

Convênios e Consórcios Administrativos

Odete Medauar

*Procuradora Municipal Aposentada.
Professora Titular de Direito Administrativo
e Vice-Diretora da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo*

1. Introdução

O tema dos convênios e consórcios vem estudado, no direito administrativo, sob ângulos diversos. É inserido em capítulos dedicados ao serviço público, visualizado aí como um dos meios de realização de serviços de interesse comum de órgãos e entes públicos ou de entes públicos e entes privados, propiciando a soma de recursos financeiros, materiais e humanos para atingir esse objetivo.

Também se examinam os convênios e consórcios sob o aspecto de "descentralização", como um dos modos de efetua-la, sobretudo se houver,

no país, entes dotados de autonomia e entes administrativos dotados de competência própria.

Vêm, ainda, examinados em capítulos ou livros dedicados aos contratos administrativos, em geral para contrapor-los à categoria contratual.

No estudo de tais figuras cabe ressaltar, de início, seu conceito.

2. Noção

Tornaram-se clássicos os conceitos inspirados em Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., 1994, p. 354 e 356).

Convênios administrativos são acordos celebrados para a realização de objetivos de interesse comum: a) entre entidades e órgãos públicos de espécies diferentes; b) entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas.

Como exemplo do primeiro tipo estão os convênios União-Estado, União-Município, Estado-Município. Fogem à característica "espécies diferentes" os convênios entre Universidades públicas brasileiras, pois estas se apresentam como entidades da mesma espécie, quando ambas são autarquias ou quando ambas são fundações.

Por sua vez, os consórcios administrativos são acordos celebrados entre entidades estatais da mesma espécie ou do mesmo nível, destinados à realização de objetivos de interesse comum.

Os consórcios mais difundidos são aqueles formados por Municípios localizados na mesma região. Ficou muito conhecido no Estado de São Paulo o CODIVAP, Consórcio de Municípios do Vale do Paraíba. Ainda no Estado de São Paulo outros se formaram: CODIVAR, consórcio de desenvolvimento intermunicipal do Vale do Ribeira; CONDAS, consórcio de desenvolvimento de área de saúde, na região de Mogi das Cruzes; consórcio intermunicipal da Alta Araraquarense; consórcio intermunicipal de saúde de Penápolis.

3. Legislação

Talvez em virtude da pouca abrangência dos consórcios quanto aos seus componentes (Município-Município, é o mais comum; Estado-Estado; autarquia-autarquia do mesmo nível, parece estranho, salvo pertencentes a municípios próximos) há poucas referências explícitas na legislação.

A Constituição Federal de 1988 não os menciona. O art. 201 da Constituição do Estado de São Paulo (5 de outubro de 1989) refere-se aos consórcios, nos seguintes termos: "O Estado apoiará a formação de consórcios entre os Municípios, objetivando a solução de problemas comuns relativos à proteção ambiental, em particular à preservação dos recursos hídricos e ao uso equilibrado dos recursos naturais". Evidente que tal preceito não esgota o rol de matérias que podem ser objeto de consórcio entre Municípios.

De modo implícito se deduz a inclusão dos consórcios em expressões do seguinte teor: convênios, ajustes e "outros instrumentos congêneres", como vem indicado no art. 116 da Lei 8.666/93; ou na locução "acordos ou ajustes".

Diferente é o tratamento legislativo dado aos convênios. É mais amplo, acompanhando a maior abrangência do seu âmbito. Inclusive há possibilidade de convênios serem firmados com consórcios, como é o caso de convênios entre órgãos estaduais e consórcios de municípios.

Quanto ao Texto Constitucional, haveria, segundo alguns autores, uma referência implícita aos convênios no parágrafo único do art. 23, que reza o seguinte: "Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional". A Constituição de 1988 não repetiu o preceito que existia no § 3º do art. 13 da Emenda 1/69, com o seguinte teor: "A União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais e municipais". O texto atual remete a uma lei complementar a disciplina da referida cooperação, embora, como se verá, a possibilidade de muitos convênios encontre respaldo em leis e na própria Constituição de 1988.

Ao comentar o referido parágrafo único do art. 23, o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho bem observa que "o ideal de colaboração entre os entes federativos é da índole do federalismo cooperativo que o direito constitucional brasileiro consagra desde 1934. A previsão aqui feita de lei complementar para fixar normas para essa colaboração pouquíssimo contribuirá para a realização desse ideal, já que esta, efetivamente, é comandada ou limitada pelas regras de repartição de competência". (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, 1990). Melhor se apresentava a fórmula da emenda 1/69, com a previsão genérica da possibilidade de convênios, ficando na atribuição de cada ente a iniciativa de disciplinar a matéria em seu âmbito, de acordo com suas características e necessidades.

Referência explícita a convênio do poder público com particulares encontra-se no § 1º do art. 199 da Constituição de 1988, em matéria de saúde: "As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos".

A menção a convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres aparece no inciso VI do art. 71 da Constituição de 1988, dispositivo esse referente à competência do Tribunal de Contas para fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante tais instrumentos, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Daí se infere, claramente, a base constitucional para que a União firme convênios, acordos, ajustes, com Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Decreto-Lei 200/67, por sua vez, aventa, em alguns dispositivos, a possibilidade de que a União celebre convênios.

No art. 10, § 1º, alínea "b" o convênio vem mencionado como um dos modos da prática da descentralização, no plano da Administração federal para as unidades federadas.

No § 5º do art. 10, se prevê que a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênios, aos órgãos estaduais e municipais incumbidos de serviços correspondentes.

O § 2º do art. 156 dispõe que na prestação de assistência médica dar-se-á preferência à celebração de convênios com entidades públicas e privadas, existentes na comunidade.

Por sua vez, o art. 160 determina que a Superintendência de Abastecimento Nacional ultime a assinatura de convênios com os Estados e Prefeitura do Distrito Federal, para o fim de transferir-lhes os encargos de fiscalização atribuídos a essa Superintendência.

Também é aventada a hipótese de celebração de convênio na exploração de troncos interurbanos, a cargo da Empresa Brasileira de Telecomunicações, nos termos do art. 166 do mesmo Decreto-Lei 200/67.

No âmbito federal, o Decreto nº 93.872, de 23.12.1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, contém preceitos sobre convênios, acordos ou ajustes de que participam a União, órgãos ou entidades federais (arts. 48 a 57).

Convênios em matéria tributária são mencionados no Código Tributário Nacional, art. 83 e no art. 100, inciso IV (entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que disciplina licitações e contratos, traz preceitos sobre convênios, acordos, ajustes e outros congêneres, no art. 116 e seus parágrafos.

4. Natureza

4.1. A doutrina publicista pátria que se dedica ao estudo do convênio busca fixar a natureza de tal figura, sobretudo diferenciando-a do contrato. A natureza daí extraída se aplicaria ao consórcio.

Assim, no entender de Hely Lopes Meirelles convênio é acordo, mas não é contrato (*Direito Administrativo brasileiro*, 15ª ed. 1990, p. 350). Diógenes Gasparini, em linha semelhante, afirma ser "ajuste administrativo; não se trata de contrato, nem mesmo administrativo" (*Direito Administrativo*, 2ª ed., 1992, p.294). Maria Garcia, por seu lado, qualifica os convênios como "acordos de cooperação e de colaboração" (*Dos convênios*, In: Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos, 1995, p. 231).

4.2. Grande parte da doutrina publicista diferencia convênios e contratos do seguinte modo:

a) no contrato há interesses opostos ou divergentes; no convênio há interesses paralelos ou convergentes;

b) o contrato realiza composição de interesses opostos; o convênio realiza conjugação de interesses;

c) no contrato há partes: uma que pretende o objeto (ex. a obra, o serviço); outra que visa ao preço; no convênio não há partes, mas partícipes com as mesmas pretensões.

O citado Decreto federal nº 93.872/86, no art. 48, acolhe tal diferença, nos seguintes termos:

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.

Parágrafo único – Quando os participantes têm interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste e de outro a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato.

4.3. Outros elementos são apontados como características dos convênios e consórcios: a) igualdade jurídica de todos os signatários; b) ausência de vinculação contratual, podendo qualquer partícipe denunciá-lo livremente, mantidas as vantagens e responsabilidades existentes até esse momento; c) há possibilidade de adesão de outros partícipes e de saída; d) não há obrigações recíprocas, pois os interesses são coincidentes; e) inexistem sanções pela inadimplência. Tais elementos também afastariam as figuras do convênio e consórcio da figura do contrato.

4.4. Por seu lado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Curso de Direito Administrativo, 10ª ed., 1994, p. 129-132) busca situar os convênios e consórcios partindo da noção geral de atos jurídicos bilaterais, que abrangeriam os atos contratuais e os atos complexos; aplicando tais noções ao Direito Administrativo haveria os atos administrativos bilaterais, divididos em

contratos administrativos e atos administrativos complexos. Para esse autor, assim, o ato administrativo complexo não teria o mesmo sentido que habitualmente a doutrina publicista lhe confere (denomina-o ato conjunto); na sua concepção, o ato administrativo complexo "se constitui pela manifestação de vontade de mais de uma entidade, cada uma delas com sua personalidade jurídica, que visam a efeitos reciprocamente cumulativos, de forma que a complexidade se refere à relação jurídica resultante: objetivamente complexa". Observa, ainda, o referido autor: "no contrato as vontades se compõem, não se adicionam. No ato complexo as vontades se somam, atuando paralelamente". Os convênios e consórcios são os principais tipos de atos administrativos complexos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta, ainda, que "o conteúdo obrigacional é peculiar, pois tanto a cooperação como a colaboração exigem prestações paralelas."

As características acima apontadas suscitam algumas ponderações.

4.5. Indubitavelmente, nos convênios e consórcios ocorre bilateralidade ou multilateralidade, pois existem duas ou mais declarações de vontade. Outro elemento situa-se na presença da entidade pública, nos dois pólos ou num só; para que haja convênios ou consórcios administrativos necessário se torna que num dos pólos, ao menos, se encontre uma entidade ou órgão público.

4.6. A presença do poder público traz alguns reflexos no raciocínio atinente aos interesses envolvidos nos convênios e contratos. Havendo a presença do poder público num dos pólos, necessariamente o interesse público seria o fim visado por tais instrumentos. Então, no caso de convênios celebrados com particulares os interesses seriam sempre contrapostos, porque, em princípio o particular não atua com fim de interesse público. Sendo contrapostos os interesses, tais acordos seriam contratos. Por esse raciocínio, só haveria convênio entre entes que integram o poder público, pois os interesses seriam coincidentes.

Tais ponderações mostram as dificuldades geradas pela tentativa de distinguir convênios e contratos com base no tipo de interesse que norteia os participantes.

Um exemplo de convênio revela também tais dificuldades. É o caso de convênio entre uma Prefeitura e um tradicional conservatório musical; a

Prefeitura repassa verbas ao conservatório; este, por sua vez, aceita cota de alunos gratuitos; o conservatório, na verdade, pretende a obtenção dos recursos; o poder público quer a aceitação dos alunos gratuitos; trata-se, portanto, de interesses diversos e contrapostos; no entanto, o convênio é celebrado.

Por outro lado, nas situações de contratos e convênios entre entidades estatais nem sempre aparece clara a separação entre as duas figuras, em virtude da existência do interesse público como denominador comum. Muitos vínculos denominados contratos poderiam ser convênios e vice-versa. Os exemplos a seguir foram extraídos da Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nº 58, março/abril 1989: a) convênio entre a Secretaria Estadual de Negócios Metropolitanos e a Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S/A – EMPLASA, objetivando a prestação de serviço: poderia ser um contrato; b) contrato entre a Secretaria da Educação e a Fundação Padre Anchieta, objetivando a produção e emissão de programas de TV: poderia ser convênio; c) contrato entre a Divisão de Supervisão e Apoio às Escolas Técnicas Estaduais e o Centro de Educação Tecnológica Paula Souza, objetivando a realização de Curso de Graduação para professores da parte de formação especial do currículo do ensino de segundo grau: poderia ser convênio.

Há, desse modo, dificuldade de raciocinar em termos de interesses quando há a presença da entidade ou órgão estatal.

4.7. Percalços também surgem no entendimento baseado em “resultados comuns”. Por exemplo: num contrato de obra pública, o particular contratado pode estar interessado principalmente na própria obra como resultado, mais que a retribuição financeira; seu objetivo poderia ser: ter a obra no currículo da empresa ou de seus profissionais; realização profissional dos proprietários da empresa; exibir a obra a futuros clientes. No exemplo, haveria sentido de resultado comum. Um outro exemplo: num contrato entre poder público e um artista; o artista quer sobretudo mostrar seus dotes artísticos ao povo; é do conhecimento de todos que os artistas de teatro têm enorme fascínio por seu trabalho em si, querem fazer teatro, nem sempre predominando o intuito de retribuição, por vezes irrisória. É possível haver “resultados comuns” também em contratos, como ocorre, aliás, nos contratos entre entidades estatais.

4.8. E ainda: parece difícil diferenciar contrato de convênio com base na competência comum. Tanto nos contratos como nos convênios entre entidades estatais é óbvio que tais ajustes suponham competência das partes quanto à matéria a que visam. No tocante aos convênios celebrados entre entidades estatais e particulares, só se pode falar em competência das primeiras; parece estranho referir "competência" a pessoas físicas ou jurídicas do setor privado; nesse tipo de convênio não se poderia invocar como característica a competência comum dos partícipes.

4.9. Algumas ressalvas emergem quando se atenta para a afirmação de que nos convênios não se cogita de preço ou de remuneração, pois há mútua colaboração. Embora tecnicamente não se utilizem os termos remuneração ou preço, muitos convênios prevêm repasse de verbas que, na realidade, significam remuneração ou preço pelas atividades realizadas por uma das partes. No citado exemplo do convênio entre Prefeitura e conservatório há verba repassada; outro exemplo: convênio entre o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem e o Município de Piracicaba objetivando transferência de recursos financeiros para execução de serviços de melhoramentos e pavimentação de anel rodoviário.

Ainda no atinente à remuneração, menciona-se, no intuito de distinguir convênio de contrato, que neste uma das partes remunera a outra, o que não haveria no convênio. Ora, nem sempre, nos contratos administrativos, uma das partes remunera a outra; na concessão de serviço público a Administração não remunera o concessionário; por vezes, por razões de interesse social, não há remuneração na concessão de direito real de uso.

4.10. Quanto ao aspecto da "colaboração" como elemento típico do convênio, deve-se lembrar que Laubadère (na obra clássica *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, vol. I, 1956) menciona como característica do contrato administrativo justamente a colaboração: "o contrato administrativo aparece, assim, como um sistema de colaboração entre a administração e seu contratado" (p. 23).

4.11. Parece igualmente difícil raciocinar em termos de existência ou inexistência de obrigações recíprocas a caracterizar, respectivamente, contrato e convênio. Os convênios implicam, claramente, encargos recíprocos. Por exemplo, num convênio entre uma Secretaria Estadual de Educação e uma Prefeitura para construção de uma escola, cabendo à primeira a obra

e à segunda o oferecimento do terreno, há encargos recíprocos para o bom resultado do convênio. Por outro lado, a reciprocidade como contraprestação exata de obrigações não caracteriza todos os contratos, tanto que Limongi França arrola, como tipo de contrato, o unilateral, em que uma pessoa se obriga perante outra, sem que da parte desta haja qualquer contraprestação, dando como exemplo a doação pura e simples (verbete "Contrato", Enciclopédia Saraiva). No mesmo sentido Laubadère, para os contratos administrativos: contrato "unilateral quando só faz nascer prestação ("engagement") ao encargo de um dos contratantes" (Traité théorique et pratique des contrats administratifs, 1956, vol. I, p. 14).

Outros elementos são peculiaridades do vínculo existente nos convênios e consórcios: possibilidade de denúncia; liberdade de ingressar e de se retirar.

4.12. Para estabelecer a natureza dos convênios e consórcios administrativos parece relevante notar que o Direito Internacional Público deu tratamento próprio ao acordo entre Estados ou entre estes e organismos internacionais. Tais acordos não poderiam pautar-se pela disciplina que o direito privado confere aos contratos entre particulares. Assim, segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, firmada em 1969, "tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, **qualquer que seja sua denominação específica**" (art. 2º, 1, "a"). A denominação genérica de **tratados** abrange, principalmente, a convenção, o acordo, o convênio, o ajuste, o protocolo, a declaração, o pacto, a carta. São todos considerados sinônimos de tratado (cf. Hildebrando Accioly, Manual de Direito Internacional público, 1978, p. 120 - 121 e A.A. Meira Matos, verbete "Tratado Internacional", Enciclopédia Saraiva de Direito). E na linguagem moderna de tais instrumentos, os países que os integram recebem o nome de Estados Partes, não o de Estados partícipes.

4.13. No âmbito do Direito Administrativo a matéria contratual também não pode se nortear pelos mesmos preceitos aplicados ao contrato entre particulares, objeto do direito privado. Como bem nota Giannini, no direito público "o módulo contratual recebeu profundas modificações, em virtude do fato que o objeto das convenções é publicista e não privatista" (Diritto amministrativo, vol. II, 1993, p. 428). Daí ter havido muita resistência,

sobretudo no direito alemão e no direito italiano, em aceitar a idéia de contrato administrativo, justamente porque as chamadas cláusulas exorbitantes fugiam dos paradigmas do contrato privado, tal como vinham, então, apontadas.

E mesmo no âmbito dos contratos administrativos, há contratos bem peculiares, como a concessão de serviço público, a concessão de obra pública, a concessão de obra e serviço público, nos quais inexiste preço como contraprestação recíproca e grande parte das cláusulas reveste-se de teor regulamentar. Bem mais peculiar se apresenta, ainda, a concessão para radiodifusão sonora e por imagem, na qual, no Brasil, nem existe tarifa paga pelo usuário. E tais tipos incluem-se entre os contratos administrativos.

4.14. A dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio administrativo parece levar a concluir que se trata de figuras da mesma natureza. À semelhança do tratamento categorial que o Direito Internacional Público deu ao tratado, como foi exposto acima, pode-se aventar, no âmbito do Direito Administrativo, uma visão genérica do módulo contratual. Af estariam incluídos tanto os contratos de obras, de prestação de serviços, de fornecimento de materiais, as concessões, como os convênios, consórcios, pactos. A característica desses últimos está na sua especificidade, ou por envolver duas ou mais entidades ou órgãos públicos ou pelo tipo de resultado que se pretende atingir com o acordo firmado.

Na doutrina pátria, José Afonso da Silva, em sua obra "O Prefeito e o Município", 3ª ed., 1984, afirma que os convênios e consórcios realizados pelo Municípios têm natureza contratual. E observa "Mas diferem dos demais contratos porque vinculam os Municípios a outras entidades de direito público, de sorte que isso lhes dá peculiaridades, dado que ambas as partes estão interessadas na execução do serviço ou obra que lhes constituem o objeto. Diante disso não se pode admitir aí o princípio das prerrogativas da Administração, impositivas de uma parte sobre a outra, havendo, nesse particular, equilíbrio de forças, em virtude de as partes serem sempre administrações públicas ou a elas vinculadas" (p. 232-233).

No direito francês, a doutrina refere-se a certos tipos de contratos celebrados pelo poder público com empresas privadas com fim de propiciar a execução de planos ou objetivos econômicos; dentre tais tipos estão: os contratos de programa, contratos de estabilidade, contratos fiscais. Há também os

contratos de plano e contratos de gestão celebrados entre Administração e coletividades locais e também entre Administração central e empresas públicas, com o fim de adequar a atuação de tais entes aos planos nacionais (cf. Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, vol. III, 1971 e Franca Falconi, *I c.d. contratti di piano nella elaborazione della dottrina francese*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. II-III, 1979, p. 595-617).

A tais tipos Prosper Weil atribui a natureza de contrato, embora nenhum deles se enquadre nos moldes clássicos dos contratos administrativos (cf. *Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés*, in *Mélanges Stassinopoulos*, 1974). Em seção intitulada "os prolongamentos contratuais da descentralização", Chapuis menciona, ainda, os seguintes tipos: a) contratos para ordenação das cidades médias, celebrados entre a Administração central e tais comunas, para que estas recebessem ajuda financeira central para realizar operações urbanísticas; b) contratos de país (área formada por várias comunas unidas por vínculos humanos e econômicos); contratos de empresa, entre a Administração central e empresas públicas; o mesmo autor observa que a lei de 29 de julho de 1982 e o juiz administrativo atribuem a tais ajustes caráter contratual (cf. *Droit administratif général*, vol. I, 6ª ed., 1982, p. 323-327).

No direito italiano, é conhecido o entendimento de Alessi (*Principi di Diritto amministrativo*, 4ª ed., 1978, p. 339), no sentido de reconhecer contrato de direito público somente nas relações entre entidades públicas, o que se aplicaria aos convênios firmados entre as mesmas e aos consórcios existentes no ordenamento brasileiro. Giannini, por sua vez, inclui as convenções urbanísticas, as convenções de plano, os contratos simplificados (pactos e acordos) e as convenções desprovidas de conteúdo patrimonial no quadro dos contratos das administrações (cf. *Diritto Amministrativo*, vol. II, 3ª ed., 1993, p. 356-357). De seu lado, Rosário Ferrara, ao tratar das convenções urbanísticas, celebradas entre Administração e particulares (sobretudo, convenções de urbanização e convenções edilícias) observa serem tais figuras inscritas na categoria de contratos, o que é reconhecido pela justiça italiana. Nota, ainda, que "é o regime positivo de cada módulo negocial que deve determinar, caso a caso, a intensidade do vínculo jurídico quanto à observância do pacto". E mais: "há um princípio geral aplicável a todos os tipos negociais: "pacta sunt servanda" e o princípio da boa fé" (cf. *Gli Accordi tra i Privati e la Pubblica Amministrazione*, 1985, pp. 74, 75, 152, 153).

4.15. Na atualidade, florescem em grande escala as práticas com base em concordância ou consenso entre entes administrativos ou entre estes e particulares. É a época da Administração "concertada". Disseminam-se acordos de diversos tipos, adotando-se, em amplitude, os chamados "módulos contratuais ou convencionais". Tais fórmulas nem sempre se enquadram exatamente nos paradigmas clássicos dos contratos ou dos contratos administrativos. Daí ser relevante conferir tratamento amplo à figura contratual, para abrigar fórmulas novas, adequadas a novo dinamismo e novos modos de agir da Administração. Nesse contexto se inserem os convênios e consórcios administrativos.

5. A questão da autorização legislativa

No tema dos convênios e consórcios administrativos sempre vem suscitada a questão da necessidade de autorização legislativa para cada convênio ou consórcio firmado pelo Executivo.

O Supremo Tribunal Federal em várias oportunidades considerou inconstitucional a exigência de autorização legislativa para celebração de convênios, por ferir o princípio da independência dos Poderes (cf. RDA, 140, abr/jun 1980, p. 63-69). Os fundamentos básicos de tal orientação concentram-se no seguinte: a) não sendo atribuição propriamente legislativa, a Constituição federal deve prever expressamente essa autorização nas competências do Congresso Nacional. Inexistindo essa previsão, não pode a exigência haver no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios; b) incabível é a invocação do parâmetro da ratificação congressual de tratados internacionais, porque estes, uma vez tornados definitivos, regem-se pelo Direito Internacional, escapando a toda ação corretiva interna.

Outro argumento em sentido contrário à necessidade de autorização legislativa para cada convênio e consórcio encontra-se na existência do controle realizado pelo Tribunal de Contas, tal como previsto expressamente no inciso VI do art. 71 da Constituição Federal, preceito esse que se aplica ao âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 75 do mesmo texto. Da fiscalização do Tribunal de Contas, pode decorrer o controle do Legislativo. Além do mais, independentemente da fiscalização do Tribunal de Contas, pode o Legislativo controlar diretamente as medidas do Executivo, segundo aventa o inciso X do art. 49 da Constituição Federal.

Deve-se ainda ponderar que inexistente exigência de autorização legislativa para cada um dos demais tipos contratuais, muitos deles envolvendo recursos de grande vulto, ficando sujeitos aos controles do Tribunal de Contas e do Legislativo. Algumas Constituições estaduais e leis orgânicas de Municípios prevêem essa manifestação do Legislativo. Assim, por exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo, entre as competências exclusivas da Assembléia Legislativa, indica: "autorizar ou aprovar convênios, acordos ou contratos de que resultem para o Estado encargos não previstos na lei orçamentária" (art. 20, inciso XIX). Evidente está o intuito de controle financeiro e orçamentário, do que se deduz que todos os convênios, acordos ou ajustes cujos encargos estejam previstos no orçamento não dependem de manifestação legislativa. Note-se, ainda, que o constituinte paulista usou os vocábulos "autorizar", que indica manifestação prévia e "aprovar", que denota apreciação posterior, o que deixa a dúvida quanto ao momento em que ocorrerá a manifestação parlamentar.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, no inciso XV do art. 13, menciona entre as atribuições da Câmara Municipal "dispor sobre convênios com entidades públicas e particulares e autorizar consórcios com outros municípios. Observa-se que, no tocante aos convênios não foi utilizado o vocábulo "autorizar", mas o termo "dispor", dando a entender que se trata aí da fixação de preceitos gerais sobre a matéria. Quanto aos consórcios com outros municípios, âmbito em que não houve pronunciamento de inconstitucionalidade, foi usado o vocábulo "autorizar".

6. A questão da exigência ou inexistência de licitação

Outra dúvida suscitada na matéria diz respeito à exigência ou inexistência de licitação antes da celebração dos convênios e consórcios. A Lei nº 8.666/93 silencia quanto à questão. A redação do caput do art. 116 poderia levar à conclusão de que a exigência prevalece para tais instrumentos, pois reza o seguinte: "Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração".

A expressão "no que couber" permite indagar: é cabível a licitação para consórcios e convênios?

Parece óbvio que nos consórcios entre Municípios ou que envolvam

outros entes estatais do mesmo tipo (o que é raro) o grau de especificidade do objeto é tão significativo que seria incabível cogitar-se de licitação.

No caso de convênio entre entidades ou órgãos da Administração, de diferentes espécies e níveis, por exemplo, os convênios previstos no Decreto-Lei 200. 67 (v. item 3 deste trabalho), celebrados entre a União, Estados e Municípios como pensar em licitação, se o objetivo é descentralizar, é repassar recursos da União para execução de seus programas de caráter nitidamente local ou é somar recursos materiais e humanos para realizar atividades com menor ônus para todas as partes? Pode-se aventar ainda dos inúmeros convênios para intercâmbio de conhecimentos em diversas áreas, como acontece com os convênios entre Universidades nacionais ou entre estas e Universidades ou Faculdades estrangeiras. Igualmente nessa hipótese a licitação mostra-se incabível.

No tocante aos convênios entre Administração (no sentido de órgãos da Administração direta e entidades da Administração indireta) e entidades particulares, o que, sobretudo, determina a desobrigação de licitação é a especificidade do objeto e da finalidade. No exemplo citado, de um Conservatório tradicional, de elevado e reconhecido nível de ensino, se o poder público pretender propiciar ensino gratuito de música a crianças e adolescentes carentes, é de grande especificidade o objeto e a finalidade.

No entanto, se a Administração quiser realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos particulares, deverá ser realizada licitação. Se assim não for, haverá ensejo para burla, acobertada pela acepção muito ampla que se queira dar aos convênios. Alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio (falso), obras são contratadas sem licitação e pessoas são investidas em funções ou empregos públicos sem concurso.

Outro argumento por vezes invocado para fundamentar a não exigência de licitação está na possibilidade de haver vários partícipes do convênio e de haver adesões posteriores, o que seria incompatível com o "espírito" da licitação que leva à escolha de um só vencedor.

Se, em princípio, a licitação não se aplica aos consórcios e convênios, quais as disposições da Lei nº 8.666/93 incidentes sobre tais figuras como determina o "caput" do art. 116? A título exemplificativo, podem ser

apontados as seguintes: disposições sobre a formalização; menção obrigatória a recursos destinados a atender às despesas decorrentes, com a identificação da dotação; hipótese de denúncia e alteração; encargos das partes; prorrogação de prazo; foro competente para dirimir controvérsias; publicação do extrato no meio oficial de divulgação, se envolver repasse de recursos públicos. Aplica-se também aos convênios e consórcios o art. 63 da mesma Lei que permite a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada (pagando emolumentos) do instrumento.

7. Outros aspectos do regime jurídico

O § 1º do art. 116 faz depender a celebração de convênio, acordo ou ajuste da prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, arrolando as informações que deverão figurar, no mínimo, nesse plano: I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - fases de execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - indicação de início e fim da execução e da conclusão das etapas; VII - se o custo total não recair sobre o órgão descentralizador, comprovação de que estão assegurados recursos próprios para complementar a execução, tratando-se de obra ou serviço de engenharia.

A liberação de parcelas de recursos atenderá ao plano de aplicação aprovado. Haverá retenção de parcelas até o saneamento de impropriedades, no caso de não comprovação de regular aplicação da parcela anterior, no caso de desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos injustificados no cumprimento das etapas e no caso de práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações (este último aspecto é bem significativo para o reconhecimento da natureza contratual dos consórcios e convênios).

Os §§ 4º, 5º e 6º do art. 116 trazem normas sobre saldos do convênio.

Por sua vez, o § 2º determina que, assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

Evidente que o dispositivo visa, em especial, o convênio em que o repassador de recursos seja órgão ou entidade federal. Aplicar-se-ia tam-

bém aos convênios em que o Estado seja o repassador de recursos a outro Estado ou a Município.

O dispositivo suscitou dúvida quanto à constitucionalidade, porque feriria a autonomia dos Estados e Municípios. Tratando-se somente de uma comunicação, certamente com o objetivo de propiciar melhor controle do uso dos recursos, não há como se vislumbrar desrespeito ao poder de auto-determinação dos Estados e Municípios.

8. Execução do convênio e consórcio

Em geral atribui-se a um dos participantes a coordenação da execução. Nada impede que seja constituída uma comissão, paritária ou não, com esse objetivo. Em órgãos públicos que, de modo habitual, integram vários convênios por vezes é criada uma comissão de acompanhamento e fiscalização de convênios.

Alguns autores recomendam a organização de uma entidade civil ou comercial paralela, para coordenar a execução, porque convênio e consórcio são despersonalizados. Na verdade, tal solução revela-se um elemento complicador, quando a época atual impõe agilidade. Melhor parecem as alternativas aventadas no parágrafo anterior.

9. Controles

Sobre os convênios e consórcios devem incidir, em primeiro lugar, os mecanismos do controle interno de cada esfera administrativa. Como exemplo, pode-se indicar o art. 52, § 2º do Decreto federal nº 93.872/86 que determina seja efetuado, antes da execução, o cadastramento dos convênios e acordos no sistema de controle interno, através do órgão de contabilidade.

Recaem sobre os convênios e consórcios a fiscalização do Tribunal de Contas correspondente ao nível da entidade pública que integra o ajuste ou que repasse recursos. Por vezes, o controle é duplo; inclui a atuação do Tribunal de Contas a que se vincula o órgão repassador de recursos e a atuação do órgão de contas a que se liga o ente que recebeu os recursos.

O parâmetro para a fiscalização do Tribunal de Contas vem dado pelo inciso VI do art. 71 da Constituição Federal que prevê, nas competên-

cias do Tribunal de Contas da União o seguinte: "VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Tal preceito, por força do art. 75, aplica-se, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e aos órgãos de contas municipais".

A título de exemplo, pode-se indicar o inciso VII do art. 33 da Constituição do Estado de São Paulo (1989) que arrola, dentre as competências do Tribunal de Contas do Estado, o controle da aplicação de quaisquer recursos repassados ao e pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres. O preceito, como se depreende, prevê a fiscalização tanto de recursos recebidos pelo Estado quanto de recursos repassados, por via de convênios e consórcios.

O controle parlamentar também recai sobre os convênios e consórcios, não só de modo indireto, após pronunciamento do Tribunal de Contas respectivo quanto à ilegalidade (inciso X e § 1º do art. 71 da Constituição Federal), mas também diretamente, nos termos do inciso X do art. 49 da Constituição Federal, que é, de regra, reproduzido nas Constituições estaduais e leis orgânicas dos Municípios.

Cidadãos e entidades civis podem ter atuação no controle dos convênios e consórcios. O acesso ao teor desses instrumentos, assegurado pelo art. 63 da Lei 8.666/93, permite, em caso de irregularidade, que cidadãos e entidades acionem os controles institucionalizados. Assim, o § 2º do art. 74 da Constituição Federal confere, a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas.

Atendidos os requisitos legais, cidadãos, associações e o Ministério Público, mediante ações previstas no ordenamento, podem desencadear o controle jurisdicional sobre os convênios e consórcios.

10. Responsabilidade

A celebração de convênios e consórcios sujeita-se a todos os princípios e normas incidentes sobre as atividades da Administração Pública, no que for compatível com o teor dessas figuras. Assim, por exemplo, é ilegal

um convênio que envolva delegação de competência vedada pelo ordenamento. Ou um convênio celebrado com desvio de finalidade, por não visar a fins de interesse público. Ou um convênio que implique improbidade administrativa, tal como previsto na Lei nº 8.429, de 2/6/92, sobretudo no art. 10, "caput" e incisos VII e VIII.

Da responsabilização de autoridades e servidores por convênios e consórcios viciados decorrem as sanções antevistas no ordenamento. Ex.: havendo ação popular procedente decorrerá ressarcimento ao erário público do montante do dano; verificada improbidade administrativa, o responsável sujeita-se às cominações arroladas na Lei nº 8.429/92.

Também é possível cogitar-se de responsabilização dos executores do convênio, por danos a terceiros ou por danos decorrentes da má execução.

11. Conclusão

Os convênios e consórcios administrativos revelam-se instrumentos de grande importância, sobretudo num Estado federal, na qualidade de modelos cooperativos de tipo vertical e horizontal. Os convênios entre entidades de diferentes níveis administrativos favorecem a realização de atividades materiais no âmbito das competências cumulativas ou concorrentes; atenuam ou evitam conflitos que emperrariam a adoção de providências de elevado interesse da população, como as medidas de combate à poluição nas grandes cidades, as medidas na área da saúde, do ensino, da preservação do patrimônio cultural.

Os consórcios propiciam a reunião de recursos financeiros, humanos e técnicos para a solução de problemas comuns dos seus integrantes, tornando menos onerosas as atividades. Relembre-se que os consórcios podem integrar convênios.

Quanto aos convênios de entes estatais com o setor privado, configuram um dos modos de realização de parcerias, em especial no âmbito da saúde, educação, cultura, artes, ciência, preservação do patrimônio cultural, preservação ambiental.

Bibliografia

Accioly, Hildebrando, Manual de direito internacional público, Saraiva, 1978.

Chapus, René, Droit administratif général, Montchrestien, vol. I, 6ª ed., 1992.

Falconi, Franca, I c.d. contratti di piano nella elaborazione della dottrina francese, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, vol. II-III, 1979, p. 595-617.

Ferrara, Rosario, Gli accordi tra i private e la pubblica amministrazione, Giuffrè, 1985.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Comentários à Constituição brasileira de 1988, Saraiva, vol. I, 1990.

Garcia, Maria, Dos convênios, in Estudos sobre a Lei de licitações e contratos, Forense Universitária, 1995, p. 231-236.

Gasparini, Diógenes, Direito administrativo, Saraiva, 2ª ed. 1992.

Giannini, Massimo Severo, Diritto amministrativo, Giuffrè, vol. II, 3ª ed., 1993.

Grau, Eros Roberto, Convênio e Contrato, verbete da Enciclopédia Saraiva de Direito.

Grinover, Ada Pellegrini, Convênio. Ato-União que pressupõe interesses comuns dos partícipes, in Estudos de direito público, jul. dez. 1984, p. 19-23.

Laubadère, A. Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J., vol III, 1971.

Traité théorique et pratique des contrats administratifs, L.G.D.J., vol. I, 1956.

Limongi França, R. Contrato, verbete da Enciclopédia Saraiva de Direito.

Medauar, Odete, O direito administrativo em evolução, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

Meira Matos, A. A., Tratado internacional, verbete da Enciclopédia Saraiva de Direito.

Meirelles, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, 19ª ed., 1994.

Silva, José Afonso, O Prefeito e o Município, CEPAM, 1984.

Szklarowsky, Leon Frejda, Os convênios administrativos, in Revista dos Tribunais, Vol. 669, julho de 1991, p. 39-45.

Weil, Prosper, le renouveau de la théorie des contrats administratifs et ses difficultés, in Mélanges Stassinopoulos, 1974, p. 217-227.