REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

Duração de convênios administrativos: aspectos gerais e o caso dos convênios de regulação de serviços de saneamento básico por consórcio público

The duration of administrative cooperation agreements: general aspects and the case of cooperation agreements for the regulation of basic sanitation services by public consortia

Thiago Marrara

Resumo: O artigo cuida da figura dos convênios administrativos no Brasil, apresenta seus elementos de identificação e examina seu prazo de duração. Conclui-se que os prazos restritivos de duração de contratos de prestação de serviços da Lei Geral de Licitações não se aplicam aos ajustes cooperativos. Em seguida, trata-se do convênio firmado com consórcios públicos para fins de regulação de saneamento básico e mostra-se que existe discricionariedade do administrador público para definir seu prazo de duração, não havendo que se estender as restrições dos contratos administrativos instrumentais aos convênios do gênero.

Palavras-chave: Convênios; prazo de duração; regulação; saneamento; consórcios.

Abstract: The article analyses the figure of administrative cooperative agreements in Brazil, presents its elements of identification and examines its duration. It concludes that the restrictive periods imposed to service contract by the General Procurement Law do not apply to cooperative adjustments. Next, it examines the agreement signed with public consortia to regulate basic sanitation and it shows that there is discretion of the public administrator to define its term of duration. Therefore, legal restrictions related to the duration of instrumental administrative contracts cannot be extended to such agreements.

Keywords: Cooperation agreements; duration of public contracts; regulation; sanitation; consortia.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4n2p91-116

Artigo submetido em: julho de 2017 **Aprovado em**: julho de 2017

Este conteúdo está protegido pela lei de direitos autorais. É permitida a reprodução, desde que indicada a fonte como "Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo". A RDDA constitui periódico científico da FDRP/USP, cuja função é divulgar gratuitamente pesquisa na área de direito administrativo. Editor responsável: Professor Associado Thiago Marrara.

DURAÇÃO DE CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS: ASPECTOS GERAIS E O CASO DOS CONVÊNIOS DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO POR CONSÓRCIO PÚBLICO

*Thiago MARRARA**

Sumário: 1 Introdução; 2 Identificação de convênios; 3 Critérios materiais; 4 Critérios pessoais; 5 Natureza jurídica; 6 Estruturação do regime jurídico dos convênios; 7 Disciplina dos prazos na legislação; 8 Disciplina dos prazos na doutrina e na jurisprudência; 9 Conclusões; 10 Referências bibliográficas

1. Introdução

Hely Lopes Meirelles foi um dos grandes estudiosos dos convênios e dos consórcios, bem como da realidade municipal brasileira. Embora não tenha vivido a chegada da legislação de consórcios como entes interfederativos, a contribuição teórica de Meirelles se faz sentir até hoje na matéria em questão, sobretudo por ter subsidiado fortemente a construção de um regime jurídico para os chamados módulos de cooperação administrativa, cuja realidade não se harmoniza à lógica dos preceitos regentes dos contratos administrativos com função instrumental (ou seja, contratos de fornecimento de bens e serviços ao Estado).

Nesse estudo, aqui apresentado em homenagem ao saudoso administrativista ribeirão-pretano, que completaria cem anos em setembro de 2017, buscar-se-á pontualmente responder às seguintes indagações: qual é o prazo de duração de convênios administrativos no direito brasileiro? Esses ajustes se submetem às limitações do art. 57 da Lei de Licitações ou existe discricionariedade para definir o termo final?

Com o intuito de esclarecer essas questões, parte-se da caracterização teórica dos convênios, momento em que serão retomadas algumas considerações publicadas em estudo anterior sobre o tema (MARRARA, 2005, p. 551 e seguintes). Apontam-se, em seguida, considerações sobre a natureza jurídica e o regime jurídico desses instrumentos e, enfim, cuida-se da disciplina do prazo de duração com suporte na legislação de licitações e contratos, de consórcios e de saneamento básico, assim como na doutrina e na jurisprudência.

2. Identificação de convênios

Inúmeras são as definições do convênio administrativo na literatura jurídica pátria. Nas diversas explicações identificadas e, especialmente, no rol traçado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro para distingui-lo do contrato administrativo em sentido

** Professor associado de direito administrativo da Universidade de São Paulo (USP) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP). Livre-docente (USP). Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA). Advogado-consultor.*

estrito (que aqui também se chamará de módulo convencional instrumental), empregam-se critérios que se deixam classificar em dois blocos: um relativo ao conteúdo das obrigações contidas no ajuste (critérios materiais) e outro concernente aos partícipes, ou seja, à natureza jurídica e às finalidades das pessoas que o celebram (critérios pessoais).[1]

Referidos blocos de critérios, examinados em mais detalhes nos próximos itens, apresentam três grandes utilidades, quais sejam: i) a de resumir os elementos essenciais de um convênio; ii) a de fornecer subsídios para que se responda se os convênios são espécies de contratos administrativos instrumentais e, portanto, se devem ou não se sujeitar às normas limitativas da lei de licitações, por exemplo, no que se refere a prazos máximos de duração, e iii) a de oferecer um método para que se verifique, em relação a um ajuste concreto, rotulado como "convênio", se estão presentes as características que justificarão o regime jurídico diferenciado ou, pelo contrário, se o qualificativo convênio é utilizado indevidamente. Considerando que, na Administração Pública brasileira, nem sempre o nome da forma contratual condiz com seu conteúdo, esse método torna-se fundamental para identificar os ajustes cooperativos.

3. Critérios materiais

Os critérios materiais de identificação dos convênios administrativos levam em conta seu conteúdo. Eles envolvem o exame: i) do caráter bilateral e cooperativo do ajuste; ii) do tipo de obrigações contratuais; iii) das vantagens econômicas e iv) de características indiretas.

i) Bilateralidade e cooperação

À luz da teoria geral dos negócios jurídicos, a bilateralidade implica a existência de direitos e obrigações para ambas as partes. A comutatividade, por outra via, sugere a contraposição dos interesses das partes, de modo que a prestação, por uma, equivale à contraprestação da outra (ARAÚJO, 2010, p. 725; JUSTEN FILHO, 2014, p. 468; GOMES, 1999, p. 09 e seguintes). Aparentemente, a comutatividade assemelha-se à chamada reciprocidade obrigacional. Todavia, é incabível afirmar que elas sempre revelam um jogo de vantagem e desvantagem.

De modo geral, os convênios administrativos envolvem a união de esforços de dois ou mais entes em busca de um resultado comum de interesse de ambos os partícipes.[2] Trata-se de um "contrato cooperativo", tal como o de sociedade no

[1] A escolha desses critérios, no presente trabalho, foi influenciada pelas exposições de JUSTEN FILHO (2014, p. 469) e de DI PIETRO (2017, p. 389).

[2] Di Pietro esclarece que "no convênio, busca-se um resultado comum que deverá ser usufruído por todas os partícipes... as vontades, nos convênios somam-se em busca do interesse comum" (2017, p. 390).

direito privado,[3] razão pela qual as vantagens e desvantagens de todos os contratantes não são contrapostas, mas sim equivalentes.

Hely Lopes Meirelles também frisava esse aspecto cooperativo, ou de trabalho conjunto, embora dissesse que, com base nele, o convênio não seria contrato, mas sim acordo, o que justificaria seu regime especial. Nas suas palavras, "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" (MEIRELLES, 1993, p. 354).

Em recente tese de livre-docência sobre o tema, aprovada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Fernando Dias Menezes de Almeida reforçou a doutrina consagrada ao inserir o convênio, ao lado de inúmeros outros instrumentos (*e.g.* contrato de programa, termo de parceria, contrato de repasse e consórcio), no abrangente grupo dos módulos convencionais de cooperação, o qual, em sua visão, submete-se a regime próprio e, por isso, deveria ser objeto de uma legislação única, diferente da aplicada ao grupo dos módulos instrumentais (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 240). Assim como Hely Lopes Meirelles, Menezes de Almeida entende que a natureza cooperativa coloca os convênios em regime distinto, mas isso não obsta a natureza contratual desses instrumentos, contanto que, por óbvio, a expressão contrato seja tomada em sentido amplo – não, pois, como equivalente aos poucos contratos instrumentais da Lei n. 8.666/1993.

Apesar de certas nuances, sobretudo acerca da distinção entre contratos e acordos, resta evidente que, no direito brasileiro, as obrigações constantes de um convênio administrativo devem se caracterizar pela bilateralidade, resultante da soma de esforços de todos os partícipes, e pela cooperação em busca da consecução de metas e ações finais comuns.[4] Daí porque não haveria espaço para se falar em prestação e contraprestação, mas tão somente em prestações conjuntas direcionadas a um fim de interesse de todos os partícipes. Disso não resulta, porém, um empecilho ao reconhecimento da natureza recíproca das obrigações previstas nesses ajustes.

ii) Tipo das obrigações: dar, fazer e não-fazer

Como espécie da família dos módulos convencionais de cooperação, conforme se demonstrará adiante, o convênio administrativo admite perfeitamente obrigações de dar e fazer, mas a princípio não deve comportar obrigações de não-fazer.

[3] Pontes de Miranda explica que "a finalidade comum está na base do contrato de sociedade. Não há a prestação e a contraprestação" (1972, p. 12). Prossegue o autor afirmando que "nos negócios plurilaterais ninguém contrapresta. Todos prestam" (p. 64).

[4] Szklarowsky sustenta que, nos convênios, "as pretensões são sempre as mesmas, variando apenas a cooperação entre si, de acordo com as possibilidades de cada um, para a realização de um objetivo comum" (SZKLAROWSKY, 1998, p. 75).

Não obstante sejam usuais nos convênios, as obrigações de dar e de fazer não poderão ser previstas além do necessário à consecução do interesse comum dos partícipes. Todo comportamento e todas as transferências de bens ou de valores entre os partícipes destinadas a gerar vantagens econômicas sem correlação com o objetivo da cooperação será ilegal, implicando enriquecimento ilícito, de uma parte, e desvio de finalidade, de outra.

Em outras palavras, o que se está a dizer é que as obrigações se alinham e se limitam à finalidade cooperativa que justifica e norteia o ajuste. Desde que respeitada a finalidade pactuada e considerando-se que, por essência, os convenentes perseguem objetivos institucionais idênticos, comuns ou complementares e, por reflexo, o convênio administrativo surge como meio para atingi-los, é possível afirmar que, quanto maior forem a cooperação e a união de esforços (geralmente por obrigações de fazer e dar), melhores serão os resultados obtidos (objetivos do convênio).

As obrigações de não-fazer, no entanto, afiguram-se primariamente incompatíveis com esse caráter construtivo ou sinérgico dos convênios administrativos, haja vista que consistem ou em omissões ou, no mínimo, em atos de tolerância, revelando-se como uma autorrestrição para o sujeito passivo da obrigação (GOMES, 1999, p. 40; em geral, ver também FRANCO SOBRINHO, 1983, p. 25 e seguintes). Sendo assim, a inclusão de obrigações negativas em convênios administrativos é inconcebível a princípio. Se necessárias, obrigações de não fazer assumirão caráter excepcional e, em todo caso, deverão se harmonizar plenamente com os objetivos do ajuste e, indiretamente, com a razão de existir dos partícipes.

iii) Vantagens econômicas e natureza pecuniária das obrigações

Diversos autores elegeram a ausência de benefícios ou vantagens econômicas dos partícipes como característica marcante do convênio administrativo, o que chegaria, inclusive, a justificar a inaplicabilidade das normas sobre os contratos administrativos em sentido estrito sobre eles.5 Essa conclusão parece correta, mas a afirmação inicial merece reparos.

A ausência de benefício econômico nos convênios administrativos é puramente ilusória. Vantagens econômicas nem sempre significam ganhos contábeis. Todo lucro é vantagem econômica, mas nem toda vantagem econômica é lucro. Por essa razão, melhor seria dizer, como o faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, no convênio, não se deve cogitar de remuneração para os partícipes. Explique-se.

Nada impede, no ordenamento jurídico, a presença de cláusulas que prevejam a transferência de valores pecuniários necessários à concretização do ajuste (DI PIETRO, 2017, p. 390 e SZKLAROWSKY, 1998, p. 75). Desse modo, não será ilícito

[5] Neste sentido, escreveu Justen Filho que "o convênio não produz benefícios econômicos ou vantagens econômicas para nenhuma das partes, o que afasta a aplicação das regras genéricas sobre contratação administrativa" (JUSTEN FILHO, 2014, p. 470). Não se aceita, aqui, essa asserção.

que um convenente transfira recursos financeiros para compensar os custos que o outro partícipe assumir em virtude da cooperação e que, de outra maneira, não serão compensados. Quando se fala de inadequação da remuneração, quer-se dizer que o convênio simplesmente não deverá prever repasse de valores outros que não os necessários para a cobertura dos custos (não compensados) de um partícipe para viabilizar a cooperação. Afinal, o escopo do convênio não é promover o enriquecimento de nenhum partícipe, mas, sim, viabilizar seus interesses comuns.

Reitere-se, pois, que inexiste motivo para se negar a existência ou a validade de cláusulas com conteúdo pecuniário, geralmente denominadas como cláusulas financeiras. Não há nada na lógica dos convênios que se incompatibilize com o repasse de recursos entre partícipes, gerando-se benefícios econômicos para um ou todos eles, desde que na proporção exigida para a consecução dos fins previstos no ajuste. Tanto é assim que a Lei de Licitações, ao tratar do assunto, exige que o convênio venha acompanhado de um plano de trabalho do qual constem, entre outras coisas, cláusulas acerca da aplicação dos recursos financeiros e do cronograma de desembolso (art. 116, § 1º, IV e V da Lei n. 8.666/1993).

Inaceitável, como dito, seria apenas a existência de cláusulas de preço, remuneração ou qualquer outra que revelasse o intuito de lucro ou enriquecimento para qualquer uma das partes. Exatamente por esse mesmo motivo, todos os recursos financeiros e bens envolvidos nos convênios se vincularão exclusivamente às finalidades nele previstas, como manda, de modo expresso, o art. 116, § 5o da Lei de Licitações. Pela mesma lógica, quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, estipula a mesma lei que os saldos financeiros remanescentes serão devolvidos ao partícipe repassador dos recursos (art. 116, § 6º).

iv) Características indiretas

O caráter cooperativo do convênio determina sua arquitetura contratual, atraindo tipos de cláusulas "mais amigáveis", marcadas por alto grau de consensualidade e de flexibilidade. Disso decorre a inadequação de diversas regras de direito administrativo e direito privado a estes ajustes, sobretudo as criadoras de poderes exorbitantes para uma parte contratual e as que impõem restrições típicas dos contratos instrumentais, como os de prestação de serviços, de obras e de fornecimento de bens.

A título de ilustração, a previsão de termos de ajustamento, bem como as cláusulas de mediação e arbitragem no tocante à solução de controvérsias que possam surgir durante a execução das obrigações são muito mais coerentes ao espírito do convênio do que cláusulas de foro ou regras sancionatórias em favor de um ou outro partícipe. Nesta lógica, também são incompatíveis com os convênios quaisquer modalidades de cláusulas penais, garantias ou arras, poderes de intervenção ou ocupação.

Além disso, a natureza cooperativa dos convênios administrativos ainda tem o poder de repelir cláusulas de permanência obrigatória, cláusulas de proibição de inclusão de novos partícipes que possam colaborar devidamente com a consecução do objetivo nele previsto (ARAÚJO, 2010, p. 729; DI PIETRO, 2017, p. 390 e MEIRELLES, 2001, p. 398), assim como cláusulas de prazo que se revelem injustificáveis diante da cooperação almejada, sobretudo naqueles convênios firmados somente entre entes estatais – como consórcios públicos de regulação, de um lado, e Municípios titulares de serviços de saneamento básico, de outro.

4. Critérios pessoais

Pessoais são os critérios que tomam por base a natureza e o papel das pessoas, físicas ou jurídicas, que celebram um convênio de cooperação com o Estado. Dos critérios que levam em conta o fator subjetivo, é preciso examinar: i) a natureza jurídica dos partícipes e seus objetivos institucionais; ii) a imprescindibilidade de objetivos idênticos, comuns ou complementares e iii) a pessoalidade no cumprimento das obrigações pactuadas no convênio.

i) A natureza jurídica dos partícipes e seus objetivos institucionais

No tocante à natureza jurídica dos partícipes, cabe indagar, em primeiro lugar, se eles devem apresentar características específicas, ou seja, se os convênios podem ser assinados somente por pessoas que apresentem determinada natureza jurídica. Em segundo lugar, é preciso verificar se, para além da natureza jurídica, os partícipes devem perseguir objetivos institucionais necessariamente idênticos.

Quanto ao primeiro aspecto, não existe no ordenamento jurídico pátrio, nem mesmo implicitamente, vedação para que qualquer pessoa jurídica, de direito público ou privado, celebre convênio administrativo. Vale dizer: não há limitações para a celebração de convênio em razão da natureza jurídica dos partícipes. Por isso, são concebíveis os convênios entre:

- Entes estatais, de direito público ou de direito privado, da mesma espécie. São exemplos desta modalidade aqueles firmados entre duas ou mais agências reguladoras, bem como os convênios entre Municípios;[6]

- Entes estatais de diferente espécie e/ou distinto nível político, como um convênio celebrado entre o Município e uma associação estatal (consórcio)

[6] Antes da lei de consórcios de 2005, referidos ajustes entre entidades com a mesma natureza eram considerados, por parte da doutrina, como consórcios e não convênios. Nesse sentido, cf. MEDAUAR (1995, p. 452) e MEIRELLES (2001, p. 399).

para a regulação de serviços de saneamento ou entre a União e alguns Municípios para o desenvolvimento econômico de certa região;[7]

- Entes estatais nacionais e entes estrangeiros, como um convênio firmado entre uma Fundação de Fomento à Pesquisa no Brasil e uma Organização Internacional;

- Entes estatais, de direito público ou privado, e entes não estatais, nacionais ou estrangeiros, tal qual o acordo firmado entre uma agência reguladora brasileira e uma universidade estrangeira com o objetivo de cooperar no desenvolvimento de recursos humanos ou da pesquisa.

Embora não se relacionem diretamente com o objeto do estudo, que envolve convênio entre uma associação estatal de direito público e Municípios titulares de serviços de saneamento, breves considerações adicionais necessitam ser registradas no tocante a convênios com pessoas jurídicas que perseguem fins lucrativos e a convênios com pessoas físicas.

Não há empecilho legal, *a priori*, para a celebração de convênio com pessoa jurídica de direito privado que tenha intuito lucrativo. A predominância das atividades lucrativas, por exemplo, das empresas, não as impossibilita de praticar outras de caráter cooperativo com a Administração Pública, principalmente com a popularização das estratégias de responsabilidade social. Na maioria das vezes, o ganho econômico com a celebração do convênio é indireto para o partícipe privado, tal como a melhoria da imagem da organização. E esse ganho indireto não prejudica a utilização do convênio, a não ser quando a colaboração seja nociva ao interesse juridicamente tutelado de outros entes privados, por exemplo, por afetar as condições de concorrência. Se isso ocorrer, mais adequada será a utilização da figura do contrato administrativo em sentido estrito, devidamente precedido de procedimento licitatório. Como o convênio de um ente privado com a Administração não pode servir para beneficiar alguns agentes de mercado em detrimento de outros, a ponderação das implicações concorrenciais deve preceder a escolha da Administração pela celebração de convênio ou, em alternativa, de um contrato administrativo instrumental (contrato de prestação de serviço) ou de um instrumento concessório.

A classificação apresentada anteriormente omite convênios com pessoas físicas. Conquanto, no direito positivo, não exista tal limitação expressa, o convênio é dispensável ou inadequado nesta hipótese pelo fato de existirem outros mecanismos jurídicos que permitem a colaboração de pessoas físicas com a Administração Pública. São deles exemplos os contratos de doação e, mais

[7] Esse último exemplo de convênio aparecia na Constituição Federal de 1967, em seu art. 13, § 3º, e, atualmente, está prevista no Código Tributário Nacional, em seu art. 83, no Decreto-Lei no 200/67, no art. 10 (DI PIETRO, 2002, p. 191).

atualmente, os termos para exercício de serviço voluntário para fins científicos, culturais, educacionais, cívicos ou assistenciais (Lei n. 9.608/1998). Ademais, em muitos casos, a colaboração de pessoas físicas prescinde de qualquer instrumento bilateral, sendo aceita ou até mesmo determinada por mero ato administrativo.

ii) A imprescindibilidade de objetivos idênticos, comuns ou complementares

A categorização dos diversos arranjos demonstra que a possibilidade de celebração de convênios administrativos não é limitada pela natureza jurídica ou política do partícipe. Essencial para caracterizar um verdadeiro convênio é a presença de objetivos institucionais que justifiquem a cooperação, a despeito da personalidade de direito público ou privado dos partícipes. E esses objetivos não necessitam ser sempre idênticos. Na prática, o convênio se justificará tanto por objetivos idênticos, quanto por objetivos comuns ou meramente complementares – contanto que sejam, sempre, lícitos.

Os partícipes apresentam *objetivos idênticos* notadamente quando apresentam a mesma natureza jurídica e igual finalidade institucional por força de lei ou da Constituição, tal como ocorre com os entes políticos (pessoas jurídicas de direito público, como os Municípios e os Estados) ou as empresas públicas ou sociedades de economia mista incumbidas da execução de um ou mais serviços de saneamento (pessoas jurídicas estatais de direito privado na forma de sociedade).

Em contraste, os *objetivos comuns* indicam que os partícipes partilham determinadas finalidades, ou seja, não há uma sobreposição completa, uma identificação de todos os seus escopos institucionais. Isso se verifica, por ilustração, nos convênios entre uma agência de fomento à pesquisa e uma universidade pública ou em um convênio entre uma agência reguladora de saneamento e outra de águas. Igual situação se vislumbra na relação de um Município, competente para serviços de saneamento, com um consórcio dedicado exclusivamente à regulação nesse setor.

Enfim, os *objetivos complementares* apontam que as finalidades dos partícipes não se identificam nem se sobrepõem em qualquer aspecto. Ainda assim, a competência de um deles se mostra imprescindível ou extremamente útil para a boa execução da competência do outro, o que, ao final, passa a justificar o instrumento de cooperação. A despeito dos objetivos institucionais distintos, o convênio será adequado para todos os partícipes por facilitar, aprimorar ou melhorar o exercício de suas atividades, de modo a incrementar sua eficiência. Exemplos disso são os convênios de cooperação entre uma entidade privada sem fins lucrativos (voltada à proteção do ambiente ou da ordem urbanística de certa região) e uma entidade pública competente para a prestação ou regulação de serviços de saneamento básico.

iii) Pessoalidade no cumprimento das obrigações

Tento em vista que a consecução de objetivos idênticos, comuns ou complementares pressupõe soma de esforços, a pessoalidade na execução das obrigações se torna uma característica natural dos convênios administrativos. Os conveniados se unem em razão da comunhão de propósitos e do reconhecimento recíproco da capacidade e vantajosidade de trabalharem em conjunto, do que deriva a necessidade de que eles mesmos executem as obrigações. É por essa relação personalizada que, a princípio, afasta-se a exigência de qualquer tipo de procedimento licitatório como requisito de escolha, por uma entidade estatal interessada, dos partícipes na celebração de convênio de cooperação.

A pessoalidade ou natureza personalíssima das obrigações constantes de um convênio administrativo redunda, de outra parte, na inadmissibilidade relativa, ou a priori, de regras de cessão ou subcontratação de obrigações neste tipo de instrumento.[8] Não pode o convênio ser celebrado, sem licitação, com o intuito de beneficiar uma entidade terceira, não partícipe, que não detenha as características pessoais que justificaram a cooperação. Passível de subcontratação ou cessão afiguram-se apenas as obrigações não essenciais, acessórias, não relacionadas à competência dos partícipes que compõe o núcleo e o próprio fundamento da cooperação. Assim, ainda que a predominância de obrigações personalíssimas se revele essencial e inafastável, não descaracterizará o convênio a execução de "atividades-meio" por outras pessoas jurídicas em razão de cláusula de subcontratação, cessão ou por trabalhadores terceirizados.

Em síntese, as obrigações dos convênios administrativos presumem-se todas personalíssimas, salvo a possibilidade de adimplemento por terceiros de obrigações procedimentais simples, não determinantes, para as quais a presença dos partícipes não se revele justificável ou imprescindível e, obviamente, desde que não se gerem custos extraordinários desnecessários. Mesmo cumprindo tais requisitos, é prudente que haja menção expressa, no corpo do instrumento de convênio, sobre a ausência de pessoalidade em relação a certas obrigações.

5. Natureza jurídica

A enumeração de critérios identificadores dos convênios administrativos demonstra que esses ajustes não se confundem com os chamados módulos convencionais instrumentais, de que são exemplos os contratos de prestação de serviços ou de fornecimento de bens, ambos regidos pela Lei n. 8.666/1993. Referidos critérios evidenciam, portanto, a necessidade de construção de um regime

[8] Neste mesmo sentido, JUSTEN FILHO (2015, p. 484). Escreve o autor paranaense que "... há certas contratações em que as características pessoais do contratado são essenciais para o desempenho satisfatório da função administrativa. Nesses casos, haverá contrato administrativo intuitu personae" (...) "os contratos administrativos personalíssimos são pactuados mediante um procedimento específico e não admitem cessão ou subcontratação...".

jurídico adequado ao papel e à finalidade do convênio e de outros ajustes que se encaixem na categoria dos módulos de cooperação administrativa.

No entanto, os critérios anteriormente detalhados, por si sós, não logram esclarecer qual é o bloco de legalidade que sobre eles se aplica e tampouco respondem se, e em que medida, os prazos da Lei n. 8.666/1993 relativos aos contratos instrumentais também limitam a duração de convênios. Por isso, no intuito de mapear as regras e os princípios que regem os convênios, que formam seu regime jurídico, inclusive no tocante aos prazos, cumpre discutir se eles são contratos administrativos nos termos da Lei n. 8.666/1993 e se o reconhecimento da natureza contratual os submete automaticamente às restrições desta mesma lei.

Há basicamente três posições doutrinárias sobre o assunto no Brasil: a que considera os convênios uma espécie de ato administrativo complexo; a que os trata como contrato administrativo e a que sustenta haver uma categoria própria de contrato administrativo que os abrange e, simultaneamente, retira-os do regime geral dos contratos instrumentais, como os de prestação de serviços da Lei n. 8.666/1993.

Com suporte no conceito de ato conjunto do direito alemão (*"Gesamtakt"*), elaborado por Otto Friedrich von Gierke e, mais tarde, difundido no direito administrativo pelos italianos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 185) desenvolveu uma teoria brasileira do ato administrativo complexo. Ao lado dos contratos administrativos, tais atos seriam espécies do gênero "atos administrativos plurilaterais".

Em poucas palavras, os atos administrativos complexos exigiriam a manifestação de vontade de duas entidades, "cada uma delas com sua respectiva personalidade jurídica" (complexidade subjetiva) e que produziriam efeitos cumulados (complexidade objetiva), mas voltados a interesses comuns.[9] No entanto, diferentemente do que se entendeu na Itália, Moreira Neto pretendeu incluir atos praticados conjuntamente por pessoas jurídicas de direito público e privado, sem caráter estatal ou paraestatal, como espécies de atos administrativos complexos, ampliando o conceito originário de complexidade subjetiva. Em última instância,

[9] Nas palavras de Moreira Neto, o ato administrativo complexo seria o "concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, nas modalidades de cooperação ou de colaboração, visando a um resultado de interesse público, comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas" (MOREIRA NETO, 2005, p. 186).

isso autorizaria a incluir os convênios administrativos como exemplos do conceito.[10] Esta linha de entendimento foi igualmente seguida por Edmir Netto de Araújo.[11]

Existe aí, porém, um problema insuperável: a ampliação da complexidade subjetiva exigiria que o direito administrativo autorizasse a prática de atos administrativos por pessoa jurídica de direito privado sem qualquer caráter estatal ou paraestatal e, o que é mais complicado, sem qualquer relação com o exercício de função administrativa.

Fora isso, afigura-se questionável empregar novos conceitos científicos quando se constata que outros conceitos consagrados ainda são úteis para explicar a realidade analisada. Apropriado foi o alerta de Jean Rivero sobre a frequência e o perigo de termos insuficientemente precisos no direito administrativo (RIVERO, 1995, p. 56). E, a negar a utilidade do conceito que empregou, o próprio Moreira Neto reconhece que, "por serem os atos administrativos complexos e os contratos administrativos espécies do mesmo gênero, o pacto, os seus elementos são os mesmos que foram estudados no contrato administrativo" (MOREIRA NETO, 2005, p. 187). Não há, pois, motivo para que se busque em outras categorias jurídicas um corpo de regras e princípios que a dos contratos administrativos já oferece aos convênios, respeitando suas peculiaridades materiais e subjetivas.

Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José Cretella Júnior sustentam que convênios não são contratos administrativos. Contudo, advirta-se que, ao fazerem esta afirmação, os autores buscam simplesmente justificar que eles não podem ser submetidos ao regime de meros contratos de prestação de serviços por duas razões centrais. A uma, a presença de interesses coincidentes dos partícipes nos convênios é incompatível com a exigência de interesses opostos típica dos contratos instrumentais (obras, bens e serviços). A duas, os partícipes, diferentemente das partes de um contrato tradicional, estão em idêntica posição jurídica, ainda que cada uma colabore na medida de suas forças para a realização do objetivo negociado.[12] Com isso, os doutrinadores referidos desejam salientar que não se pode igualar o convênio a um mero contrato de prestação de serviços, cujo regime é marcado por prerrogativas e poderes que não se harmonizam com ajustes de finalidade cooperativa.

Marçal Justen Filho e Odete Medauar seguem linha distinta, ao sustentarem que convênios são contratos. Medauar considera problemático afirmar que os convênios

[10] Para o Moreira Neto, "convênio é o ato administrativo complexo em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho conjunto, por cooperação ou colaboração, de uma atividade de competência da primeira" (MOREIRA NETO, 2005, p. 189).

[11] "Convênios e consórcios são incluídos, por certos doutrinadores, na categoria de atos complexos, com o que concordamos..." (ARAÚJO, 2010, p. 729).

[12] Meirelles sustentava que "convênios administrativos são acordo firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes". Não se trataria de contrato, senão mero acordo, pois há interesses coincidentes e não opostos, como nos contratos (MEIRELLES, 2001, p. 397).

são espécie distinta do contrato administrativo em razão ou dos "resultados comuns" buscados pelos partícipes ou do critério de competências comuns das partes ou da ausência de cláusulas de remuneração nestes instrumentos, haja vista que estas características podem estar presentes em outras espécies de contratos administrativos, como nos de concessão de serviço público (MEDAUAR, 1995, p. 455).

Se bem examinadas, todas as manifestações doutrinárias convergem no sentido de que os convênios assumem traços que não justificam equiparar seu regime jurídico ao dos contratos instrumentais, sobretudo o de prestação de serviço previsto na Lei n. 8.666/1993 – contratos estes que se caracterizam por restrições e prerrogativas típicas de direito administrativo. Dizendo de outro modo: tanto os defensores da teoria do convênio como ato complexo, quanto os que não o consideram contrato, não divergem do posicionamento dos autores que os consideram contratos. As diferenças doutrinárias, na verdade, são mais terminológicas, de rótulo, que propriamente de conteúdo. Em todos os posicionamentos, há um ponto comum: que é a imprescindibilidade de se conferir aos convênios um regime mais flexível e diferenciado – exatamente o que prescreve o art. 116 da Lei n. 8.666/1993.

Para solucionar a confusão doutrinária baseada mais em aspectos formais que em diferenças reais, é bastante útil retomar os avanços doutrinários mais recentes em matéria contratual. De acordo com a nova tipologia construída na tese de Fernando Dias Menezes de Almeida, titular de direito administrativo da Universidade de São Paulo, é preciso considerar que a complexidade das relações da Administração Pública exige, hoje, que se atribua ao contrato administrativo uma definição ampliada, capaz de absorver, ao menos, quatro grandes grupos, cada qual com diferentes lógicas e regimes.

Dentro dos módulos necessários para a criação de situação jurídica, há três grandes grupos contratuais: i) os módulos convencionais de cooperação (de que são exemplos os convênios); ii) os módulos convencionais de concessão e iii) os módulos convencionais instrumentais (de que são exemplos os contratos de prestação de serviços). Além deles, há um quarto grupo, chamado de módulos convencionais substitutivos de decisão unilateral da Administração Pública, no qual se encaixam, por exemplo, os compromissos de cessação de prática infrativa (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 236 e seguintes).

A partir da teorização de Menezes de Almeida, "contrato administrativo há de ser compreendido como elemento pertencente ao gênero próximo *contrato,* porque comunga da mesma essência do contrato enquanto categoria jurídica geral; e como possuidor da diferença específica *administrativo*, porque sofre potencialmente a incidência do regime de direito público autoexecutório inerente à ação administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral. *E o critério da incidência desse regime há de ser o objeto contratual e não*

a simples presença da Administração na relação. Há que se buscar na natureza do objeto contratual a razão de ser do regime" (g.n.) (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p 355).

Como se verá nos itens seguintes, essa classificação contemporânea é a que mais bem reflete a complexa legislação brasileira sobre a matéria. A definição de contrato administrativo contida no art. 2º, da Lei nº 8.666/93, não afirma que o conceito pressuponha interesses contrapostos, mas tão somente obrigações recíprocas.[13] Como as obrigações recíprocas não são sinônimas de interesses contrapostos, indicando, simplesmente, a existência de bilateralidade contratual, os convênios e ajustes semelhantes de natureza cooperativa se enquadram, sem grandes questionamentos, na definição legal. Isso revela que o art. 2º, *caput* da Lei toma o contrato administrativo em sentido amplíssimo, de sorte a englobar inúmeras espécies convencionais, desde as instrumentais, passando pelas concessórias até as cooperativas. No entanto, ao contrário do art. 2º, o corpo da Lei n. 8.666/1993 – e aqui está a fonte das confusões doutrinárias – não pretende disciplinar todos os contratos, senão apenas os englobados no módulo instrumental.

Justamente por ser o conceito de contrato extremamente amplo e pelo fato de a Lei 8.666/1993 se concentrar na disciplina dos contratos instrumentais (como os de prestação de serviços e fornecimento de bens), o Congresso Nacional reputou essencial inserir nesta mesma lei um dispositivo que deixasse evidente a necessidade de se respeitarem as peculiaridades dos módulos cooperativos, garantindo-lhes um regime próprio. Não é outra a função do art. 116 do diploma em debate, segundo o qual os convênios se submetem às normas contidas na Lei nº 8.666/1993 somente naquilo que for compatível com sua natureza e função. Se os convênios não fossem uma espécie de contrato administrativo nos termos do art. 2º da Lei e se não houvesse a necessidade de lhes colocar sob regime especial, não teria o legislador criado a norma de exceção constante do art. 116.

Em síntese: tanto a doutrina contemporânea, quanto a lei geral de licitações tomam os convênios como uma espécie de contrato administrativo ao mesmo tempo em que reconhecem a necessidade de se afastar a pretensão de submetê-los automaticamente ao regime jurídico dos contratos instrumentais, que nem sempre se adapta à função cooperativa daqueles ajustes. É esse conceito abrangente, complexo e atual de contrato administrativo que permite negar a pretensão de unicidade e universalidade do regime previsto na Lei Geral de 1993. Nesta visão, a expressão contrato administrativo há que ser compreendida como uma categoria de instrumentos celebrados pela Administração Pública sem um regime jurídico padrão ou estrutural.

[13] Pelo art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93: contrato é "todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".

6. Estruturação do regime jurídico dos convênios

Considerando-se que os convênios são contratos administrativos na acepção ampla do termo,[14] cabe à União definir suas normas gerais, por força do art. 22, XXVII, da Constituição da República, respeitadas as competências dos Estados e Municípios para complementá-las. Isso não significa que todas as normas da Lei de Licitações e Contratos Administrativos sejam aplicáveis aos convênios, por força do já discutido art. 116, *caput*.[15] Na verdade, uma análise desse dispositivo permite extrair duas conclusões fundamentais: a primeira é a de que o regime dos convênios se caracteriza pela complexidade, pois abrange um núcleo duro (de observância obrigatória) e outro, flexível; e a segunda, de que, por força dessa flexibilidade, os poderes e as limitações da Lei n. 8.666/1993 não se estendem automaticamente aos convênios (art. 116, *caput*).

O núcleo duro do regime dos convênios retrata o conjunto de normas previstas no próprio art. 116 e que disciplinam aspectos essenciais desses ajustes – normas essas que têm natureza geral e somente poderão ser afastadas por normas especiais editadas pelo Congresso Nacional. Melhor dizendo: por força do art. 22, XXVII da Constituição, uma norma de observância obrigatória do art. 116 não poderá ser modificada ou extirpada por deliberação municipal ou estadual, nem por norma interna da Administração Pública de qualquer ente federativo. Nada impede, todavia, que seja excepcionada por outra norma legal proveniente do Congresso, *e.g.*, uma norma contida na Lei de Saneamento Básico ou na Lei de Consórcios.

O núcleo duro do art. 116 da Lei n. 8.666/1993 abrange, em apertada síntese: i) o dever de aprovação prévia de plano de trabalho com o conteúdo mínimo legal (§ 1º);[16] ii) o dever de dar ciência do convênio ao legislativo (§ 2º); iii) o dever de observar o plano de aplicação aprovado como condição de liberação de parcelas, salvo nas hipóteses legais (falta de comprovação, desvio de recursos, omissão quanto a medidas saneadoras - § 3º); iv) dever de gerir os saldos de convênio

[14] Se os convênios fossem atos administrativos complexos, como prega Moreira Neto, nem as normas gerais sobre contratação, editadas pela União por força do art. 22, XXVII da Constituição da República, se lhes aplicariam. Não seria possível interpretar extensivamente o citado dispositivo constitucional, contrariando o princípio federativo. Curso de direito administrativo, 2005, p. 164-165.

[15] Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

[16] § 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: I – identificação do objeto a ser executado; II – metas a serem atingidas; III – etapas ou fases da execução; IV – plano de aplicação dos recursos financeiros; V – cronograma de desembolso; VI – previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; VII – se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador. § 2º Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva (...).

conforme a lei (§ 4º e 5º); e v) dever de devolução dos saldos remanescentes em caso de conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio (§ 6º).

Para além dos deveres que compõem o assim chamado "núcleo duro" do regime nacional de convênios (normas que, como dito, somente serão excepcionadas por outras leis editadas pelo Congresso), as demais cláusulas contratuais desses instrumentos cooperativos se sujeitarão a regime bastante flexível. Em outros termos: tudo aquilo que não compuser o conteúdo mínimo obrigatório nos termos do art. 116 estará dentro da margem de discricionariedade dos partícipes, salvo quando houver norma legal em contrário, por exemplo, em lei específica.

Reitere-se: a parcela flexível do regime jurídico dos convênios abrange todos os aspectos não tratados no art. 116 e não impostos por lei específica. Na falta de imposição legal geral ou especial, por decorrência, caberá à Administração Pública a decisão de elaborar e modelar o conteúdo do convênio. Ao fazê-lo, de acordo com sua discricionariedade, poderá agir de forma criativa, ou seja, prever soluções inovadoras para cada ajuste a despeito de previsão legal ou, se conveniente, poderá resgatar as normas dos contratos instrumentais. A decisão por qualquer das duas opções competirá somente à Administração.

7. Disciplina dos prazos na legislação

Dados os traços marcantes e as finalidades que permitem identificar os convênios administrativos e diferenciá-los de contratos instrumentais, chega o momento de verificar se os prazos previstos para os contratos de prestação de serviços (*i.e.* contratos instrumentais) nas normas nacionais de licitações e contratos se estenderão aos convênios, tomando como base de análise os firmados entre os Municípios titulares de serviços de saneamento básico e consórcios reguladores desse setor.

Para solucionar o problema, é necessário tecer e superar indagações prévias, quais sejam: i) o art. 116, ao fixar normas nacionais obrigatórias, trata de prazo de duração de convênio?; ii) A legislação de saneamento e de consórcios cria normas especiais sobre o assunto?; iii) Na eventual ausência de norma expressa sobre prazos para os convênios de regulação de saneamento na legislação especial, os prazos do art. 57 da Lei n. 8.666/1993 se tornarão obrigatoriamente aplicáveis ou a Administração Pública ainda terá discricionariedade para definir o termo final?

Com o objetivo de solucionar as três indagações centrais, as considerações subsequentes se nortearão pela legislação aplicável (Lei n. 8.666/1993, Lei n. 11.107/2005, Decreto n. 6.017/2007, Lei n. 11.445/2007 e Decreto n. 7.217/2010), pela doutrina brasileira e por manifestações jurisprudenciais.

i) Disciplina da duração dos convênios na Lei n. 8.666/1993

A primeira questão (sobre a existência de um prazo nacional obrigatório) é relativamente simples, uma vez que se deixa solucionar por análise textual do art. 116 da Lei n. 8.666/1993. Como demonstrado, um dos deveres que constituem o núcleo duro dos convênios nacionais consiste na elaboração de plano de trabalho que contenha as cláusulas mínimas apontadas pela lei geral. Sob essa perspectiva, exige-se que o plano, entre outras coisas, apresente metas a serem atingidas, delineie as etapas ou fases da execução, trace um cronograma de desembolso e preveja *início e fim da execução do objeto* (art. 116, § 1º, inciso VI).

A partir do referido inciso, algumas conclusões iniciais podem ser construídas, quais sejam: i) a Lei Geral de Licitações e Contratos não fixa prazos mínimos ou máximos; ii) o art. 116 não faz qualquer remissão aos prazos do art. 57, referentes a contratos instrumentais; iii) exige, porém, que o convênio tenha data de início e prazo para conclusão; iv) além do termo final, é necessário que preveja prazos para conclusão de fases e atingimento de metas; v) a Lei Geral tampouco trata especificamente de prorrogação de convênio e, portanto, não impede sua renovação por tempo indeterminado desde que haja ainda motivo para a cooperação, sempre respeitada a norma de fixação de termo final.

A interpretação das normas nacionais revela existir enorme flexibilidade no tocante à duração dos convênios, do que se depreende uma margem de discricionariedade primária do ente público que o celebra para fixar seu termo final. A discricionariedade aqui reconhecida, note-se bem, não afasta a necessidade de um mínimo de planejamento, daí a obrigatoriedade de se fixar um termo final. De modo algum, porém, a lei impossibilita a modificação do termo final e a renovação indefinida do ajuste.

Dada a inexistência de uma norma geral nacional que restrinja a duração dos convênios, resta apurar se a Lei de Consórcios ou a Lei de Saneamento, por sua relação com os convênios entre consórcios reguladores e titulares de serviços de saneamento, contém alguma norma especial que reduza a discricionariedade aqui afirmada. Afinal, como se esclareceu, na ausência de uma norma limitativa da lei geral, a margem de escolha garantida aos partícipes na elaboração ao ajuste cooperativo somente poderia ser excluída por outra lei editada pelo Congresso Nacional. Não havendo restrição explícita ou qualquer remissão expressa aos prazos do art. 57, então a discricionariedade de fixação do termo final restará intocada.

ii) Prazos na Lei n. 11.107/2005

A Lei n. 11.107/2005 define os consórcios "estatais" com personalidade de direito público interno e de direito privado como associações interfederativas. Ao regê-los, prevê um grupo amplo de instrumentos contratuais, desde o contrato de

consorciamento (de natureza político-administrativa), passando pelos contratos de programa e pelos contratos de rateio, além de tratar da figura dos convênios administrativos.

Cumpre verificar com mais detalhes como o convênio se insere no contexto de cooperação interfederativa e se a Lei ou seu decreto regulamentar disciplinaram os prazos e a duração desse tipo de ajuste e, de alguma forma, limitaram-nos ou os vincularam aos prazos do art. 57 da Lei n. 8.666/1993, que trata dos contratos instrumentais.

Na Lei n. 11.107/2005, os convênios foram objeto de um conjunto amplo e esparso de dispositivos. Em breve panorama, a disciplina legal aponta que:

a. O convênio funciona como acordo cooperativo que poderá ser amplamente empregado pelo consórcio (art. 2º, § 1º, I) e também como um sucedâneo dos contratos de consorciamento para fins de gestão associada de tarefas administrativas (como a regulação de saneamento), com a diferença de que os conveniados não disporão dos mesmos direitos e deveres dos entes consorciados na gestão da associação estatal;

b. A União está autorizada a celebrar convênios com os consórcios para viabilizar a descentralização e a prestação de políticas públicas em escalas adequadas (art. 14), norma, porém, que não deve ser lida como impeditivo de que Estados e Municípios também o façam;

c. O convênio de cooperação serve de base para a celebração, sem licitação, de contrato de programa entre o ente conveniado (ou uma entidade da sua Administração Indireta) e o consórcio (art. 13, § 5º cumulado com o art. 24, XXVI da Lei n. 8.666/1993);

d. O contrato de programa poderá perdurar ainda que seja extinto o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de uma determinada função administrativa (art. 13, § 4º), salvo se o ente estatal que celebrou o contrato deixar de ser parte da Administração Indireta do nível político conveniado, caso, por exemplo, de uma empresa estatal que venha a ser privatizada (art. 13, § 6º); e

e. Os convênios firmados anteriormente à edição da Lei n. 11.107 não serão atingidos por suas normas (art. 19).

A Lei n. 11.107, em nenhum momento, estipula prazos de duração dos contratos de consórcio, contratos de programa ou para convênios.

Em relação aos contratos de consórcio, impõe-se tão somente a previsão de prazo e a duração (art. 4º, I), mas não há qualquer tipo de limitação temporal, nenhuma regra de prazo mínimo ou máximo, nem normas sobre prorrogação. O Decreto n.

6.017/2007, ao tratar do assunto, flexibiliza ainda mais a exigência legal, sem qualquer prejuízo, ao consagrar a possibilidade de consorciamento com prazo indeterminado (art. 5º, I). Essa norma, embora não trate dos convênios explicitamente, é fundamental para a estruturação de seu regime jurídico. Afinal, considerando-se possível atribuir ao convênio, em alguns casos, finalidade análoga à do contrato de consórcio, não há razão para sujeitá-lo a limitações temporais que não existem para este contrato.

Já os contratos de programa, de acordo com a lei (art. 13, § 1º, I), deverão "atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e (...) à de regulação dos serviços a serem prestados". Esse dispositivo é de especial importância, pois afasta completamente dos contratos de programa a lógica dos contratos instrumentais da Lei n. 8.666/1993, aproximando-os aos ajustes de longo prazo de delegação de serviços – tratados pela doutrina como verdadeiros contratos relacionais (a esse respeito, MARQUES NETO, 2013, p. 217). Reforça essa lógica o fato de que a Lei de Consórcios (art. 13, § 2º), ao reger o conteúdo obrigatório mínimo dos contratos de programa, não faz qualquer alusão aos prazos ou à duração do ajuste.

Por sua vez, o Decreto regulamentar repete a norma de submissão dos contratos de programa ao regime dos módulos concessórios quando prescreve que: "Os contratos de programa deverão, no que couber, atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e conter cláusulas que estabeleçam: I - o objeto, a área e o prazo da gestão associada de serviços públicos, inclusive a operada por meio de transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços (...)" (art. 33). Em contraste com a lei, o Decreto exige a previsão de um prazo, mas novamente silencia sobre sua fixação, revelando, com isso, que ele será semelhante ao que preveem as leis de delegação de cada setor. Em outras palavras, os prazos seguirão o modelo dos contratos de longo prazo.

No que se refere especificamente aos convênios, com base nos quais também podem ser firmados contratos de programa, novamente silencia a Lei de Consórcios. Dela não consta qualquer prazo de duração. O Decreto, a esse respeito, tampouco contém normas. Na verdade, a grande contribuição desse ato regulamentar se resume a oferecer uma definição do convênio como "pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles" (art. 2º, VIII). Para além da definição e de outros dispositivos que reproduzem o conteúdo da Lei n. 11.107, inexiste norma a limitar a duração ou as prorrogações de convênios de cooperação celebrados pelos consórcios com titulares de serviços de saneamento ou com os entes da sua Administração Indireta.

Da análise da Lei de Consórcios resulta que o contrato de rateio configura o único ajuste cujo prazo é expresso em norma legal. Por força da referida lei, esse contrato

deverá ser formalizado em cada exercício financeiro por prazo não superior ao das dotações que os suportam, com exceção daqueles que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programa e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos (art. 8º, § 1º). Essa norma é reforçada pelo Decreto regulamentar (art. 16).

iii) Prazos de convênios na Lei n. 11.445/2007

Convém reiterar que, conforme a Lei n. 8.666/1993, os convênios devem ser acompanhados de plano de trabalho com termo inicial e final, mas não há indicação de norma nacional sobre o prazo de duração desses ajustes. Daí porque se revelou necessário verificar se alguma lei especial prevê prazo de duração, considerando especificamente o convênio de prestação de atividades de regulação firmado entre um consórcio estatal com personalidade de direito público interno e um titular de serviços de saneamento básico.

O exame da Lei n. 11.107 revelou não haver qualquer prazo aplicável para esses ajustes. Ademais, demonstrou que: i) o regime aplicável aos contratos de programa para gestão associada de funções administrativas deve se aproximar ao dos módulos concessórios, que prevê contratos de longo prazo, e não ao dos módulos instrumentais da Lei n. 8.666/1993 (que prevê contratos de reduzida duração); e ii) que existem prazos específicos somente para os contratos de rateio, pois são estes os instrumentos que viabilizam as relações financeiras entre o consórcios e aqueles que se beneficiam de suas atividades (quer na qualidade de consorciado, quer como mero conveniado).

Para concluir o exame das leis especiais pertinentes ao caso, resta verificar se as normas regentes da política nacional de saneamento básico, de alguma forma, tratam da questão, ou seja, se elas expressamente impõem prazos para os convênios que tenham por objeto a regulação do serviço público que debate.

Dispõe o art. 23, § 1º da Lei n. 11.445/2007 que "a regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas". Note-se, porém, que nem este dispositivo, nem qualquer outro da Lei de Saneamento estabelecem um prazo específico para o ajuste de cooperação e delegação regulatória.

Na verdade, é o Decreto n. 7.217/2010 que, ao regulamentar a Lei n. 11.445/2007, explicita: i) que o ajuste a ser utilizado para a relação de cooperação regulatória será o convênio e ii) que os partícipes deverão prever cláusula de duração desse instrumento contratual. Vale a transcrição de seu art. 31:

> Art. 31. As atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular: I - diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou *II - mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos.*
>
> § 1º O exercício das atividades administrativas de regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá se dar por consórcio público constituído para essa finalidade ou ser delegado pelos titulares, explicitando, no ato de delegação, *o prazo de delegação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a ser desempenhadas pelas partes envolvidas.*

A partir da norma regulamentar transcrita, observa-se que, ao convênio, foi atribuído o papel de reger a cooperação no campo da regulação de saneamento básico e que a relação contratual entre o titular do serviço e o consórcio regulador deverá se submeter a um termo final. Nesse particular, o Decreto se alinha ao que manda a Lei n. 8.666/1993. E também em consonância com a lei geral, o Decreto confere aos partícipes a decisão de estabelecer, conforme um juízo de conveniência e oportunidade, qual será o prazo e como se darão as prorrogações. Isso, porque a legislação de saneamento exige um termo final, mas não prevê qualquer prazo máximo para os convênios, nem vincula esses ajustes às determinações do art. 57, da Lei n. 8.666/1993.

Com suporte na análise empreendida, em suma, comprova-se que os convênios de regulação de saneamento necessitam prever um termo final definido discricionariamente pelos partícipes. Esse tipo de contrato cooperativo não está adstrito aos prazos máximos do art. 57, pois as normas gerais e obrigatórias do art. 116 da Lei n. 8.666/1993, bem como as normas especiais da Lei n. 11.107/2005 e da Lei n. 11.445/2007 não preveem qualquer limite de duração, nem fazem remissão a qualquer outro dispositivo legal de caráter restritivo. Fora isso, a Lei de Consórcios sugere que os convênios acompanhem temporalmente os contratos de programa, que, por sua vez, guiam-se pela lógica dos módulos concessórios (de longo prazo). Ainda pela Lei de Consórcios, a restrição de prazo é intensa e relevante somente no tocante aos contratos de rateio, pois, estes sim, são ajustes com impacto financeiro e que, por conseguinte, necessitam guardar intenso vínculo com o planejamento orçamentário.

8. Disciplina dos prazos na doutrina a na jurisprudência

A doutrina e a jurisprudência brasileiras reforçam a discricionariedade da Administração Pública no tocante à fixação de prazos de convênios. O reconhecimento de uma margem de escolha quanto à duração dos ajustes em debate se

assenta em dois argumentos centrais: i) os convênios não se compatibilizam com cláusulas de permanência compulsória, de modo que a restrição de prazos, para eles, desempenha irrelevante função e ii) o art. 116 da Lei n. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos) não submete os convênios ao regime dos contratos instrumentais, a não ser no que couber, e não contém qualquer remissão ao art. 57.

A incompatibilidade de normas de permanência obrigatória é sustentada por grande parte da doutrina especializada. Nesse sentido, posicionam-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 390), Hely Lopes Meirelles (2005, p. 398) e Edmir Netto de Araújo (2010, p. 729).

O STJ também já manifestou referido entendimento ao decidir que: "o vínculo jurídico existente nos convênios não possui a mesma rigidez inerente às relações contratuais, daí porque o art. 116, *caput* da Lei n. 8.666/93 estabelece que suas normas se aplicam aos convênios apenas 'no que couber'. Diante disso, *tem-se como regra a possibilidade de cada pactuante denunciar livremente o convênio, retirando-se do pacto.* Entretanto, se essa atitude causar prejuízos materiais aos outros convenentes, é cabível a aplicação de sanções a serem estabelecidas, via de regra, no próprio instrumento de colaboração" (STJ, RO em MS 30.634, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJE 28.06.2010).

Igual entendimento, salvo no tocante ao sancionamento, reproduz-se na jurisprudência administrativa, como revela o seguinte trecho de decisão do Tribunal de Contas de Santa Catarina: "*a liberdade de ingresso e retirada dos partícipes de convênio é traço característico dessa cooperação associativa e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes*. Qualquer partícipe poderá denunciá-lo e retirar a sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo" (TCSC. Processo CON-TC 0279100/88. Parecer: 502/98. Origem: Câmara Municipal de São Francisco do Sul. Rel. Antero Nercolini. Data da sessão: 14.12.1998).

A última parte do trecho acima transcrito, em verdade, repete o art. 12 do Decreto federal n. 6.170/2007.[17] Entretanto, é preciso observar que não vale para os convênios celebrados com consórcios públicos o entendimento de que, em caso de denúncia, o ente que se retirar ficará responsável somente pelas obrigações do tempo em que participou do acordo. Por força da Lei de Consórcios, "*o contrato de programa continuará vigente mesmo quando extinto o consórcio público ou o convênio de cooperação que autorizou a gestão associada de serviços públicos*" (art. 13, § 4º). De um lado, essa norma confirma que a retirada poderá ocorrer a qualquer tempo; de outro, ela afasta qualquer argumentação no sentido de que a extinção do

[17] Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.

convênio ensejaria, automaticamente, a extinção das obrigações assumidas pelo convenente no contrato de programa com o consórcio – contrato que, como dito, continuará vigente até extinção consensual ou extinção natural por decurso do prazo ou perda do objeto.

Sem prejuízo da ressalva quanto à continuidade de obrigações do contrato de programa baseado no convênio de cooperação para regulação de saneamento por consórcio, fato é que a existência de flexibilidade de retirada do convênio torna a presença de prazos rígidos completamente desnecessária. Isso justifica o silêncio do art. 116 em relação a um prazo taxativo para todo e qualquer tipo de convênio. Explica, ainda, o fato de o art. 116 não fazer qualquer remissão ao art. 57 da Lei n. 8.666/1993 – artigo que trata dos prazos dos contratos instrumentais (como o de prestação de serviços). A natureza cooperativa e flexível dos convênios é o que igualmente justifica o silêncio do Decreto que regulamenta a Lei de Saneamento no tocante ao tema em debate. Como se demonstrou, assim como a Lei Geral de Licitações, o Decreto regulamentar exige um termo final para os convênios de regulação de saneamento, mas não fixa limites de prazos ou de prorrogações.

Agregue-se a isso que a inaplicabilidade de prazos limitativos para convênios é reafirmada pela doutrina e pela jurisprudência no Brasil. Segundo Luciano Elias Reis, autor de uma das principais monografias sobre o assunto, "os convênios não estão adstritos à regra do art. 57 da Lei 8.666/1993, todavia não podem ser formalizados com data de vigência indeterminada. Tal raciocínio ampara-se na segurança jurídica e no controle dos atos administrativos" (REIS, 2013, p. 101). Nesse sentido, também se manifestam Guilherme Henrique de La Rocqua Almeida (2008, p. 162) e Marcelo Pollini Venâncio (2009, s.p.).

Na jurisprudência administrativa, há posicionamentos vários a corroborar esse entendimento. A Súmula n. 67 do Tribunal de Contas de Minas Gerais, por exemplo, dispõe que: "*o prazo de vigência dos convênios celebrados entre entidades de direito público pode ser superior a 5 (cinco) anos*, mas está adstrito à execução do respectivo objeto, sempre determinado e previsto no Plano de Trabalho" (g.n.).

Já o Tribunal de Contas de Santa Catarina assim decidiu:

> "O período de vigência do convênio pode ser compatível com os prazos estabelecidos no plano de trabalho previamente aprovado pelo convenente, *ainda que abrangendo exercícios financeiros distintos*, em atendimento aos princípios constitucionais da eficiência (art. 37, *caput,* da Constituição Federal), *não se aplicando a regra do art. 57, incs. I e II, da Lei Federal n. 8.666/1993,* sendo, porém, obrigatória a fixação de prazo de vigência (§ 3º do art. 57 da Lei Federal n. 8.666/1993)" (g.n.) (TCSC, Processo COM 04/03646740. Parecer: COG 268/04. Decisão: 2.492/2004. Origem: Secretaria de Estado da Fazenda. Rel. Cons. Otávio Gilson dos Santos. Data da Sessão: 08.09.2004).

Reitere-se, pois, que a característica mais horizontal, o conteúdo cooperativo e a flexibilidade que marcam os convênios no tocante à retirada dos partícipes e à sua extinção, tornam esses acordos incompatíveis com as limitações de prazo do art. 57 da Lei n. 8.666/1993. Isso significa que o ordenamento jurídico faculta os partícipes a se basear nos prazos desse dispositivo legal ou a eleger outros prazos que lhes pareçam mais convenientes e harmoniosos com o tipo de cooperação que o convênio, em cada caso concreto, instrumentalizar.

Sem prejuízo da discricionariedade assinalada, em matéria de saneamento, especificamente, é ideal que os convênios sejam de longo prazo, ou seja, acompanhem a lógica dos contratos de programa entre o titular do serviço e o consórcio. Afinal, nesse contexto setorial, os convênios, como sucedâneos dos contratos de consórcio, servem de fundamento para a celebração dos contratos de programa, os quais, por determinação legal, espelham-se no regime dos módulos concessórios, cuja característica básica é a longa duração. Fora isso, é preciso reiterar que, na relação entre consórcios e entes que se beneficiam de seus serviços, é o contrato de rateio que tratará de questões financeiras – daí porque a legislação lhe impõe prazos rígidos e articulados com a legislação orçamentária.

9. Conclusões

- Hoje, a expressão contrato administrativo é ampla e abarca diversos módulos convencionais com regimes jurídicos distintos. Os convênios são contratos administrativos destinados à cooperação entre entes estatais ou privados. Assim, embora se afirme que convênios se encaixem na definição de contratos da Lei n. 8.666/1993, isso não significa que seu regime jurídico equivalha ao dos módulos instrumentais tratados nesta mesma lei (como os contratos de prestação de serviços).

- O regime especial dos convênios, como espécie de módulos convencionais de cooperação, é reconhecido pelo art. 116 da Lei n. 8.666/1993, dispositivo que exige, como requisito para sua celebração, um plano de trabalho que contenha termo final, mas, em nenhum momento, fixa prazos máximos ou restringe a possibilidade de prorrogação do ajuste. Ademais, o art. 116 não contém remissão ao art. 57 da Lei n. 8.666, que trata exclusivamente dos prazos dos contratos instrumentais.

- A doutrina e a jurisprudência administrativa, a seu turno, ressaltam que o convênio, como instrumento contratual de finalidade cooperativa, marca-se por regime flexível, razão pela qual não há cabimento de lhe sujeitar a limitação rígida de prazos constante do art. 57 da Lei n. 8.666/1993. O ajuste, porém, deverá ter um termo final – sem prejuízo de modificações ou prorrogações.

- Na ausência de um prazo máximo ou limites de prorrogação no art. 116 e diante do reconhecimento da inaplicabilidade do art. 57, ambos da Lei n. 8.666/1993, mostrou-se necessário verificar se existe alguma norma que trate da questão especificamente no tocante aos convênios para regulação de serviços de saneamento básico por consórcios públicos. Após exame da legislação, comprovou-se que nem a Lei de Consórcios e seu Decreto Regulamentar, nem a Lei de Saneamento e seu Decreto Regulamentar estipulam prazos de duração ou restringem a possibilidade de prorrogação dos convênios.

- A Lei de Saneamento aponta o convênio como instrumento para a delegação da tarefa regulatória ao consórcio e a Lei de Consórcios prevê que o convênio será a base para o contrato de programa entre o ente conveniado e o consórcio regulador. No entanto, essas leis não estabelecem prazos para sua duração.

- Diante dessa lacuna e considerando-se que os convênios servem de base para a celebração de contratos de programa – os quais, por força da Lei de Consórcios, seguem o regime dos módulos concessórios –, os convênios deverão, na medida do possível, alinhar-se temporalmente aos contratos de programa e, com isso, viger por médio ou longo prazo. Essa conclusão se reforça pela constatação de que os aspectos financeiros da relação do conveniado com o consórcio não será regida diretamente pelo convênio, mas, em verdade, pelo contrato de rateio – esse sim um contrato limitado quanto à duração em virtude de seu impacto financeiro-orçamentário.

10. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocqua. Controle das transferências financeiras da União. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 30ª ed. São Paulo: Gen-Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. São Paulo: Atlas, 2002.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Obrigações administrativas. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 25 e seguintes.

GOMES, Orlando. Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A concessão como instituto do direito administrativo. São Paulo: FDUSP (tese de titularidade), 2013

MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da USP, v. 100, 2005.

MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. Boletim de Direito Administrativo, v. 11, n. 8, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Contrato administrativo. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PONTE DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado, t. XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

REIS, Luciano Elias. Convênios administrativos: instrumento jurídico eficiente para o fomento e o desenvolvimento do Estado. Curitiba: Juruá, 2013.

RIVERO, Jean. Curso de direito administrativo comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres. Revista do Tribunal de Contas da União, v 29, n. 75, 1998.

VENÂNCIO, Marcelo Pollini. O prazo de vigência dos convênios firmados entre a administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos e a aplicabilidade do art. 57 da Lei Nº 8.666/93. *Âmbito Jurídico*, XII, n. 66, jul. 2009. Acesso em março de 2017.