

## CONSÓRCIOS E CONVÊNIOS

### Sumário:

#### 1. Introdução

#### 2. Convênios

2.1. Previsão legal

2.2. Hipóteses legais

2.3. Características dos convênios

2.4. Contratos X convênios

#### 3. Antigos consórcios administrativos

#### 4. Consórcio público

4.1. Consórcios públicos x convênios e antigos consórcios administrativos

4.2. Formação

4.3. Natureza jurídica dos consórcios públicos

4.4. Manutenção dos consórcios públicos

4.5. Controle

4.6. Licitação nos consórcios públicos

4.7. Contrato de programa e de rateio

### 1. Introdução

Inicialmente, é importante distinguir os **consórcios administrativos** dos **convênios** e dos **consórcios públicos**. Vejamos:

Consórcios administrativos	Convênios	Consórcio público
Hely Lopes entendia que eram ajustes entre entidades estatais, autárquicas e paraestatais <b>da mesma espécie</b> (2 estados, 2 autarquias etc).	Hely Lopes dizia que era um ajuste entre as entidades estatais, autárquicas e paraestatais, de espécies diferentes.	Tem personalidade jurídica própria. Cf. art. 241, CF/88 e lei 11107/05.

**Obs.1:** em relação aos **consórcios administrativos** e os **convênios**, **CARVALHO FILHO** não vê motivo para a diferenciação entre esses institutos, pois o conteúdo e os efeitos são os mesmos.

**Obs.2:** **CARVALHO FILHO** assevera, ainda, que **os regimes de parceria** entre a Administração e a pessoa privada são 3:

- **Convênios administrativos;**
- **Contratos de gestão (OS);**
- **Gestão por colaboração (OSCIP – Termo de parceria).**

### Diferença entre estes institutos (consórcios, convênios) e os contratos administrativos

Nos institutos citados acima (consórcios administrativos, convênios e consórcios públicos), os interesses são **convergentes** e não opostos (diferentemente do que ocorre nos contratos administrativos). Ex.: serviço de travessia de um rio (colocando uma balsa) pode ser que ele interesse a mais de um município, e por isso eles reunirão seus esforços.

### 2. Convênios

**Conceito:** Consideram-se convênios administrativos os **ajustes** firmados por **pessoas administrativas entre si**, ou entre estas e **entidades particulares**, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de **interesse público**.

## 2.1. Previsão legal

Os convênios estão previstos **desde a Constituição de 1967** (art. 13, §3º e 14, §4º), e permaneceram na CF/69 (art. 13, §3º). Na CF/88 estão nos arts. 23, parágrafo único (implícito na palavra cooperação), 37, §8º, 71, VI, 199, §1º e 241.

Art. 23. Parágrafo único. **Leis complementares** fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Art. 37. §8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer **recursos repassados pela União mediante convênio**, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As **instituições privadas** poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou **convênio**, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Art. 241. **A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados**, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

**Obs.1: art. 23, parágrafo único (menciona lei complementar) x art. 241(lei ordinária):** no art. 23, a CRFB/88 prevê um caráter mais geral quanto ao objeto para o qual serão reunidos esforços conjuntos (desenvolvimento e bem-estar em caráter nacional); o 241, por sua vez, especifica o que será feito por lei (prestação de serviços públicos e transferir serviços, bens, pessoa etc.).

O art. 241, com redação dada pela EC n. 19, prevê a edição de lei reguladora (**lei ordinária**) dos convênios e consórcios com vistas à **transferência de serviços**. “Mas, independentemente do dispositivo, nada impede que convênios para **fins diversos**, embora também cooperativos, sejam celebrados entre as entidades políticas sem que haja necessariamente lei autorizadora, eis que essa situação se caracteriza como normal atividade administrativa” (José dos Santos Carvalho Filho, 2009).

Assim, temos:

- a) **Lei complementar** → Fixará **normas para a cooperação** entre os entes cooperativos, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar (art. 23, CF: norma genérica).
- b) **Lei ordinária** → **Disciplinará os consórcios públicos e os convênios** de cooperação entre os entes, para fins de gestão associada de **serviços públicos** (art. 241, CF).
- c) **Independentemente de lei** → Outros convênios.

**Obs.2: CARVALHO FILHO** entende que **os contratos de gestão** (art. 37, §8º) **se assemelham aos convênios**, porque eles trazem uma idéia de parceria. Nem toda a doutrina concorda com isso.

**Obs.3: DIOGENES GASPARINI** dizia que mesmo se não existissem esses dispositivos, nada impediria que a Administração firmasse ajustes para alcançar objetivos comuns.

## 2.2. Hipóteses legais

Há 4 situações em que se operam esses convênios:

### I. Pessoa administrativa + pessoa administrativa

O objetivo do ajuste firmado é alcançar o interesse público. Ex: união e autarquia; município e estado etc.

### II. Pessoa administrativa + entidades particulares (física ou jurídica)

O objetivo do ajuste firmado também é alcançar o interesse público. Ex: o Município e João; município e Irmãos Correa S/A

**Obs.:** crítica de **CELSO ANTÔNIO**: só será possível firmar convênios com entidades particulares se essas entidades **não tiverem fins lucrativos**, porque do contrário, a entidade particular não teria a finalidade de interesse público, mas sim de lucro (não haveria mais interesses comuns, mas sim interesses contrapostos). Ademais, violaria a isonomia, pois o Estado privilegiaria uma entidade em detrimento de outra (sendo que ambas visam ao lucro).

### III. Órgão que pertence à pessoa administrativa A + entidade particular/pessoa administrativa B

Exemplo: secretaria da educação do município A e fundação privada ou outro município.

### IV. Órgão pertencente à pessoa administrativa A + outro órgão à pessoa administrativa A

**Pergunta-se: o que é convênio interorgânico?** É o convenio celebrado entre órgãos pertencentes à **mesma pessoa administrativa**. Ex: secretaria de segurança pública do estado A e Assembleia legislativa do estado A. Alguns autores entendem que o convênio não pode ser celebrado por órgãos do conveniente.

## 2.3. Características dos convênios

- i. **Cooperação mútua entre os partícipes;**
- ii. **Metas da administração;**
- iii. **O partícipe pode denunciar o convênio (retirar-se do convênio quando quiser, sem gerar qualquer consequência).** Isso ocorre em razão do princípio do informalismo (diferente dos contratos administrativos).

**Pergunta-se: pode constar no convênio cláusula que impede a saída ou comina sanção para a saída?** Se colocadas essas cláusulas, segundo a jurisprudência, elas **são tidas como não escritas**.

**Obs.:** é possível a **inclusão de novos partícipes** no convênio, desde tenham os **mesmos interesses** e esteja **previsto no termo** de convênio. Se o termo de convenio não prever a possibilidade de ingresso de novos partícipes, deve-se entender que não é possível o posterior ingresso.

- iv. **Objeto: interesse público.**

**Obs.:** pode ser que o **interesse da entidade** particular seja também atingido, mas apenas de maneira **reflexa**.

- v. **Formalização** → Termo de convênio/convênio/termos de cooperação.

**Pergunta-se: é preciso autorização legislativa para que ocorra o convênio?**

Durante muito tempo entendeu-se que era necessária autorização legislativa. O STF, contudo, já cuidou dessa questão em várias ADIs (342, 1857 e 1166) e formou a opinião de que **não precisa dessa autorização**, sob o fundamento de **separação dos poderes**. Nesse mesmo sentido está o entendimento de **CARVALHO FILHO**.

**Obs.1:** será necessária **autorização legislativa** quando o convênio depender de **repasse de verba orçamentária que não esteja prevista na lei orçamentária (LO)**.

**Obs.2: DIÓGENES GAPSARINI**, com fundamento no art. 116, §2º da lei 8.666/93 entende que a celebração de convênio não precisa de autorização nem de aprovação legislativa (nunca). A única coisa que é necessária é a mera ciência ao Poder Legislativo.

- vi. **Não precisa de licitação prévia** (Info 387 do STF).

**Obs.:** **CELSO ANTÔNIO** entende que se o convênio for com **entidade privada**, deveria licitar.

- vii. **Cooperação mútua entre os partícipes**

**Pergunta-se: isso forma outro ente com personalidade jurídica?**

**1ª Corrente (DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO)** → Entende que se forma um novo ente.

**2ª Corrente (HELY LOPES, GASPARINI, CARVALHO FILHO):** é **majoritária**. **Não há** a formação de uma nova pessoa jurídica. Tanto é assim que, se advier prejuízo, cada um paga de maneira solidária (e não é arcado por uma nova PJ).

- viii. **A regra é que não haja prazo.**

- ix. **Plano de trabalho** → Prevê as regras estabelecidas para o convênio (orienta a maneira de execução). Ele é que possibilita a realização de controle: tanto interno (controladorias) quanto controle externo (TContas).

## 2.4. Contratos X convênios

Tem-se um vínculo jurídico em ambos os casos. A diferença é que nos contratos os interesses são opostos e nos convênios os interesses são comuns. O que se objetiva nos contratos é o lucro, enquanto no convênio se fala em cooperação. O vínculo é mais rígido nos contratos (se tiver rescisão tem conseqüências jurídicas), e menos rígidos nos convênios.

Convênios administrativos	Contratos administrativos
Os <b>interesses são paralelos</b> e comuns (cooperação);	Os <b>interesses são opostos</b> e diversos;
Elemento fundamental: <b>cooperação</b> ;	Elemento fundamental: <b>lucro</b> ;
Podem ser <b>vários os pólos</b> ;	São apenas <b>dois os pólos</b> , ainda que em um destes haja mais de um pactuante;
O vínculo jurídico <b>não tem a rigidez</b> própria das relações contratuais: em regra, cada pactuante pode denunciar o convênio, livrando-se do pacto;	<b>Vínculo rígido.</b>

## 3. Antigos consórcios administrativos

Tudo que foi dito para convênio vale para o consórcio administrativo. A diferença entre eles é que os partícipes, nos convênios, são de qualquer espécie, enquanto que nos consórcios administrativos, eles são da mesma espécie. Para os consórcios administrativos (formação) exige-se uma **estrutura administrativa**: conselho consultivo, autoridade executivo, conselho fiscal.

**Obs:** CARVALHO FILHO entende que não há motivo para diferenciar os institutos.

Convênios	Consórcios administrativos
Pode envolver apenas pessoas/orgãos administrativas ou pessoa administrativa e pessoa privada (física ou jurídica).	É formado por pessoas <b>ou órgãos</b> da Administração, havendo estrutura administrativa.

#### 4. Consórcio público

O consórcio público surge por meio da lei 11.107/2005, com o propósito de reunir esforços para um fim comum de serviço público. Ex: para a proteção do meio ambiente. As palavras-chaves desse instituto são: **gestão associada** e **cooperação**, só que entre **entes políticos apenas**.

O fundamento constitucional desse consórcio é o art. 241 da CF. Crítica: Segundo **MARIA SYLVIA**, a lei 11.107/2005 veio para desvirtuar este instituto, que já estava consagrado no direito.

Art. 241 da CF. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

**Obs:** Na prática, os consórcios públicos não deram certo e são pouco utilizados.

##### 4.1. Consórcios públicos x convênios e antigos consórcios administrativos

Os consórcios públicos não se confundem com os convênios ou com os consórcios da lei 8.666. Todos estes institutos têm o objetivo de consecução de **fim comum** (união de esforços). Mas veja:

Consórcios públicos	Convênios	Antigos consórcios administrativos
Nos consórcios públicos há a formação de uma PJ.	Não gera a formação de uma pessoa jurídica.	Não gera a formação de uma pessoa jurídica.

##### 4.2. Formação

Consoante **CARVALHO FILHO**, o consórcio público é um **negócio jurídico** (manifestação de vontade para atingir um objetivo comum) **plurilateral** (vários pactuantes) de **direito público** (regras de direito público norteiam o ajuste). Grave: negócio jurídico plurilateral de direito público.

A **Lei 11.107/05**, no art. 1º, caput, e no art. 3º usa a expressão “contratação de consórcio público”. Pergunta-se: como compatibilizar isso com o entendimento da doutrina? Segundo **CARVALHO FILHO**, há uma impropriedade técnica na lei, em razão da existência de interesses comuns (os convenientes estão em posições colaterais e não contrárias). Ele se parece mais aos convênios do que os contratos. **CELSO ANTÔNIO**, contudo, usa a expressão contrato.

Para a formação dos consórcios públicos, é necessário que os entes políticos **assinem um protocolo de intenções** (art. 3º e 4º da lei). Aqui estão as regras que devem ser seguidas (finalidade, prazo, sede, consorciados).

**Mas atente (isso aparece em provas mais do que chuchu em beira de estrada): a simples assinatura do protocolo não forma o consórcio.** Depois disso, **é necessária a ratificação**, por lei, desse protocolo (ato de governo com os dois atos).

**Exceção:** a ratificação está **dispensada quando a entidade já tiver lei que permite que ela participe de consórcios** (art. 5º, §4º).

Segundo Marinela, apesar do nome “consórcio” ele é um **contrato administrativo**. Os entes reunidos constituem uma **nova pessoa jurídica** por meio de um contrato de consórcio. Obs: A doutrina critica entendendo que a criação de nova pessoa jurídica da Administração indireta (ou autorização para sua constituição) deveria ocorrer apenas por meio de lei. Mas, na verdade, o consórcio é formado por lei pois segue as seguintes etapas:

- 1º) É assinado o protocolo de intenções
- 2º) Constituído o protocolo de intenções, ele será aprovado por lei em cada casa legislativa dos entes envolvidos. É uma espécie de ratificação.
- 3º) Após aprovação por lei do protocolo de intenções, será formalizado o contrato administrativo de consórcio.

#### 4.3. Natureza jurídica dos consórcios públicos

O consórcio tem personalidade jurídica própria que, segundo a lei, pode ser de **direito público ou de direito privado** (art. 6º, I e II da **Lei 11.107/05**):

- a) Se tiver personalidade jurídica de direito **público** → constitui **ASSOCIAÇÃO PÚBLICA** e **integra a Administração indireta**. Obs: A associação pública é espécie de autarquia.
- b) Se tiver personalidade jurídica de direito **privado** → A associação terá **regime híbrido** (art. 6º, §2º), pois para alguns assuntos incidem normas de direito público: licitação, contratos, prestação de contas e contratação de pessoal (CLT).

A lei não diz se o consórcio de direito privado integrará ou não a Administração Pública indireta. Há divergência:

- 1ª **Corrente (MARIA SYLVIA, CARVALHO FILHO E GASPARINI)** → Ele **integra a Administração** Pública indireta, porque prestará um serviço de forma descentralizada. Essa é a corrente **MAJORITÁRIA**.
- 2ª **Corrente (CELSO ANTÔNIO)** → Esses consórcios também integram a Administração indireta, pois ele entende que eles são empresas públicas.
- 3ª **Corrente (ODETE MEDAUAR E GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA)** → Se a lei não falou, não cabe ao intérprete suprir. Não integra a Administração indireta.

Com efeito, como o consórcio adquire personalidade jurídica, ele **pode celebrar contratos, convênios e consórcios**.

Obs: Uma importante crítica da doutrina é que, como a União tem mais competências e recursos, os entes políticos que com ela se associam terminam se submetendo às suas intenções, violando a autonomia dos entes políticos e a isonomia na gestão do consórcio.

#### 4.4. Manutenção dos consórcios públicos

Eles recebem **subvenção, auxílio e contribuições** sociais e econômicas (art. 2º, §1º, I).

Além disso, o consórcio público **pode promover desapropriações** (não pode expedir o decreto expropriatório) e instituir servidões. Pode ainda emitir papéis de cobrança.

Art. 2º Os objetivos dos consórcios públicos serão determinados pelos entes da Federação que se consorciarem, observados os limites constitucionais.

§ 1º Para o cumprimento de seus objetivos, o consórcio público poderá:

I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;

II – nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e

III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

§ 2º Os consórcios públicos poderão emitir documentos de cobrança e exercer atividades de arrecadação de tarifas e outros preços públicos pela prestação de serviços ou pelo uso ou outorga de uso de bens públicos por eles administrados ou, mediante autorização específica, pelo ente da Federação consorciado.

§ 3º Os consórcios públicos poderão outorgar concessão, permissão ou autorização de obras ou serviços públicos mediante autorização prevista no contrato de consórcio público, que deverá indicar de forma específica o objeto da concessão, permissão ou autorização e as condições a que deverá atender, observada a legislação de normas gerais em vigor.

De acordo com o art. 2º, §3º da Lei 11.107, os consórcios públicos poderão outorgar **concessão, permissão ou autorização** de obras ou serviços públicos, através de autorização prevista no contrato de consórcio, que deve ser específico.

O problema é que essa norma se contrapõe ao art. 175 da CF/88, que só fala de concessão e permissão. De mais a mais, se o consórcio é contrato (consoante a lei e Celso Antônio), a lei só poderia mesmo falar de concessão e permissão, pois a autorização é mero ato unilateral.

Síntese: como o art. 175 da CF/88 só fala em concessão e permissão, **CARVALHO FILHO** entende que **não deveria constar na lei a autorização** (além de a Lei acabar sendo mais ampla que a CF, a autorização é unilateral e não contratual, como diz Celso Antônio).

#### 4.5. Controle

Estão os consórcios sujeitos ao controle pelo Tribunal de Contas (art. 9º, parágrafo único). **MARIA SYLVIA** ainda diz que deve ocorrer o **controle administrativo (tutela)** dos atos praticados no consórcio.

Art. 9º A execução das receitas e despesas do consórcio público deverá obedecer às normas de direito financeiro aplicáveis às entidades públicas.

Parágrafo único. **O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente** para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio, inclusive quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, atos, contratos e renúncia de receitas, sem prejuízo do controle externo a ser exercido em razão de cada um dos contratos de rateio.

**Obs.:** a Lei 11.107/05 acrescentou o inciso XIV e XV ao art. 10 da LIA (que prevê o ato de improbidade por dano ao erário). **MARIA SYLVIA** entende que a lei não deveria considerar essas duas hipóteses como ato de improbidade, porque elas não ensejam real dano ao erário (necessariamente). A lei não poderia considerar improbidade administrativa um ato que efetivamente não causa dano ao erário. Na verdade, essa conduta não precisaria estar prevista, pois ela entende que estaria regulada corretamente só colocando no art.11 (violação de princípio).

Art. 18. O art. 10 da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992, passa a vigorar acrescido dos seguintes incisos:

"Art. 10. XIV – **celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada** sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – **celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária**, ou sem observar as formalidades previstas na lei." (NR)

#### 4.6. Licitação nos consórcios públicos (arts. 17, 11.107/05 e 23, 8.666/93)

Em relação às licitações, há duas normas específicas acerca dos consórcios:

- a) **Limite para as modalidades de licitação** → Se o consórcio público tiver até 3 entes, utiliza-se o **DOBRO** do valor ali fixado como parâmetro para as modalidades de licitação e se o consórcio tiver mais do que 3 entes, utiliza-se o **TRIPLO** do valor.

Art. 23, § 8º da lei 8.666/93. No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

- b) **Limite para dispensa da licitação** → O percentual de dispensa **passa de 10% para 20%**.

Art. 24 da lei 8.666/93. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de **engenharia** de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, **desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;**

II - para **outros serviços e compras** de valor até **10%** (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez.

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

**CELSO ANTONIO**, por seu turno, defende que não existe necessidade de licitação para os consórcios públicos.

#### 4.7. Contrato de programa e de rateio

Com a lei 11.107/05 surgiram as figuras do contrato de programa (art. 13) e do contrato de rateio (art. 8º).

Contrato de programa	Contrato de rateio
No contrato de programa, <b>as obrigações que são assumidas estão previstas</b> no termo de consórcio. O §2º desse artigo define quais as cláusulas necessárias. Ela estabelece as condições de validade do contrato de programa.	O contrato de rateio é o <b>pressuposto para que os entes consorciados transferirem recursos ao consórcio público</b> , com base na LC 101/00. Dispõe o art. 8º, <i>caput</i> : os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.