

***O DIREITO ADMINISTRATIVO
NA ATUALIDADE***

*Estudos em homenagem ao centenário
de HELY LOPES MEIRELLES
(1917-2017)*

Defensor do Estado de Direito

ARNOLDO WALD

MARÇAL JUSTEN FILHO

CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA

(Organizadores)

PREFÁCIO DO

MINISTRO GILMAR FERREIRA MENDES

 **MALHEIROS
EDITORES**

“CONVÊNIO É ACORDO, MAS NÃO É CONTRATO”: CONTRIBUTO DE HELY LOPES MEIRELLES PARA A EVOLUÇÃO DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

“Não é de se estranhar, portanto, que tenhamos repudiado doutrinas superadas e inovado conceitos para sintonizá-los com a evolução de nossa era e com o progresso do País, pois o Direito não pode permanecer alheio nem retardatário na apresentação de soluções que dependam de suas normas e de seus princípios” (Hely Lopes Meirelles, “Apresentação”, *Direito Administrativo Brasileiro*, 3ª ed., 1975).¹

1. Contextualização e problematização. 2. “Convênio é acordo, mas não é contrato”: origem e desdobramentos na obra de Hely Lopes Meirelles. 3. “Aggiornamento” do “convênio é acordo”: contributo para o surgimento e a evolução dos acordos administrativos no Brasil. 4. Considerações finais.

1. Contextualização e problematização

Certamente uma das mais famosas e marcantes expressões do Mestre Hely Lopes Meirelles, a qual exsurge esculpida em sua plenitude na 7ª edição de seu *Direito Administrativo Brasileiro* (São Paulo, Ed. RT, 1979, p. 373) – amplamente reiterada e homenageada, não só em obras de distintos autores nacionais, mas também na jurisprudência do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas pátrios – e alçada a autêntico dogma de nosso ramo jurídico publicista é: “convênio é acordo, mas não é contrato”.

Nesta belíssima oportunidade que me foi conferida pelos generosos organizadores desta obra, a qual legítima e reconhecidamente celebra a vida e infinita presença de um dos maiores administrativistas brasileiros, não hesitei em optar por dignificar a sua inestimável contribuição e buscar aproximá-la do surgimento e evolução dos *acordos administrativos* como instituto jurídico distinto dos contratos administrativos em nosso país.

Assim, o ponto de partida deste modesto ensaio² – o qual pretende centralizar atenção e esforços em duplo escopo – é a peculiar natureza jurídica de *acordo* – e não de *contrato* – dos *convênios administrativos*, diferenciação esta da qual o jurista foi indubitavelmente o seu precursor.³

1. V. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2016, “Ao Leitor”, p. 12.

2. O autor agradece o apoio da diligente e competente advogada Carolina Filipini, cujo primoroso trabalho investigativo foi crucial para a realização deste ensaio.

3. Foge aos escopos definidos para este trabalho interpretar e analisar a problemática e questões específicas dos convênios administrativos na legislação brasileira. Em nosso *Contrato de Gestão* (São Paulo,

A despeito de repetida e reproduzida à exaustão, muito pouco se sabe sobre as razões que levaram o grande sistematizador do direito administrativo nacional a apartar dogmaticamente os convênios dos contratos administrativos. Eis o primeiro escopo deste trabalho, buscar a exegese original do autor, quando da construção da expressão ora em análise.

O segundo escopo deste trabalho é apresentar possíveis prospecções da contribuição do Mestre para o direito administrativo brasileiro na atualidade.

Nessa toada, é possível sustentar que como decorrência direta dessa magistral construção teórica, de um lado, o convênio foi ganhando ao longo dos anos em termos de autonomia jurídico-dogmática em relação aos contratos administrativos – convênio é acordo, e não contrato, nos ensinou o Mestre – o que de certa maneira abriu espaços consideráveis para a emergência de outros tipos de acordos administrativos no sistema administrativo brasileiro (retorno a isso mais à frente).

De outro lado, pode-se sustentar também que, por via de consequência, esta mesma distinção acabou por conferir aos convênios – e por extensão ao gênero *acordo administrativo* – perdas significativas, mormente sob a perspectiva de seus efeitos jurídicos, a um só tempo mais singelos e bem menos vinculantes quando comparados aos comumente fortes e robustos efeitos dos contratos – inclusive defensáveis judicialmente⁴ – aparentemente expressando um menor *status* evolutivo enquanto categoria jurídica, do que aquele ostentado original e tradicionalmente pelos contratos administrativos.

Esta contextualização e problematização se fazem pertinentes para colocar em destaque a importância e a atualidade das lições do magistrado e juspublicista Hely Lopes Meirelles nessa seara, evidenciando assim forte motivação para que a parcela que aqui me cabe nesta justa homenagem verse sobre a relevância da sua pioneira distinção entre convênios e contratos administrativos para o direito administrativo brasileiro contemporâneo.

2. “Convênio é acordo, mas não é contrato”: origem e desdobramentos na obra de Hely Lopes Meirelles

Hely Lopes Meirelles inicia sua valorosa contribuição doutrinária para o direito administrativo brasileiro por meio dos estudos a respeito dos problemas enfrentados pelos Municípios, elaborados no decorrer de sua atividade na Magistratura Paulista, e dos cursos sobre de Direito e Administração Municipal ministrados na Associação Paulista dos Municípios.

Ed. RT, 2008, p. 266) fizemos uma contribuição nesse sentido. Entretanto, vale ressaltar que o ordenamento jurídico vigente confere aos convênios uma tarefa precípua de formalizar cooperações interfederativas (CF, art. 241) ou interadministrativas, restando um espaço menor, embora importantíssimo, para formalizar colaborações e parcerias entre o Poder Público e entidades filantrópicas e entidades privadas desprovidas de finalidades lucrativas na área da saúde (CF, art. 199, § 1º), nos termos fixados sobretudo pela Lei federal 13.019/2014 e Decretos 6.170/2007 e 8.726/2016.

4. O Judiciário por vezes reconhece que convênios podem gerar obrigações e efeitos vinculantes para os partícipes, como ocorreu no Processo n. 053.03.008069-2, Ação de Cobrança promovida na 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de São Paulo pelo Metrô de São Paulo em face do Metrô do Distrito Federal. Tratava-se de um convênio de cooperação técnica e apoio recíproco, com vigência de 60 meses, cujo valor era de R\$ 6.500.000,00, em que o Metrô-SP pleiteava descumprimento de cláusulas convencionais por parte do Metrô-DF. O MM. Juiz julgou procedente em parte o pedido, e condenou o Metrô-DF a pagar ao Metrô-SP a quantia pleiteada.

Tais experiências judicantes e didáticas o levaram a escrever em 1957 o pioneiro e magnífico *Direito Municipal Brasileiro*, publicado originalmente em dois volumes pela Editora Revista dos Tribunais. Sua segunda obra de escol, *Direito de Construir*, surge em 1961, e decorre principalmente das matérias jurídicas por ele ministradas na Escola de Engenharia de São Carlos, no Estado de São Paulo, que o levaram a verificar a defasagem na construção civil voltada ao desenvolvimento urbano.

Foi sobretudo dessas obras que o Mestre extraiu suas principais construções teóricas e linhas argumentativas, sempre combinadas de grande cientificidade e forte pragmatismo, culminando no seu hercúleo esforço interpretativo e de sistematização dogmática, ainda a mais importante obra didática brasileira sobre este ramo jurídico publicístico: *Direito Administrativo Brasileiro*, cuja primeira edição foi publicada em 1964 e a 16ª edição, a última em vida, foi publicada em 1991, todas pela Editora Revista dos Tribunais [V. *Direito Administrativo Brasileiro*, 42ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2016].

Obviamente seguiu-se uma atividade profícuca e de extrema qualidade como doutrinador, consagrada pela comunidade jurídica em toda a sua extensão, com inúmeros outros sucessos editoriais, cujo conjunto da obra representa o maior legado de um jurista para o direito administrativo brasileiro.⁵

No que tange especificamente ao *convênio administrativo*,⁶ o Mestre debruçou-se sobre o tema atrelado ao *consórcio administrativo*, em subitem do Capítulo VI, sobre “Formas e Meios de Execução dos Serviços Municipais”, em seu *Direito Municipal Brasileiro*, com a seguinte definição:

convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de espécies diferentes (Estado e Município, União e Município, etc.), para a realização de obras, serviços ou atividades da competência de uma das partes, mas de interesse recíproco (Meirelles, 1964:253).

5. Para melhor conhecer a trajetória profissional e doutrinária do portentoso Mestre, conferir especialmente Arnoldo Wald, “Prefácio”, in Arnoldo Wald (coord.), *O Direito na Década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles*, São Paulo, Ed. RT, 1985, e Eurico de Andrade Azevedo, “Retrato de Hely Lopes Meirelles”, *RDA* 204/121-134, Rio de Janeiro, abr.-jun. 1996 [também incluído neste volume].

6. Sobre convênios administrativos, cf. especialmente Marçal Justen Filho, “Contratos entre órgãos e entidades públicas”, *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, n. 10, pp. 688-699, Curitiba, jul.-set. 1996. Trabalhos monográficos com abordagens mais contemporâneas, cf. Ubiratan Aguiar et al., *Convênios e Tomadas de Contas Especiais: manual prático*, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2005; Sidney Bittencourt, *Manual de Convênios Administrativos: comentando toda a legislação que trata da matéria*, com destaque para a IN STN n. 1/97, Rio de Janeiro, Temas e Ideias, 2005; Remilson Soares Candeia, “Convênios celebrados com a União e suas prestações de contas”, São Paulo, NDJ, 2005; Carolina Caiado Lima, *O Convênio Administrativo Colaborativo para Transferência de Recursos Públicos a Entidades Privadas sem Fins Lucrativos como Instrumento dos Mecanismos Diretos de Fomento Público*, Dissertação, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010; Thiago Marrara, “Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 100, pp. 551-571, jan.-dez. 2005; Luiz Fernando Roberto, *Um novo Enfoque Teórico para os Convênios com Entidades Privadas*, Dissertação, São Paulo, PUC/SP, 2013; Natasha Schmitt Caccia Salinas, “Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do Terceiro Setor”, Dissertação, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2008; Domingos Roberto Todero, *Dos Convênios da Administração Pública*, Dissertação, Porto Alegre, PUC/RS, 2006.

À época, o conceito foi construído com fundamento na ampliação das funções estatais e o alto custo das obras públicas, temas que clamavam, na visão do autor, por novos instrumentos e modelos de atuação governamental local ou intermunicipal, voltados à conjugação de recursos técnicos e financeiros das várias entidades interessadas na realização de suas atribuições, de modo a torná-las eficientes e econômicas (Meirelles, 1964:253).

Embora na definição de convênio administrativo o Mestre tenha se limitado ao acordo entre “entidades públicas de espécies diferentes”, sua linha argumentativa faz referência à conjugação de recursos também pelas entidades paraestatais (pessoas jurídicas de direito privado). Além disso, asseverou que convênios e consórcios administrativos dependiam de autorização legislativa da Câmara de Vereadores, pois confeririam obrigações excedentes da Administração ordinária do Município e gerariam novos encargos aos signatários. Ainda, consignou que a execução e controle competiriam ao Chefe do Executivo municipal a quem caberia firmá-los, sendo possível a instituição de uma comissão, levantando as dificuldades enfrentadas à época frente à instabilidade da direção e administração dos convênios, apoiando-se em posicionamento de Vitor Nunes Leal, jurista que sugeria, em *Alguns Problemas Municipais em face da Constituição* (1960), uma “reforma constitucional com a inclusão das novas formas administrativas” (Meirelles, 1964:254-256).

Em 1964, na primeira edição do brilhante *Direito Administrativo Brasileiro*, os convênios foram reproduzidos no Capítulo VI – “Serviços Públicos”:

convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de espécies diferentes (Estado e Município, União e Município etc.), para a realização de obras, serviços ou atividades da competência das partes contratantes (Meirelles, 1964:343).

Em comparação com o conceito dado no *Direito Municipal Brasileiro*, verifica-se que Hely Lopes Meirelles conferiu aos convênios a mesma definição, porém dela retirou o elemento referente aos interesses recíprocos. No mais, as ponderações para a justificativa, autorização legislativa, administração e execução dos convênios foram reproduzidas tal como constavam originalmente.

Em 1966, na 2ª ed. do *Direito Administrativo Brasileiro*, o Mestre aprimora o conceito sobre os convênios, com a inclusão dos interesses recíprocos e com a inclusão dos particulares como parte do instrumento:

convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de espécies diferentes ou entre estas e o particular, para a realização de obras, serviços ou atividades de competência de uma das partes, mas de interesse recíproco (Meirelles, 1966:335).

Na 7ª ed. do *Direito Administrativo Brasileiro*, de 1979, Hely Lopes Meirelles passa a qualificar o convênio como “novo meio de prestação de serviços afeto ao Estado”,⁷

7. Cabe destacar que em sua dimensão legal, a Reforma Administrativa de 1967 contemplou os convênios como formas de operacionalizar a descentralização administrativa no art. 10, §§ 1º, (“b”) e 5º, e mais tarde o Decreto 93.872/1986 estabeleceu algumas regras sobre o instrumento – hoje revogadas pelo Decreto 6.170/2007 – disciplinando as transferências de recursos entre os entes federados. Entende-se que a afirmação de Natasha Schmitt Caccia Salinas aplica-se aos convênios administrativos, no sentido de que “boa parte dos arranjos institucionais introduzidos pela reforma administrativa hoje são considerados indispensáveis para a organização e funcionamento da Administração Pública” (“Reforma administrativa

afastando-o em termos de natureza jurídica dos contratos administrativos, e identificando os elementos que comporiam o seu regime de cooperação associativa (partícipe pode denunciá-lo a qualquer momento; ausência de cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora) (Meirelles, 1979:374).

Ainda nesta obra, o juspublicista homenageado afirma que o convênio é instrumento destinado “aos serviços de interesse recíproco de entidades públicas e organizações particulares realizados em mútua cooperação” (Meirelles, 1979:373) e o conceitua nos seguintes termos:

convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes. *Convênio é acordo, mas não é contrato* (g.n.). No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários); uma, que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio, a posição jurídica dos signatários é uma só e idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo as suas possibilidades para a consecução do objetivo comum, desejado por todos (Meirelles, 1979:374).

Prosseguindo nesta obra, faz alusão à previsão sobre convênios no art. 13, § 3º da Constituição de 1967, vigente à época, e no art. 10, § 3º, “b”, do Decreto-lei 200/1967, com crítica à redação de tais dispositivos que dariam a entender que os convênios seriam permitidos apenas entre as entidades estatais, mas, segundo o doutrinador, a possibilidade dos convênios seria

ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes (Meirelles, 1979:375).

Quanto à organização e execução dos convênios, defendeu a dependência de autorização legislativa e da existência de recursos financeiros para atendimento da cooperação, mas ressaltou que não haveria forma própria prevista no ordenamento pátrio. Além disso, ao salientar sobre a ausência de controle adequado dos convênios, recomendou a criação de uma entidade civil ou comercial, com finalidade específica de dar execução aos termos do convênio, de modo a dar execução ao pacto de cooperação por meio de uma pessoa jurídica (Meirelles, 1979:375).

Em 1987, na 13ª ed. do *Direito Administrativo Brasileiro*, os ensinamentos sobre os convênios administrativos permaneceram os mesmos, tal como descrito na obra de 1979. É incluída citação em nota de rodapé sobre os convênios os seguintes artigos: Fernando Santana, in *RPGE* 4/83; Aran Hatchikian Neto, in *RDP* 49-50/198; Ada Pellegrini Grinover, in

de 1967: a reconciliação do legal com o real”, in Natasha Schmitt Caccia Salinas, Carlos Guilherme Mota (coords.), *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: 1930-Dias atuais*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 482.). Seguiu-se (i) o art. 116 da Lei federal 8.666/1993, determinando aplicar suas disposições aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, “no que couber” e (ii) a Instrução Normativa STN n. 01/97, a qual veicula regras para disciplinar convênios que implicam transferências financeiras, e que passou a ser (erroneamente) difundida como “a Lei dos convênios”. O regime jurídico-normativo geral dos convênios na esfera federal é hoje determinado pelo Decreto 6.170/2007 e regras do Decreto 8.726/2016.

RDP 6/19; Fábio Fanuchi, in *RDA* 120/507. Quanto à autorização legislativa, o doutrinador atualiza a obra com a citação de decisões do Supremo Tribunal Federal que sustentavam a inconstitucionalidade da norma que exige a autorização legislativa. Mas, no entendimento de Hely Lopes Meirelles, a autorização legislativa seria mesmo necessária, em razão dos convênios constituírem atos gravosos que extravasam os poderes normais do administrador (Meirelles, 1987:336).

Em 1989, na 14ª ed. do *Direito Administrativo Brasileiro*, os ensinamentos sobre os convênios administrativos permaneceram os mesmos, tal como descrito na obra de 1979, com as atualizações constantes no livro de 1987. Entretanto, nesta edição de 1989, atualiza seus ensinamentos sobre os convênios com a Constituição de 1988 ao afirmar que

a Constituição de 1988 não se refere nominadamente a convênios, mas não impede a sua formação, como instrumento de cooperação associativa (Meirelles, 1989).

Ademais disso, o mestre faz alusão em nota de rodapé a célebre parecer de sua autoria sobre convênios administrativos, constante na obra *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. IX, 1986, p. 101: “Contrato Administrativo – Anulação pelo Tribunal de Contas”, original de 3.12.1984. Este parecer é fruto de consulta formulada por Constecca – Construções, Empreendimentos e Participações Ltda., empresa que celebrara contrato para construção e equipamento de 11 estabelecimentos da rede municipal de saúde do Município de Resende/RJ, no prazo de 18 meses. Porém, o pagamento foi suspenso pela municipalidade por depender de recursos financeiros oriundos de um convênio firmado entre o Município e a Xerox do Brasil S.A., empresa que por sua vez anteciparia o recolhimento do ISS mediante parcelas mensais que seriam destinadas aos recursos para execução da obra da consulente. Tanto o contrato quanto o convênio mencionados foram anulados pela Administração municipal, uma vez que julgados ilegais pelo Tribunal de Contas.

Diante da problemática instaurada, a consulente solicitou parecer ao Mestre sobre algumas questões, por exemplo: (1) existe impedimento jurídico à celebração de convênio entre uma pessoa jurídica de direito público e outra, de direito privado? e (2) o convênio a que se refere a consulta, entre a Prefeitura de Resende e a Xerox do Brasil S.A., tem alguma semelhança com contrato de mútuo? Quanto ao impedimento jurídico à celebração de convênio com particular, Hely Lopes Meirelles sustentou que inexistiria tal impedimento, por não ser vedado ao particular cooperar associativamente com o Poder Público para a consecução de um objetivo comum. Afirmou que o entendimento errôneo do impedimento decorreria da má redação do dispositivo atinente no Decreto-lei 200/1967 e citou jurisprudência do STF (Representação de inconstitucionalidade 1.024-GO) que reconheceu a celebração de convênios com particulares.

No que toca ao quesito sobre semelhança com o contrato de mútuo, o Mestre argumentou que não haveria semelhanças entre os institutos, apoiando-se em sua própria doutrina que diferencia o convênio administrativo do contrato administrativo. Demonstrou ainda o motivo do convênio entre o Município de Resende e a Xerox do Brasil S.A. ser convênio ao expor:

tudo isto leva-nos a concluir que o negócio jurídico em exame é convênio e não contrato, pois inexistente prestação e contraprestação, e, o que é mais importante, os interesses dos partícipes – Prefeitura de Resende e Xerox do Brasil – não são diversos e opostos, mas conjugados a um único objetivo comum: a construção dos onze estabelecimentos enumerados na sua cláusula

1ª, dentro do prazo preestabelecido. Com efeito, não fosse o interesse da Xerox na efetivação do empreendimento público, para cuja realização está contribuindo, não haveria justificativa para antecipar o recolhimento do seu ISS, sem auferir vantagem alguma, já que os benefícios da Lei 1.272/81 – redução de 50% do ISS, com possibilidade de prorrogação do prazo de fruição inicial – independem da colaboração do beneficiário na execução dos equipamentos públicos nela previstos (cf. arts. 1º a 4º) (Meirelles, 1986:101).

Em 1991, na 16ª ed. de seu *Direito Administrativo Brasileiro* – a última edição sob os cuidados diretos do mestre, antes de seu falecimento – os ensinamentos sobre os convênios administrativos permaneceram os mesmos, sem atualização, tal como disposto na obra de 1989, embora o autor reitere uma de suas preocupações:

nossas Administrações (...) têm confundido, em muitos casos, o convênio com o contrato administrativo, realizando este em lugar e com a denominação daquele, o que dificulta a sua interpretação e execução (Meirelles, 1991:351).

Assim, as diferenças entre convênio e contrato administrativo restaram sedimentadas na obra do autor, a partir dos critérios apontados no quadro abaixo:

	CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS	CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
Natureza Jurídica	Acordo	Contrato
Partes	Não há partes, mas unicamente <i>participes</i> com as mesmas pretensões.	Há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários); uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.); outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem).
Interesse das partes	Os <i>participes</i> têm interesses comuns e coincidentes.	As partes têm interesses diversos e opostos.
Posição jurídica das partes	No convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver, apenas, diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.	A posição jurídica das partes é isonômica, porém cada qual assume direitos e obrigações em relação à outra, com a presença de cláusulas exorbitantes que conferem à Administração Pública poderes de supremacia contratual não extensíveis ao contrato privado.
Vinculação Contratual	Ausência de vinculação contratual; instabilidade institucional, aliada à precariedade de sua administração.	Existência de vinculação contratual, dotada de estabilidade.
Desistência	Qualquer <i>participes</i> pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo (igualdade jurídica dos signatários).	Nos contratos, a legislação prevê hipóteses de rescisão contratual unilateral, amigável e judicial.
Cláusula Obrigatória	Não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciamentos.	O contrato vincula as partes e é possível à Administração impor sanções aos contratados.

Após a digressão doutrinária para fixar a trajetória da expressão “convênio é acordo” na obra do Mestre, buscaremos apresentar uma atualização do pensamento do autor para os dias de hoje, evidenciando a influência e a forte presença de Hely Lopes Meirelles no surgimento e evolução dos acordos administrativos no Brasil.

3. “Atualização” do “convênio é acordo”: contributo para o surgimento e a evolução dos acordos administrativos no Brasil

O consensualismo na Administração Pública e o novo contratualismo administrativo são dois movimentos presentes em diversos países ocidentais que retratam um novo eixo da dogmática do direito administrativo, o qual sinaliza novas rotas evolutivas do modo de administrar no Estado do século XXI.

Tradicionalmente orientado pela lógica da autoridade, imposição e unilateralidade, o direito administrativo contemporâneo passa a ser permeado e combinado com a lógica do consenso, da negociação e da multilateralidade. O modelo burocrático – baseado na hierarquia e racionalização legal das competências – passa a coexistir com outros modelos que prestigiam de modo mais acentuado a eficiência e resultados (gerencialismo) e também a democraticidade e legitimidade das relações jurídico-administrativas (nova governança pública e Administração Pública paritária).

Nesse cenário, imprescindível é enfrentar e desenvolver o instituto do acordo administrativo, como uma nova categoria jurídica do direito administrativo brasileiro, a ele conferindo tratamento normativo e dogmático adequados.

Em outra oportunidade, registramos que

o acordo administrativo visa disciplinar (i) relações entre órgãos e entidades administrativas e (ii) relações entre a Administração Pública e os particulares, empresas e organizações da sociedade civil, cujo objeto é o desenvolvimento programado de uma atividade administrativa sob um regime de cooperação ou de colaboração entre os envolvidos (bilateralidade ou multilateralidade), a partir de bases previamente negociadas, podendo o ordenamento jurídico conferir efeitos vinculantes aos compromissos eventualmente firmados (Oliveira, 2008:252).

Geralmente apresentados como novidade, no Brasil os acordos administrativos como instrumentos de ação pública disciplinados por lei remontam ao menos ao Decreto-lei 200/1967, na figura emblemática dos convênios, inicialmente previstos para selar entendimentos mantidos entre entes federativos e órgãos públicos entre si. De lá para cá, não somente os convênios tiveram ampliados seus usos – inclusive passando a disciplinar relações entre órgãos públicos e entes privados – como foram surgindo diversos outros tipos de acordos administrativos, nominados e inominados, geradores de direitos, deveres e obrigações entre órgãos e entes públicos entre si, ou entre estes e os particulares.

Sem a pretensão de elencar um rol exaustivo, eis previsões normativas sobre acordos administrativos na legislação brasileira:

a) Acordos expropriatórios previstos no Decreto-lei 3.365/1941;

b) Termos de ajustamento de condutas, nas Leis federais 6.385/1976, 7.347/1985 e 9.656/1998;⁸

8. Cf. Mariana Carnaes, *Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

- c) Acordos no âmbito do CADE, segundo a Lei federal 12.529/2011;
- d) Acordos de leniência, da Lei federal 12.846/2013;
- e) Acordos no âmbito da mediação e autocomposição administrativa da Lei federal 13.140/2015;
- f) Acordos administrativos com o Terceiro Setor, das Leis federais 9.637/1998, 9.799/1999 e 13.019/2014;
- g) Protocolos de intenção da Lei federal 11.107/2005;
- h) Acordos administrativos endoprocessuais e endocontratuais das Leis federais 8.666/1993, 8.987/1995, 11.079/2004;
- i) Acordos administrativos com empresas no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos da Lei federal 12.305/2010;
- j) Acordos ambientais interfederativos da Lei Complementar n. 140/2011.

Assim, em que pese profícua e variada previsão legislativa já a partir de 1940 até os dias de hoje, ainda pairam inúmeras dúvidas sobre os acordos administrativos, tais como: o conteúdo dos acordos é realmente negociável, ou trata-se de um “acordo por adesão”?; seus efeitos são vinculantes?; há um procedimento administrativo padrão a ser precedido pelos acordos?; os acordos criam relações jurídico-administrativas, com direitos, deveres e obrigações recíprocos?; como devem ser conduzidas as negociações prévias ao acordo administrativo? Que normas jurídicas disciplinam os diálogos público-privados mantidos entre os agentes públicos, os agentes econômicos e as organizações da sociedade civil?; o direito privado regulamenta os acordos administrativos?; são eles passíveis de revogação unilateral pela Administração?; são os acordos exclusivamente substitutivos dos atos administrativos, ou teriam funções alternativas e integrativas?; há um “espaço” dos acordos, ou persistem sendo uma opção discricionária da Administração para atos e contratos administrativos?; os acordos podem ter conteúdo sancionatório?; qual o papel e limites do Poder Judiciário na revisão jurisdicional dos acordos?

Não por outra razão, entendemos que o atual momento é pertinente para uma reflexão mais aprofundada sobre o tema, uma vez que a doutrina brasileira começa a perceber que os acordos administrativos não somente são uma realidade, mas produzem efeitos jurídicos e muitas vezes, a depender de seu substrato normativo de referência, acabam por vincular as partes de maneira mais extensa e definitiva.

Por isso, apoiado (i) na revisão bibliográfica da literatura estrangeira e brasileira sobre consensualismo, novo contratualismo, Administração Pública paritária e acordos administrativos; (ii) legislação e regulamentação normativa estrangeira e sobretudo brasileira produzida a partir da década de 1940 até os dias de hoje, bem como (iii) análise de conteúdo da jurisprudência judicial e do Tribunal de Contas da União, decidi propor para o ano letivo de 2017 a disciplina *Acordos Administrativos* no Mestrado e Doutorado Faculdade de Direito da USP.

Esta disciplina pretende contribuir para uma investigação e debate verticalizados sobre os acordos administrativos, com a finalidade de melhor compreender o instituto enquanto categoria jurídica do direito administrativo brasileiro – seus contornos, funções, limites e extensão – propondo inclusive ajustes ou inovações legislativas para melhor proteção jurídica das posições e esferas jurídicas dos envolvidos, bem como aperfeiçoamento do ordenamento jurídico para conferir melhor segurança jurídica ao instituto e a todos os envolvidos.

Em síntese, ao realizarmos este *aggiornamento* da locução clássica de Hely Lopes Meirelles – “*convênio* é acordo, mas não é contrato”, percebemos que a expressão detém novos e atuais significados, podendo ser compreendida como um dos marcos doutrinários para o surgimento e a evolução dos acordos administrativos no Brasil, como categoria jurídica distinta dos contratos administrativos. Afinal, como bem destaca Odete Medauar,

ante as transformações da sociedade e do Estado, torna-se necessário realizar uma espécie de controle de validade das concepções tradicionais, o que, na verdade, corresponde à própria ideia de ciência (Medauar, 2017:385).

4. Considerações finais

Partindo-se do caráter dinâmico e evolutivo das teorias e dos institutos jurídicos, apesar de uma trajetória ainda não muito estudada (porque eclipsada pela proeminência dos contratos administrativos), os acordos administrativos – sendo o convênio uma das suas mais conhecidas espécies – vão aos poucos encontrando seu lugar na dogmática brasileira, assim como já encontraram em outros países, a exemplo da Itália.⁹

Venho defendendo esta linha argumentativa com certa insistência desde 2005, em tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da USP e que originou o livro *Contrato de Gestão* (Ed. RT, 2008), sendo possível sustentar que atualmente desponta uma teoria dos acordos administrativos, distinta da teoria dos contratos administrativos.¹⁰ E isso certamente guarda identidade com um dos legados do Mestre Hely Lopes Meirelles, pois “*convênio é acordo, mas não é contrato*”.

Com efeito, eis um tema em que a doutrina de Hely Lopes Meirelles representa uma contribuição pioneira para a evolução e desenvolvimento do direito administrativo brasileiro.

9. Na Itália, os acordos administrativos são disciplinados por extensa legislação, com destaque para as Leis 142/90 e 241/90, sendo que a doutrina mais contemporânea já os incorporou, inclusive em obras didáticas, ao inseri-los na temática da Administração consensual, a exemplo de Giulio Napolitano, *La Logica del Diritto Amministrativo* (II Mulino, 2014). Para aprofundamento, cf. nosso *Contrato de Gestão* (São Paulo, Ed. RT, 2008, pp. 117-132).

10. Conforme noticiei acima, propus na Pós-graduação da Faculdade de Direito da USP – mestrado e doutorado – a disciplina “Acordos Administrativos”, a qual leciono pela primeira vez no 2º semestre de 2017 com a seguinte ementa: “Burocracia, gerencialismo e nova governança pública: novas formas de administrar no Estado do séc. XXI. Consensualismo e novo contratualismo administrativo. Administração paritária, democracia e a linguagem do contrato. Atos administrativos, contratos administrativos e acordos administrativos: coexistência e autonomização. Teoria dos contratos administrativos e teoria dos acordos administrativos. Acordos administrativos, processo administrativo e o conflito na Administração. Acordos administrativos e relação jurídico-administrativa: informalismo e formalismo; adesão e negociação; efeitos vinculantes e não vinculantes. Regime Jurídico dos acordos administrativos: regime geral e regimes especiais; o direito privado e os acordos administrativos. Multifuncionalidade dos acordos administrativos. Tipologia dos acordos administrativos. Acordos organizatórios, acordos colaborativos e acordos sancionatórios. Acordos administrativos substitutivos, integrativos e alternativos. A Lei e os acordos administrativos: inter-relação, intercorrências e funcionalização; programação originária e derivada. Os acordos administrativos no Direito estrangeiro e no Direito brasileiro. Procedimentalização dos acordos administrativos. Diálogos públicos-privados e acordos administrativos. Espécies de acordos administrativos. Autotutela administrativa e poder revisional dos acordos administrativos. Acordos administrativos, confiança legítima e segurança jurídica. Os acordos administrativos, o Poder Judiciário e o TCU. Prospecções normativas e dogmáticas dos acordos administrativos no Brasil”.

Da revisão literária ora apresentada, deflui-se que Hely Lopes Meirelles foi o primeiro jurista brasileiro a perceber o valor e a importância dos convênios para o direito administrativo no País, não somente como instrumentos da ação administrativa em geral, mas como espécies de um instituto jurídico de natureza jurídica distinta dos contratos administrativos, com isso antevendo linhas de transformação da atividade negocial da Administração Pública brasileira para além do instituto do contrato.

Não há dúvidas de que esta diferenciação original e autoral do Mestre pode ser qualificada como termo de referência doutrinária determinante da gênese evolutiva dos acordos administrativos no Brasil, seja sob o aspecto teórico-dogmático, seja sob os aspectos prático e pragmático que a distinção ensejou.

Embora a expressão “*convênio é acordo, mas não é contrato*” tenha exegese e significados típicos de uma era, a distinção continua a ter um valor inestimável, não somente por ecoar e reverberar em praticamente todas as obras didáticas e monográficas nacionais sobre o tema, mas sobretudo quando percebemos ter sido o Mestre o primeiro a identificar no direito administrativo pátrio esta diferença entre acordos e contratos administrativos.

Finalizando esta singela contribuição, expressamos que por estas e diversas outras razões comungamos da opinião de Arnaldo Wald, insculpida no Prefácio do livro *O Direito na Década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles* (Ed. RT, 1985):

Sem cometer injustiça, é possível afirmar que o Direito Administrativo do nosso País no século XX se divide em dois períodos: o anterior e o posterior à obra de Hely Lopes Meirelles.

A obra de Hely Lopes Meirelles nos ensinou, nos ensina, e continuará a nos ensinar demasiadamente, pois o Mestre deixou marcas indelévels na dogmática nacional. Sua presença é sentida ainda hoje e assim prosseguirá, certamente, por muitas e muitas gerações, inspirando todos aqueles que pretendem participar ativamente da evolução do direito administrativo brasileiro.

Referências bibliográficas

- AZEVEDO, Eurico de Andrade. “Retrato de Hely Lopes Meirelles”, *RDA* 204/121-134. Rio de Janeiro, abr.-jun. 1996.
- JUSTEN FILHO, Marçal. “Contratos entre órgãos e entidades públicas”, *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, n. 10. Ano 3, Curitiba, jul.-set. 1996, pp. 688-699.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Ed. RT, 1964. 570p.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1966.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1979.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1981.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1987.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1989.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1991. [V. 42ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2016.]
- _____. *Direito Municipal Brasileiro*. 2ª ed. Vol. 1. São Paulo, Ed. RT, 1964. [V. 18ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2017.]
- _____. *Estudos e Pareceres de Direito Público IX: assuntos administrativos em geral*. São Paulo, Ed. RT, 1986.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de Gestão*. São Paulo, Ed. RT, 2008.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. “Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal com o real”, in SALINAS, Natasha Schmitt Caccia, MOTA, Carlos Guilherme (coords.). *Os Juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro: 1930-Dias atuais*. São Paulo, Saraiva, 2010.

WALD, Arnaldo (coord.) *O Direito na Década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles*. São Paulo, Ed. RT, 1985.