. Ter por objeto a criação de obrigação jurídica de prestação de coisas materiais ou serviços pessoais mediante remuneração;
3. Estar a prestação destinada a assegurar o funcionamento de serviço público;
4. As partes, seja por cláusulas expressas, pela forma dada ao contrato, pelo gênero de cooperação solicitada ou por qualquer manifestação de vontade, concordarem em submeter-se ao regime jurídico especial de direito público.

Aqui, fica evidente que para Jéze o princípio informativo dos contratos administrativos seria a execução ou funcionamento de um serviço público, restando a submissão ao regime jurídico público como decorrente de um acordo de vontades em que a Administração por um lado deseja e necessita seguir tal regime enquanto do outro lado o particular aceita voluntariamente submeter-se a ele renunciando invocar as regras de direito privado, o que corroboraria nossa opinião de que nos contratos da Administração de regime jurídico privado o regime especial público continua a incidir, só que de forma derogatória.

Uma definição moderna, mais pormenorizada e completa de contratos administrativos em sentido estrito encontramos na obra de Carlos Ari Sundfeld<sup>57</sup> sobre licitações e contratos administrativos:

Assim, definimos contrato administrativo em sentido estrito como o contrato (isto é, o vínculo sinalagmático e obrigatório, consensualmente estabelecido) administrativo (isto é, submetido ao sistema do direito administrativo) celebrado entre a Administração – ou quem lhe faça as vezes – e terceiros, em que: a) a determinação exata do objeto é feita posteriormente à sua celebração, por atos administrativos unilaterais; b) as pretensões da Administração se materializam em decisões auto-executórias; e c) é intangível o equilíbrio da equação econômico-financeira inicialmente estabelecida

Essa definição abrange em si características peculiares dos contratos administrativos decorrentes do seu regime jurídico especial. Para Romeu Felipe

---

<sup>56</sup> JÉZE, Gaston. *Principes généraux Du droit administratif*. 1926, p. 307. *Apud*: CRETELLA JÚNIOR, *loc.cit.*, nota de rodapé, p. 43.

<sup>57</sup> *Loc. cit.*, p. 214

Bacellar Filho<sup>58</sup>, nosso regime jurídico administrativo está notadamente marcado pela existência de *prerrogativas* e *sujeições*, o que vem somar aos ensinamentos de Garrido Falla<sup>59</sup> de que o direito administrativo se constrói sobre o binômio “prerrogativas da Administração – direitos dos administrados”.

As *sujeições*, de que tratamos anteriormente quando falamos da incidência derogatória do regime jurídico público sobre os contratos administrativos tipicamente privados, revelam-se através de exigências, requisitos impostos pela lei à Administração visando proteger a coisa pública, tais exigências encontram respaldo, direta ou indiretamente, no regime jurídico público e nos princípios reitores da Administração Pública dispostos constitucionalmente no *caput* do art. 37 da Carta Maior<sup>60</sup>.

As prerrogativas, segundo Bacellar, são poderes especiais conferidos à Administração através do princípio da *supremacia do interesse público sobre o privado*, e assim o é em vistas da função precípua que a Administração possui em promover o bem comum.<sup>61</sup>

Nos contratos administrativos de direito público, tais *prerrogativas especiais* revelam-se por *cláusulas exorbitantes*<sup>62</sup>, exorbitantes por que extrapolam os poderes normalmente conferidos pela Teoria Geral dos Contratos aos contratantes, vez que nas modalidades privadas de contratos, tais dispositivos ou seriam considerados incomuns ou os seriam ilegais por conferirem ao particular poder de império (supremacia), monopólio da Administração.<sup>63</sup>

Por tais razões, ou as cláusulas exorbitantes encontram-se implícitas na natureza do acordo, evidentes na doutrina ou no tratamento Dado à modalidade pela jurisprudência, ou explícitas em lei ou em dispositivos contratuais.

As *cláusulas exorbitantes* também podem ocorrer quando se tratar de contratos da Administração regidos pelo direito privado, contudo, tais cláusulas não

---

<sup>58</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 126.

<sup>59</sup> FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho Administrativo**. Prólogo á 1ª ed., Madri, 1958. *Apud*. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 56.

<sup>60</sup> “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:”

<sup>61</sup> *Op. cit.*, p. 39.

<sup>62</sup> A teoria das cláusulas exorbitantes se deve à jurisprudência do Conselho de Estado francês e do tribunal de Conflitos e se espalhou entre os países cujo direito teve influência romanista, como o nosso caso. *In* MUKAI, Toshio. *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>63</sup> DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 257.

resultam do contrato, por isso devem estar expressamente pactuadas entre as partes, não se admitindo sua forma implícita.<sup>64</sup> Por tal razão não colocamos tal *prerrogativa* da Administração como característica dos contratos regidos pelo direito privado, vez que, naquela hipótese, não seriam propriamente *prerrogativas*, mas sim livre acordo entre as partes, na qual uma exterioriza sua necessidade e a outra acorda em acatá-la.

Para Bandeira de Mello<sup>65</sup>, tamanha é a importância das cláusulas exorbitantes que colocam em cheque a noção de contrato criada pela teoria geral do Direito, fazendo com que o termo *administrativo* modifique o sentido, neste caso, do próprio *substantivo* refletindo-se na capacidade que a Administração possui em *instabilizar* o vínculo formalizado no contrato, alterando ou extinguindo unilateralmente aquilo que foi pactuado.

Nesse sentido, Caio Tácito<sup>66</sup> defende a existência de uma regra, própria do direito administrativo, que seria a *mutabilidade do contrato, in verbis*:

O princípio da igualdade entre as partes, que importa na imutabilidade dos contratos, cede passo ao da desigualdade, ao predomínio da vontade da Administração sobre a do contratante, ou seja, o poder de modificação unilateral da obrigação (regra da mutabilidade do contrato).

A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>67</sup> explica-nos que “a autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado” devendo modificar ou cancelar o acordo tão logo mude o interesse público posto em questão, cabendo à Administração o devido ressarcimento à outra parte pelos prejuízos sofridos ante as alterações unilaterais por ela promovidas.

A esse ressarcimento, temos o que a doutrina chama de restabelecimento do *equilíbrio econômico-financeiro* do contrato e a indenização, no primeiro a Administração deverá recompor os valores de sua contraprestação na mesma proporção das alterações havidas em decorrência de alterações por ela assumidas ou decorrentes da *álea econômica*<sup>68</sup>, no segundo a indenização é devida pela

---

<sup>64</sup> DI PIETRO, **Direito Administrativo**, p. 257.

<sup>65</sup> Curso de Direito Administrativo, p. 615-616

<sup>66</sup> TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 292.

<sup>67</sup> **Direito Administrativo**, p. 252.

<sup>68</sup> Sobre a *álea econômica* ou teoria da imprevisão, Bacellar Filho pontua que os restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro só se dá quando tratar-se de acontecimentos econômicos

rescisão unilateral do contrato em razão do interesse público, na qual a administração deverá ressarcir a outra parte pelos prejuízos comprovadamente sofridos por ela com o desfazimento do vínculo.<sup>69</sup>

Sobre esse poder de alteração unilateral do contrato, Lucas Rocha Furtado<sup>70</sup> assevera que interesse público não é só fundamento da mutabilidade, mas também o seu limite, restando o contrato administrativo dividido entre cláusulas regulamentares, ou de serviço, e cláusulas econômico-financeiras. Nesse sentido, as alterações unilaterais que a Administração pode promover só dizem respeito às cláusulas regulamentares ou de serviço, cabendo sempre a observância aos limites legalmente estabelecidos.

Outra característica dessas prerrogativas especiais pertencentes à Administração é a auto-executoriedade de suas decisões na qual a Administração pode exigir diretamente a satisfação das pretensões contratualmente estabelecidas sob pena de multa e sanções previamente cominadas por lei a serem impostas pela autoridade administrativa contratante.

### 2.2.2 Acordos de Vontade

Acordos de vontade são acordos em que a administração pública participa visando a execução ou manutenção de serviços públicos, regido pelo regime jurídico administrativo, cujas vontades dos participantes revelam-se convergentes em relação ao objeto.

Nesse sentido, Ricardo Marcondes Martins<sup>71</sup> nos ensina que, ainda que haja várias prestações distribuídas entre os contratantes, ainda que o fim específico

---

imprevisíveis ou, quando previsíveis, com efeitos incalculáveis, alheio a vontade das partes. *In. Direito administrativo. loc cit.*, p. 136.

<sup>69</sup> A esse respeito, Justen Filho afirma que também caberá à Administração indenizar o contratado pelos lucros cessantes. Segundo ele, tal afirmação encontra respaldo na Súmula nº 473 do STF na qual a revogação de atos administrativos não pode ferir direitos subjetivos provenientes desses atos *In. Curso de Direito Administrativo. loc.cit.*, p. 473.

<sup>70</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *loc. Cit.*, p. 225.

<sup>71</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos Administrativos**. *In Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 15 de novembro de 2012, p. 15.



pretendido por cada participante em relação ao mesmo objeto seja diferente, as partes buscam sempre a realização do mesmo objeto.

Para Bittencourt<sup>72</sup>, tanto os contratos como os convênios são acordos de vontades, divergindo na classificação apenas quanto ao interesses dos participantes.

Também aqui se inclui como diferença a presença de cláusulas exorbitantes, como já tratado quando falávamos da possibilidade dessas ocorrerem em contratos públicos tipicamente privados, nos acordos ou elas não ocorrem por serem desnecessárias dada a natureza convergente dos interesses dos participantes, ou quando ocorrem, decorrem de acordo das partes pois são versados expressamente nos termos de acordo.

Como espécie principais do gênero acordos de vontade, temos os consórcios e os convênios administrativos.

Os consórcios públicos, ensina Di Pietro<sup>73</sup>, assemelham-se muito com os convênios, distinguindo desses pelo fato dos consórcios serem acordos de vontades com interesses comuns firmado entre duas personalidade jurídicas de direito público de mesma natureza e mesmo nível de governo com possibilidade de formação de personalidade jurídica própria.<sup>74</sup>

Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>75</sup> sintetiza as diferenças existentes entre os consórcios e os convênios afirmando que nos primeiros todas as partes são pessoas administrativas e, vistas individualmente, cada uma delas possui competência para executar o objeto comum, nos últimos, temos a formação de acordo entre um ente da administração e outro, ou com particulares, sendo que nesse caso apenas um possuirá competência para a execução do objeto.

---

<sup>72</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**. Rio de Janeiro: Editora Temas & Idéias, 2005, p. 18.

<sup>73</sup> **Direito Administrativo**, *loc. Cit.*, pp. 342-344.

<sup>74</sup> Os consórcios formam personalidade jurídica própria, segundo a Lei nº 11.107/05, sempre que se constituírem de associações públicas mediante ratificação por lei de seus protocolos de intenção, passando a pertencer à Administração indireta, com os privilégios e sujeições que lhes são peculiares, tais como imunidade tributária, processo especial de execução, impenhorabilidade, prazos dilatados, duplo grau de jurisdição, presunção de veracidade, procedimento licitatório, concursos públicos, imperatividade e autoexecutoriedade dos seus atos, etc. *In: DI PIETRO. Direito Administrativo, op. Cit.*, pp. 460-461 e 476-477.

<sup>75</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 182.

### 2.2.2.1 Convênios administrativos

Convênios administrativos, segundo Hely Lopes Meirelles<sup>76</sup>, são “Acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”

São, nos dizeres de Marçal Justen Filho<sup>77</sup>, “manifestações do dever de colaboração entre entes estatais, entre si ou com a sociedade civil” em que não se produzem benefícios ou vantagens econômicas para as partes.

Diogenes Gasparini<sup>78</sup> ainda conceitua convênio como “ajuste administrativo, celebrado por pessoas públicas de qualquer espécie ou realizado por essas pessoas e outras de natureza privada, para a consecução de objetivos de interesse comum dos convenientes”, ficando evidente que tais acordos podem ser firmados com entes privados, desde que, ao menos um dos partícipes seja um ente público dotado de personalidade jurídica e que se tenha por objeto *coisa que encarne* em si interesse público.

Nos convênios com particulares, Di Pietro<sup>79</sup> ressalva apenas que ao Poder Público é vedada a delegação de serviços públicos que lhe são próprios, devendo realizar com o poder privado acordos de *fomento* através de auxílios financeiros, subvenções por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais ou desapropriações quando houver, na atividade desenvolvida por esse ente, interesse da sociedade, tais como ocorre com escolas, agremiações esportivas, associações culturais, sociedades filantrópicas, etc.

Os convênios são firmados por *ajustes administrativos* mais simplificadas que os contratos, não exigindo data final de vigência, motivo pelo qual os participantes deles podem se retirar ou vir a integrar a qualquer tempo inexistindo, ou sendo nula, qualquer cláusula que se preste a limitar essa liberdade, por isso da principal característica erigida pela doutrina quando aos convênios ser a sua

---

<sup>76</sup> *Loc cit.*, p. 412.

<sup>77</sup> **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** *Loc. Cit.*, p. 661.

<sup>78</sup> **Direito Administrativo.** 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2003, p. 383.

<sup>79</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2002, p. 192.

*precariedade*. Não é outra senão esta a razão de Sundfeld<sup>80</sup> acrescentar a sua definição de convênio a faculdade de *denúncia unilateral* que, a qualquer tempo, qualquer participante pode se retirar do convênio.

Sobre o tema, trazemos a *lume* os ensinamentos de Pedro Durão<sup>81</sup>, *in verbis*:

O convênio, como não oferece a referida rigidez, por não impor as devidas advertências, que, em última análise, remonta às responsabilidades do ajuste, desobriga aos partícipes a devida observância e a sua permanência no feito, provocando, assim, certa insegurança dos próprios administrados e dos convenientes.

Característica nos convênios também é a ausência de lucro, preço ou remuneração, havendo tão somente cooperação entre os conveniados, o que poderá implicar em repasse de verbas, bens, recursos humanos ou tecnologia, tudo para a consecução do interesse coletivo, comum entre os “partícipes”. Por tais razões, a natureza da verba ou repasse não perde sua natureza pública, não integrando o patrimônio do particular, o que exige prestação de contas ao órgão que efetuou o repasse e ao Tribunal de Contas quanto à aplicação desse dinheiro<sup>82</sup>.

A esse respeito oportuno consignar matéria sumulada pelo TCU em 1985 através de parecer do então Ministro Mário Pacini<sup>83</sup>, vejamos:

Grosso modo, pode-se dizer que a distinção mais precisa entre o contrato e o convênio é quanto à reciprocidade de obrigações (bilateralidade). Enquanto no Contrato uma das partes se obriga a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, mediante pagamento previamente acertado (caso mais comum nos contratos de compra e venda, para não nos alongarmos na extensa doutrina dos contratos), nos Convênios os interesses são comuns e a contraprestação em dinheiro não precisa existir. O que se faz é ajuste de mútua colaboração para atingimento de objetivo comum.

Outro ponto a se esclarecer, é que, apesar dos partícipes possuírem interesses coincidentes, não agem na execução de forma idêntica, é comum que nesses casos a divisão de tarefas na qual cada participante fica responsável pela execução de uma parte do objetivo.

<sup>80</sup> *Loc. Cit.*, p. 199.

<sup>81</sup> DURÃO, Pedro. **Convênios & Consórcios Administrativos**. 1ª ed., 2ª tir. – Curitiba: Juruá, 2005, p. 83.

<sup>82</sup> Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2002, p. 194.

<sup>83</sup> TCU, TC 001.582-5, DOU de 18/09/1985.

De igual forma, os convênios, por tratarem-se de acordos mais simplificados, diferentemente do que ocorre nos consórcios públicos<sup>84</sup>, ficam despojados de personalidade jurídica própria, devendo cada participante agir segundo sua capacidade jurídica própria, arcando com suas responsabilidades pessoalmente.<sup>85</sup>

Jessé Torres Pereira Júnior<sup>86</sup> traz outra peculiaridade em relação aos convênios, quando se tratarem ambos os pólos da relação de pessoas administrativas, ter-se-ão sempre convênios (ou consórcios), não sujeitos a licitação. Di Pietro<sup>87</sup> acrescenta que a inexigibilidade de licitação decorre da inviabilidade de competição por tratar-se de mútua colaboração entre os convenentes.

Para Vanice Regina Lírio do Valle<sup>88</sup>, ao tratar das licitações em convênios traz importantes ensinamentos a respeito do tema, vejamos:

...alguns pontos porém, se pode, *ab initio*, fixar como inequívocos: primeiro, diz respeito à circunstância de que descaberá em absoluto, certame, quando se cuidar de convênio a se verificar entre entidades públicas. Isso porque sendo o convênio, basicamente, um instrumento de execução descentralizada de atividade do Poder Público, não haverá fungibilidade entre os diversos possíveis executores, o que afasta de logo a licitação por inexigibilidade. Da mesma maneira, quando o convênio envolve igualmente entidade da iniciativa privada, normalmente tem-se o elemento da especificidade da parcela de contribuição que vá ser empreitada pela parte conveniente. Tal especificidade igualmente caracterizará hipótese de inexigibilidade de certame.

Contudo, em casos excepcionais será imprescindível a ocorrência de procedimento licitatório como bem assevera Sidney Bittencourt<sup>89</sup>, isso quando a atividade fim daquele convênio puder ser realizada igualmente por mais de um ente privado, havendo necessidade de confrontar-se aquilo que cada proponente pode oferecer.

---

<sup>84</sup> Floriano Azevedo Marques Neto propôs, como critério eficaz à distinção de convênios e consórcios públicos a necessidade de formação de um novo ente. Nos consórcios as entidades envolvidas passam a agir em nome de uma outra personalidade jurídica, o próprio consórcio. Enquanto no convênio os envolvidos continuam a agir por meio de suas administrações descentralizadas. Esse é o critério adotado pela Lei 11.107/05. *Apud.* MARTINS, Ricardo Marcondes. **Loc. Cit.**, p. 15.

<sup>85</sup> *Idem Ibid.*, p. 385

<sup>86</sup> *Loc. Cit.*, pp. 45-45.

<sup>87</sup> **Parcerias na Administração Pública**, *loc. Cit.*, pp. 194-195.

<sup>88</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio. **Convênio Administrativo, CEAP**, p. 9 *Apud:* BITTENCOURT, *loc. ??* | *Cit.*, p. 23

<sup>89</sup> *Op. Cit.*, pp. 23-24.

### 3 NATUREZA JURÍDICA DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

Não obstante todos os critérios que se possa utilizar para distinguir os contratos dos convênios, resta ainda investigarmos sua natureza vez que, em momentos de crise, quando da interpretação da lei no caso concreto, a incursão pelas origens de um instituto auxiliam em revelar qual tratamento jurídico deve-se dar a eles.

Nossa doutrina pátria, a esse respeito, diverge quanto a verdadeira natureza jurídica dos convênios administrativos. Parcela significativa dos juristas acredita que os convênios possuem natureza de atos administrativos complexos, enquanto outra defende que os convênios são espécies de contratos administrativos, existindo autores e opiniões de igual relevância em ambos os sentidos.

Tal divergência nasce de interpretações diferentes dadas pela doutrina acerca de dispositivos legais que tratam do tema como inicialmente passaremos a expor.

Nosso ordenamento jurídico concedeu tratamento legislativo a convênios e contratos administrativos através do Decreto nº 93.872/86, definindo, respectivamente, em seu no art. 48, *caput*, e § 1º o que vem a ser tais institutos:

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste. (Revogado pelo Decreto nº 6.170, de 2007)

§ 1º Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato. (Renumerado pelo Decreto nº 97.916, de 1988)

Tal diploma estabelece, de forma inequívoca, o ponto distintivo existente até hoje entre contratos e convênios administrativos, qual seja, a existência ou não de interesses contrapostos entre os partícipes na realização da avença. Por esse critério, sempre teríamos convênio quando os interesses fossem coincidentes e o acordo fosse firmado sob o regime de mútua cooperação, ainda que um dos partícipes ingresse na relação apenas para *fornecer meios para que o outro exerça*

*suas competências*<sup>90</sup>. Já os contratos seriam marcados pelos interesses contrapostos, divergentes dos participantes. Ou seja, sempre que ambas as partes de um acordo visassem, precipuamente, a execução de um serviço, por exemplo, teríamos um convênio, e sempre que uma parte vise um objeto (bem ou serviço) e o outro a remuneração pelo mesmo, teríamos contrato.

Ocorre que em 1993 o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), possibilitou a equiparação dos dois institutos ao acrescer em sua definição de contrato administrativo a expressão “seja qual for a denominação utilizada”, assim vejamos:

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.

Da mesma forma que deu margem a interpretações variadas quanto aos contratos, a LLCA, em seu art. 116, estabelece a utilização daquele diploma, “no que couber”, aos convênios administrativos, *in verbis*:

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, para aqueles que defendem a natureza jurídica contratual dos convênios, o parágrafo único do art. 2º da LLCA acaba por incluir qualquer “acordo de vontades” existentes entre a Administração e particulares como contrato, independente do nome a eles empregado.

Já para os que sustentam a natureza complexa dos convênios, distinta dos contratos administrativos, o art. 116. Serve de substrato, como norma especial, a pontuar a diferença entre os convênios e os contratos ao afastar o primeiro do regime geral a qual pertence o segundo.

Para agravar ainda mais a então acirrada divergência, em 2007 o art. 48, § 1º, do Decreto nº 93.872/86 é revogado pelo Decreto nº 6.170/07, apagando do mapa legislativo referência substancial à diferença entre contratos e os convênios, repise-se, a de que os contratos administrativos não admitem interesses

---

<sup>90</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os Consórcios Públicos**. In *Revista de Direito do Estado*, v. 2, 2006, p. 302.

coincidentes dos contratantes, possibilitando a concepção defendida por alguns autores quanto à natureza contratual dos convênios.<sup>91</sup>

### 3.1 Convênios Como Acordos de Vontade

Como já citado, há quem entenda que os convênios administrativos são ajustes, acordos havidos entre a Administração e pessoa pública ou privada para a consecução de objetivo comum aos *convenientes*<sup>92</sup>, sem que haja aferição de vantagem econômica ou benefício a qualquer deles, figurando como cooperação associativa por não formarem vínculos contratuais entre os partícipes.

Entre os autores que afastam a natureza contratual dos convênios, considerando-os mero acordos, estão Hely Lopes Meirelles<sup>93</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>94</sup>, Diógenes Gasparini<sup>95</sup>, Jessé Torres Pereira Júnior<sup>96</sup>, Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>97</sup> e Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>98</sup>.

Di Pietro<sup>99</sup> enumera sete razões para considerarmos com natureza jurídica distintas os contratos dos convênios, são:

- a) Nos convênios os objetivos institucionais são comuns, enquanto nos contratos os objetivos institucionais são distintos, a Administração caberá sempre a satisfação do bem comum consubstanciado no interesse público, já para o privado teremos como objetivo a satisfação do objeto interesse social da empresa ou do profissional contratado;<sup>100</sup>

<sup>91</sup> BITTENCOURT, *loc. cit.*, p. 17.

<sup>92</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 787.

<sup>93</sup> **Direito Administrativo Brasileiro**. *Loc. cit.*, p. 354.

<sup>94</sup> **Parcerias na Administração Pública**. *Loc. Cit.*, p. 189.

<sup>95</sup> **Direito Administrativo**. *Loc. Cit.*, p. 383.

<sup>96</sup> **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 6ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 44.

<sup>97</sup> **Direito Administrativo**. *Loc. Cit.*, p. 150.

<sup>98</sup> **Curso de Direito Administrativo**. *Loc. Cit.*, p. 180-182.

<sup>99</sup> **Curso de Direito Administrativo**, *loc. Cit.*, pp. 337-338; **Parcerias na Administração Pública**, *loc. Cit.*, pp. 190-191

<sup>100</sup> A esse respeito, trazemos oportuna ilustração feita por Eros Roberto Grau em que, nos contratos, “as partes tem interesses opostos e desejam coisas diferentes: o vendedor quer desapossar-se de um bem com a condição de receber em troca o mais elevado preço possível; o comprador deseja adquirir o mesmo bem, pagando o menor preço possível. No ato coletivo, por outro lado, as partes desejam a mesma coisa: realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns; seus interesses ainda que diferentes, caminham na mesma direção”. **Convênio**. *In: Enciclopédia Saraiva de Direito*.

- b) Nos contratos as competências institucionais são bem definidas, para cada prestação do particular há uma contraprestação da Administração, não havendo zonas em que os contratantes possuam competências comuns e concorrentes. Nos convênios a concorrência de competências é corrente, o que ocorre é a divisão de tarefas para atender eficazmente ao objeto pretendido por ambos;
- c) Nos convênios os participantes objetivam resultados comuns a serem desfrutados por todos, enquanto nos contratos, os resultados são diversos para cada contratante, sendo do interesse de todos que cada um, individualmente cumpra o seu papel, razão pela qual não existiriam pólos da relação (partes), mas tão somente partícipes;
- d) Nos convênios haverá sempre mútua colaboração que poderá assumir várias formas, como repasse de verbas, transferência de tecnologia e conhecimento, recursos humanos e materiais, imóveis, etc., enquanto nos contratos haverá sempre obrigações e contraprestações em caráter de reciprocidade;
- e) Nos contratos temos vontades divergentes que se compõe em uma só sem que deixem de existir isoladamente, a essa vontade conjugada chamamos de vontade contratual. Nos convênios as vontades são coincidentes desde o princípio, ambos almejam o mesmo objeto segundo suas razões próprias e, para tal, atuam paralelamente para atingirem o mesmo objetivo;
- f) Nos contratos os valores recebidos pelo contratado são imediatamente incorporados em seu patrimônio (remuneração), o que não ocorre nos convênios cujas verbas repassadas não perdem a natureza pública do dinheiro, sujeitando-se a fiscalização e devolução;
- g) Nos convênios inexistente qualquer vinculação contratual entre os partícipes não se admitindo cláusula de permanência obrigatória ou sanções pela inadimplência (exceto eventuais responsabilidades funcionais que, no entanto, são resolvidas fora da avença). Podendo os convenientes



denunciá-lo antes do término do prazo, da mesma forma que haverá liberdade para ingresso de novos partícipes.<sup>101</sup>

Segundo Amílcar Motta<sup>102</sup>, ainda que considerássemos os contratos como gênero de instrumentos administrativos convencionais, a englobar diversas denominações utilizadas pelo legislador, poder-se-ia diferenciar contratos administrativos segundo a relação de gênero/espécie, respectivamente “à qual o legislador houve por bem conferir características, estrutura e contornos próprios, de tal modo que os convênios passaram a constituir categoria separada”.

Nesse sentido, Di Pietro<sup>103</sup> afirma que o convênio tem em comum com o contrato apenas o fato de serem ambos acordos de vontades, se os convênios tivessem realmente natureza contratual não haveria necessidade do termo “no que couber” existente no art. 116 da LLCA.

Oportuno consignar que, segundo Moreira Neto<sup>104</sup>, os convênios se distinguem dos contratos por serem os primeiros pertencentes a categoria jurídica dos *atos administrativos complexos*, os quais são formados pela convergência de vontades idênticas. A esse respeito, o autor assim conceitua o *ato administrativo complexo*<sup>105</sup>, *in verbis*:

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

Assim, feitas tais considerações, segue-se ao posicionamento divergente quanto a questão.

<sup>101</sup> Cabe-nos frisar que o art. 116 da LLCA traz exigências específicas a serem aplicadas aos convênios com relação aos repasses de recursos, quais são: a) existência de um plano de trabalho aprovado pela administração; b) plano de aplicação de verbas repassadas, devendo os eventuais saldos serem aplicados e devolvidos em até trinta dias após a conclusão, denúncia, rescisão ou extinção dos acordos sob pena de tomada de contas especial. A Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional nº 01/97 também traz requisitos, vedando a destinação de recursos a instituições privadas com fins lucrativos e a realização de despesas a título de taxa administrativa, além de exigir que as entidades privadas sigam o regime disposto pela Lei nº 8.666/93.

<sup>102</sup> MOTTA, Amílcar. *Apud*. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 6ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, nota de rodapé, pp. 44-45.

<sup>103</sup> **Parcerias na Administração Pública**, *loc. Cit.*, p. 189.

<sup>104</sup> *Loc. Cit.*, p. 183-184.

<sup>105</sup> *Idem. Ibidem.*, p. 181.

### 3.2 Convênio Como Contratos Administrativos

Aos que defendem a natureza contratual dos convênios, o parágrafo único do art. 2º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 1993 acaba por incluir quaisquer “acordos de vontades” existentes entre entes da Administração entre si, ou entre estes e particulares, como contratos, independente do nome a eles empregado (inclusive convênios, acordos e termos).

Entre os autores que defendem tal posicionamento encontramos Odete Medauer<sup>106</sup>, Marçal Justen Filho<sup>107</sup> e Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>108</sup>.

A defesa dessa corrente se faz possível pela grande dificuldade que a doutrina tem em fixar as diferenças ontológicas entre os institutos convênio e contrato administrativo, chegando muitas vezes a colocar como óbice ao reconhecimento da natureza contratual a *diversidade de interesses*.<sup>109</sup>

Odete Medauer<sup>110</sup> afirma que a simples presença do poder Público em um dos pólos da relação determinará a supremacia do interesse público, pouco importando se há ou não interesses contrapostos e que, nos contratos administrativos, nem sempre haverá a obrigatoriedade de remuneração. Nas concessões de serviços públicos e na concessão de serviços antecedida de obras, por exemplo, temos modalidades de contratos em que inexistente preço ou contraprestação.

Nos convênios também impera a mesma reciprocidade que há nos contratos, restando um pólo dependente do adimplemento da parcela da prestação que cabe ao outro para a concretização do objeto comum, e vice versa, portanto, sempre haverá encargos recíprocos para que o resultado seja atendido.

---

<sup>106</sup> *Loc. Cit.*, p. 257.

<sup>107</sup> **Curso de Direito Administrativo**. *Loc. Cit.*, p. 355.

<sup>108</sup> *Loc. Cit.*, p. 642.

<sup>109</sup> VIOLIN, Tarso Cabral. **Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com Entidades do terceiro Setor**. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. – Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 502-503.

<sup>110</sup> MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12ª ed., rev. E atual. – São Paulo: RT, 2008, p. 227.

O fato de nos convênios não haver benefícios ou vantagens econômicas para nenhuma das partes apenas afasta a aplicação de algumas regras gerais sobre contratação administrativa<sup>111</sup>, devendo, por exemplo, ser observado o princípio licitatório sempre que existirem mais de um ente interessado em firmar o convênio e se fizer impossível, pela natureza do objeto, a Administração acordar com todos. Nesse caso a escolha sempre se dará por procedimento que atente a impessoalidade e eficiência dos concorrentes.

Quanto a não vinculação dos convênios, Marçal Justen Filho<sup>112</sup> defende que a força obrigatória é regra, e apenas deixará de operar sobre os convênios se houver dispositivo que permita a liberação unilateral do acordo, caso contrário a observância do convênio poder-se-á ser exigida compulsoriamente.

Celso Antônio Bandeira de Mello define que, na realidade, não se tratam de coisas distintas, mas sim de modalidades básicas do mesmo gênero, os contratos. Portanto, haveria duas espécies de contratos administrativos, vejamos:

...dos contratos em que as partes se compõe para atender interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõe pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que os impulsiona.

Os convênios, portanto, seriam para esses autores um contrato de segundo tipo, enquanto os demais encontrariam sua forma no primeiro.

---

<sup>111</sup> Justen filho nos ensina que “a regra geral da obrigatoriedade da licitação não se aplica aos convênios. A regra geral é a ausência de licitação para a realização de um convênio, contrariamente ao que se passa com os contratos administrativos comuns.” In: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed., rev. E atual. – Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 429.

<sup>112</sup> **Comentários**, loc. Cit., p. 662.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As características especiais, como a não vinculação das partes, a forma simplificada do instrumento e os interesses comuns afastam os convênios do modelo clássico de contratos recheado de formalismos e regido, principalmente, pelo colorário *pacta sunt servanda*.

Contudo, é de se notar que tal rigidez tem sido flexibilizada no direito Administrativo graças ao seu status autônomo e seu regime jurídico especial, razão pela qual os contratos na Administração passam a formar uma nova categoria jurídica, sendo possível distinguirem-se os contratos de direito público dos contratos de natureza privada apenas pela presença, derogatória ou absoluta, desse regime jurídico diferenciado.

Assim, tal qual foi possível distinguir-se contratos administrativos *stricto sensu* dos contratos de direito comum, admitindo que ambos são espécies pertencentes a Teoria Geral do Direito, na qual, embora historicamente civilista, encontram-se apátridas os contratos, em sua pureza original, cremos ser possível considerar os convênios como pertencentes categoria dos contratos administrativos, reconhecendo-se, para tanto, sua natureza *sui generis*, razão pela qual tomamos por cuidado, nesta obra, em colocá-lo entre os acordos de vontade em que a Administração é parte.

Contudo, ainda que incluído na categoria contratos da Administração, ainda temos de verificar sua natureza jurídica, vez que nesse ínterim cabem tantos os contratos, propriamente ditos, quanto os acordos de vontade da qual a administração Pública é parte, portanto, há de se verificar se, além de possuir natureza “contratual”, os convênios possuem natureza de contrato administrativo em sentido estrito.

Para tanto, necessário rever, em sede de conclusões, os juízos elencados pelos mais renomados autores quanto à consideração, ou não, da natureza jurídica contratual dos convênios.

Um dos pontos mais controvertidos entre a corrente pró e a corrente contra a natureza contratual dos convênios é o da força obrigatória dos contratos. Para os defensores da natureza contratual, os convênios também vinculariam seus partícipes, possibilitando a exigência compulsória do acordo. Contudo, entendemos

acertado posicionamento daqueles que se colocam contrários a equiparação de convênios e contratos, pois a vinculação vai contra a forma simplificada dos convênios, motivo pelo qual inexistem direitos adquiridos sobre tais acordos. A simplificação de procedimentos e a precariedade do mesmo se mostra útil à Administração e aos próprios partícipes privados dando maior celeridade na implementação e execução do próprio convênio.

A submissão a um regime jurídico complexo e burocratizado de contratação, como ocorre nos contratos, tem sua razão na garantia da supremacia e indisponibilidade do interesse público em relação ao privado. Nos convênios, ao se pretender simplicidade e celeridade às formas de contratação, procurou-se restringi-los a situações em que possivelmente o interesse público não seria ameaçado. Assim, dirimindo possíveis ameaças, procurou-se autorizar os convênios para contratação em casos específicos, segundo peculiaridades próprias que passaram a caracterizá-lo como instituto autônomo e distinto dos contratos em sentido estrito, quais sejam: a existência de vontades idênticas; a busca, por parte dos convenientes, dos mesmos resultados; a estipulação de competências institucionais comuns entre os partícipes; o regime de mútua colaboração entre os entes; e a ausência de remuneração (lucro) aos partícipes.

Sobre as **vontades**, temos que nos convênios a manifestação volitiva dos partícipes são no mesmo sentido, coincidentes. Ambos os convenientes objetivam o mesmo resultado, enquanto nos contratos, as vontades são diferentes e se compõe em uma terceira vontade, a contratual. Essa terceira vontade não age na satisfação dos interesses de nenhuma das partes, ela esta direcionada à satisfação do interesse do acordo, qual seja, a sua fiel execução e observância, decorrendo a satisfação das partes como consequência da vontade contratual.

Nos convênios, alias, os partícipes objetivam os mesmos resultados, ou seja, tanto o parceiro público quanto o privado pretendem ver satisfeito o objeto do convênio, este retratado pela execução, manutenção ou garantia de serviço público. Aqui, quando falamos em resultado estamos nos referindo àqueles facilmente identificáveis no mundo dos fatos, os resultados materiais, concretos. Nesse ponto especificamente não nos reportamos aos resultados psicologicamente atendidos, ou seja, aqueles que dizem respeito aos interesses e satisfações de cada ente.

Outra razão e fundamento para negarmos natureza contratual aos convênios, mantendo-os como categoria distinta dos contratos é o regime de

competências institucionais comuns existentes nos convênios no qual os convenientes agem conjuntamente na execução de um mesmo objeto, não havendo qualquer relação de subordinação entre os entes. Aqui, como antes dissemos, ainda que haja divisão de tarefas, todos os partícipes são igualmente responsáveis pela execução do objeto e obtenção do resultado.

Em razão dessas competências, temos que nos convênios não há o que se falar em reciprocidade, mas tão somente mútua colaboração. Entendemos que os argumentos utilizados pela corrente pró natureza contratual de que existiria reciprocidade nos convênios não subsistem, pois, ainda que nos convênios, em casos específicos quer pela natureza do objeto quer por acordo dos partícipes, a atuação de um ente fique condicionada a ação do outro, não haverá reciprocidade, pois a dependência das ações de cada partícipe se dá na mesma direção, ambos agem diretamente na execução de um mesmo objeto. Nos contratos a reciprocidade ocorre segundo a relação obrigação/contraprestação, sendo a ação de um exatamente a execução do objeto, enquanto a do outro a contraprestação por essa execução. A lógica se resume em uma frase, nos convênios “eu e você fazemos para todos”, nos contratos, “eu faço para você e você faz para mim”.

Quanto à ausência de benefícios, contraprestação ou remuneração nos convênios, a alegação de que os mesmos possuiriam natureza contratual porque também estariam ausentes a remuneração em algumas espécies de contrato, como nas concessões de serviços públicos e nas concessões de serviços antecedida de obras, entendemos que a ausência de remuneração nos contratos, quando ocorre, é imprópria e decorre do acordo entre as partes, e não da natureza do instrumento pois o partícipe privado obterá sua vantagem, remuneração ou lucro de forma indireta. Nas concessões de serviço mediante execução de obra, por exemplo, o particular tem interesse em explorar uma atividade percebendo remuneração pelo pagamento de taxas pelo usuário, enquanto o Estado se interessa na execução da obra necessária a prestação daquele serviço, sendo a realização de obra condição para a contraprestação almejada pelo contratante particular, qual seja, a concessão daquele serviço.

Portanto, como dito anteriormente, acreditamos que os convênios não se confundem com os contratos, tampouco deles herdam sua natureza, por serem formas simplificadas de contratação com a Administração Pública, só possível

quando eliminado da relação todos os pontos danosos à supremacia do interesse público e a indisponibilidade do mesmo em relação ao interesse privado.

Outro ponto a se destacar sobre a natureza *sui generis* dos convênios são quanto aos objetivos institucionais. Os doutrinadores contrários a natureza contratual dos convênios colocam a existência de objetivos institucionais comuns entre os participantes como uma das razões para sua desincompatibilização com os contratos em sentido estrito. Entendemos que a existência de objetivos institucionais coincidentes nos convênios decorre da própria natureza simplificada do instrumento, não coincidindo assim com a natureza contratual dos contratos, nos quais a Administração deverá se submeter a requisitos (*sujeições*) antes de contratar justamente para proteger e garantir a execução do objetivo institucional mor do estado, qual seja, o bem comum.

Contudo, há de se pontuar a possibilidade de existirem em convênios interesses diferentes, mas não opostos, entre os convenientes. É o caso, por exemplo, de empresas que, necessitando escoar sua produção, firmam convênios com a Administração para a construção de uma estrada ou ponte apta a possibilitar o tráfego de caminhos e máquinas pesadas. Aqui, apesar de ambos os partícipes agirem conjuntamente para a execução da obra, não havendo remuneração para nenhuma das partes, ambas objetivariam o mesmo resultado e suas vontades seriam coincidentes, os interesses dos partícipes não seriam os mesmos vez que a Administração tem como interesse geral a realização do bem comum daquela comunidade, enquanto a empresa teria o interesse específico em escoar sua produção. É de se salientar que, o que possibilita a realização desse convênio, portanto, é a existência de interesses, embora diferentes, não contrários entre si dirigidos a execução de um mesmo resultado.

Ainda, aos que defendem a natureza de contrato administrativo dos convênios, resta como argumento o simples fato da presença do Poder Público como parte fazer incidir o princípio da supremacia do interesse público em qualquer espécie de acordo, quedando a existência de interesses contrapostos nos contratos como insuficiente para que se desnature a natureza dos convênios como tal. Nesse ponto, especificamente, para aqueles que são contrários a natureza contratual dos convênios, a existência de interesses coincidentes nestes o distanciam da *ratio* contratual que é a satisfação mútua de interesses distintos. Ademais, pela diferenciação dos interesses temos que sim, os convênios são distintos dos

contratos administrativos *stricto sensu* porque nos primeiros deixamos de aplicar grande parte das regras sobre contratação, inclusive pela desnecessidade de cláusulas exorbitantes que assegurem a supremacia dos interesses. Por essas e outras razões aqui já apresentadas, entendemos por negar natureza contratual aos convênios vez que a presença da Administração, não obstante tenha o condão de colocar o manto da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre tudo o que é afeto à Administração, isso não se dá em decorrência da natureza contratual, mas sim pela presença do regime jurídico administrativo.

Daí concluímos que por sua precariedade, não vinculação e contratação simplificada, os prejuízos ocorridos pelo descumprimento de convênios devem ser resolvidos sob a égide da responsabilidade extracontratual do Estado, enquanto os desvios em sua execução apurados sob os olhos da improbidade administrativa.

Ademais, as conclusões que até aqui chegamos permitem dizer que essa foi a razão do legislador ao dispor no art. 116 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos o termo “no que couber”, fazendo-a norma especial que permitiria a aplicação subsidiária dos dispositivos inerentes àquela lei aos convênios e instrumentos congêneres, fazendo uma única ressalva, a de que tal aplicação subsidiária não descaracterizasse a natureza desses institutos, qual seja, a contratação simplificada, sem vinculação ou ameaças ao interesse público primário.

Outra consideração sobre a Lei nº 8.666/93 que se faz necessária é a de que, quando o legislador fez referência a “seja qual for a denominação utilizada” na redação do parágrafo único do art. 2º, estava ele querendo coibir possíveis tentativas de se burlar o intrincado procedimento de contratação pública chamando as contratações sob a égide daquela lei por outros nomes. Assim como pouco importa o nome dado ao acordo, se caracterizar contrato assim o será e deverá o seu regime seguir, não importa como chamemos, se estiverem presentes às razões que fizeram os convênios categoria distinta de acordos administrativos, deverá ser tratado como tal e assim seguir seu regime.

A grande divergência doutrinária acerca do tema é compreensível dada a dificuldade que se tem em correlacionar institutos diferentes com nomenclatura iguais ou semelhantes. Por razões históricas o contrato foi a primeira e a mais popular das formas negociais, levando os primeiros doutrinadores a tratarem qualquer acordo de vontades com repercussões no mundo jurídico como contrato.



Como nem todos os acordos de vontade se resumem em espécies contratuais, necessário se faz rever tais nomenclaturas ao menos na esfera *juspublicista* que, historicamente, tem estudado todas as modalidades de acordos da qual a administração Pública é parte como se contratos fossem.

Assim, sem quaisquer pretensões, utilizaremos uma classificação mais didática das modalidades de “contratação” administrativa, unindo todas elas sob o nome *acordos administrativos*.

Por acordos administrativos teríamos todos os acordos de vontade travados consensualmente por órgãos da Administração Pública entre si ou com privados, para a satisfação mútua dos interesses nele pactuados que, pela simples presença da Administração como parte, traz a incidência do regime jurídico público que lhe é peculiar. O fator preponderante aqui seria a consensualidade, pois através dela estabeleceríamos a principal distinção entre os acordos e os atos administrativos.

Dentro dessa categoria maior teríamos os acordos administrativos tipicamente privados e os acordos administrativos tipicamente públicos.

Por acordos administrativos tipicamente privados teríamos todos aqueles em que a Administração atua em igualdade com o particular, agindo sob o regime jurídico privado naquilo que não é derogado pelo regime jurídico público dado a vital necessidade que o Estado tem em preservar o patrimônio público e o bem comum. São exemplos os contratos de compra e venda para a aquisição de material de expediente ou escolar, contratos de aluguel de prédio no qual se pretende instalar um hospital ou um depósito, doação de bens a outros órgãos da Administração Pública ou de lotes a particulares em atenção ao interesse público. São contratos ou acordos que originalmente nasceram no direito privado e que foram adaptados às necessidades do Direito Administrativo com a evolução do direito.

Já por acordos administrativos tipicamente públicos, teríamos todos aqueles em que a Administração age na execução ou garantia de um serviço público. Aqui o regime jurídico administrativo incide de forma plena, evidenciando-se pela condição de supremacia do ente administrativo em relação ao privado. Tratam-se de acordos ou contratos originariamente públicos ou adaptados de tal forma a esfera administrativa que perderam sua conexão com a espécie privada. Seriam os contratos administrativos e os acordos de vontades propriamente ditos.

Por contratos administrativos entendemos aqueles em que os interesses das partes são diferentes e opostos, sendo característico pela presença de

remuneração, cláusulas exorbitantes, obrigações e contraprestações recíprocas entre as partes, etc. Havendo interesses divergentes, a incidência do regime jurídico administrativo se faz imperativa às partes visando proteger o interesse de toda coletividade. São: empreitadas de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de uso privativo de domínio público, concessão de exploração de jogos de fortuna e azar, fornecimento contínuo, prestação de serviços, etc.

Quanto aos acordos de vontade propriamente ditos, teríamos aqueles em que os interesses das partes são coincidentes, conjugam-se para a realização do mesmo objeto no qual o regime jurídico administrativo incide de forma plena, possibilitando, dado a natureza peculiar desses acordos ou das partes, o uso de procedimentos e formas mais simples e diretas de contratação. Esses acordos são notadamente marcados pela desnecessidade de cláusulas exorbitantes que visem assegurar, em última *ratio*, o interesse público. São, principalmente: os convênios, os consórcios e os termos de ajustamento de conduta.

Assim, diante de tantas considerações feitas, colocamo-nos, modesta e humildemente, entre autores Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogenes Gasparini, Jessé Torres Pereira Júnior, Romeu Felipe Bacellar Filho, Toshio Mukari, e Diogo Figueiredo Moreira Neto por também negarmos natureza de contratos administrativos, *stricto sensu*, aos convênios administrativos, considerando-os como espécie distinta daqueles dentro da Teoria Geral do Contrato Administrativo ou dos acordos públicos segundo nossa proposta.

**BIBLIOGRAFIA**

BARROS, Ana Lúcia Porte de (et. al.). **O novo código civil comentado. Vol. 2.** – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Contrato Administrativo.** *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho.** – Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo.** 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos.** Rio de Janeiro: Editora Temas & Idéias, 2005.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial.** Ed. Saraiva, 20ª ed., 2008.

CONTRATO *In:* DICIONÁRIO Michaelis de Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, c1998-2007. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=contrato>>. Acesso em: 09 de nov. de 2012.

\_\_\_\_\_. *In:* DICIONÁRIO Priberam de Língua Portuguesa. Lisboa: Priberam, c2012. Disponível em <<http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=contrato>>. Acesso em: 09 de nov. de 2012.

CONVÊNIO. *In:* **Enciclopédia Saraiva de Direito.** Vol. XX.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Princípios informativos do direito administrativo.** *In:* **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

\_\_\_\_\_, José. **Tratado de Direito Administrativo.** Vol. III – São Paulo: Forense, 1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23ª ed. – São Paulo: Ed. Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4ª ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

DURÃO, Pedro. **Convênios & Consórcios Administrativos**. 1ª ed., 2ª tir. – Curitiba: Juruá, 2005.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Contratos Administrativos**. – São Paulo: Saraiva, 1981.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**.: teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11ª ed. – São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª e 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os Consórcios Públicos**. *In Revista de Direito do Estado*, v. 2, abr.- jun., 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos Administrativos**. *In Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 15 de novembro de 2012.

MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12ª ed., rev. E atual. – São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed., rev. e atual., - São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. Vol. 1; 2ª Ed. - São Paulo: Malheiros, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **Contratos Administrativos**. Disponível em <[http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Contratosadministrativos\\_AlexandreMagno.pdf](http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/Contratosadministrativos_AlexandreMagno.pdf)>. Acesso em: 24 de novembro de 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações & Contratos**. 10ª ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública**. 6ª ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, nota de rodapé.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil, Vol. III, Contratos**. 1ª ed. Eletrônica – Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REALE, Miguel. **Função Social dos Contratos**. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm> >. Acessado em: 11 de novembro de 2012.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário Jurídico Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Permissão e concessão de serviço público**. RDP 6/100 e 7/114.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com Entidades do terceiro Setor**. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do**

**Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho.** – Belo Horizonte: Fórum, 2004.