

ESTABILIZAÇÃO DE COMPROMISSOS INTERGOVERNAMENTAIS EM PROJETOS DE INFRAESTRUTURA: CONVÊNIOS E CONSÓRCIOS PÚBLICOS

Rafael Carvalho de Fassio¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Compromissos intergovernamentais, custos de transação e completude contratual ótima; 3. Os convênios, os consórcios e o vazio entre os dois extremos; 4. Conclusões; 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Como vincular compromissos, assumidos por outros entes federados, que sejam essenciais para a viabilidade de projetos de infraestrutura? O presente trabalho pretende discutir a efetividade de algumas alternativas a cargo do Poder Público para a estabilização de compromissos intergovernamentais necessários à implantação de projetos de concessões simples, regidas pela Lei nº 8.987/1995, e de parcerias público-privadas, nos termos da Lei nº 11.079/2004, à luz da experiência já decenária da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo na modelagem desses ajustes.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Graduado em Direito e Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP).

No primeiro item, apresento o que amplamente denomino, neste estudo, de *compromisso intergovernamental* e situo como a economia dos custos de transação e o conhecido *trade off* envolvendo a busca pelo grau ótimo de completude contratual igualmente encontram aplicabilidade nos ajustes cooperativos celebrados pelo setor público, sendo tarefa do Direito – e, em especial, do Direito Administrativo – internalizar os custos decorrentes de eventual descumprimento do pactuado.

O segundo item discute as duas principais alternativas disponíveis na legislação brasileira para estabilização desses compromissos intergovernamentais: os *convênios*, marcados pela precariedade ínsita ao seu regime jurídico extremamente flexível; e, no outro extremo, os *consórcios públicos*, para os quais a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, previu procedimento bastante complexo para a sua formação. Abordo, igualmente, as limitações da assinatura do ente federado como interveniente no contrato de concessão e os descompassos experimentados quando o consórcio público figura como contratante de concessões e parcerias público-privadas, evidenciados sobretudo pela negociação do contrato de rateio.

A distância entre esses dois extremos é abordada no item final deste estudo, no qual reúno as minhas conclusões sobre as dificuldades de empregar convênios e consórcios com a finalidade de estabilizar compromissos intergovernamentais assumidos no contexto de projetos de infraestrutura.

2. COMPROMISSOS INTERGOVERNAMENTAIS, CUSTOS DE TRANSAÇÃO E COMPLETUDE CONTRATUAL ÓTIMA

A longevidade dos contratos de concessão – que ilustra, inclusive, a difícil tarefa de buscar um grau ótimo de completude contratual na pactuação da relação jurídica entre poder concedente e concessionário² – contrasta fortemente com a alternância política no governo dos entes federados, expondo os parceiros públicos e privados da avença aos riscos do comportamento oportunista (*moral hazard*) dado pelo possível

2 É o que advoga a abordagem institucionalista, na correta síntese de Pablo T. Spiller: “(...) contracts are always incomplete, and that, to a large extent, the degree of incompleteness is chosen by the parties”. SPILLER, Pablo T. “An institutional theory of public contracts: regulatory implications”. In: GHERTMAN, Michel. MÉNARD, Claude (ed.). *Regulation, De-regulation, Re-regulation: Institutional Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009. pp. 45-66, cit. à p. 2.

desalinhamento político-partidário entre as esferas federal, estadual e municipal de governo³.

O compromisso de ceder um imóvel municipal para a implantação de um projeto de titularidade estadual, por exemplo, reúne potencial para gerar um significativo pleito de reequilíbrio econômico-financeiro que, na presença de incentivos fracos para cumprir o acordado entre os entes públicos, pode dar causa a uma recusa puramente potestativa, motivada pelo oportunismo político da *Realpolitik* à brasileira. É com essa preocupação em mente que os projetos de infraestrutura têm buscado, ainda nas fases iniciais de sua modelagem, formas de estabilização desses compromissos intergovernamentais, a fim de mitigar esses riscos e internalizar, em cada parte ou partícipe, os custos sociais, políticos e econômicos decorrentes da sua não cooperação.

Para os fins deste estudo, entendo esses *compromissos intergovernamentais* de forma propositadamente ampla, abrangendo quaisquer pactos e acordos entre entes federados distintos capazes de veicular um conjunto de obrigações que possam vir a ser necessárias à implantação de projetos de concessão comum, administrativa e patrocinada, tais como emitir licenças, alvarás e autorizações, ou mesmo realizar cessões e permissões de uso de bens imóveis, entre outros.

Não ignoro a possibilidade de que alguns compromissos intergovernamentais possam ser estabilizados sem recurso ao Direito, lastreados unicamente em argumentos morais⁴ ou políticos⁵. Entretanto, a curta duração dos mandatos dos cargos do Poder Executivo (quatro anos, com possibilidade de reeleição)⁶, associada às incertezas próprias do cenário político-partidário, torna extremamente arriscada a não formalização jurídica de obrigações entre os entes federados diante de contratos que

3 A alternância política é salutar ao processo democrático. O foco deste artigo cinge-se a discutir formas de mitigação do risco de comportamento oportunista que possa, eventualmente, decorrer dessa circunstância para não prejudicar as etapas de modelagem, implantação e operação de projetos de longo prazo.

4 Manter a “palavra” para honrar um compromisso assumido, por exemplo.

5 Compromissos firmados entre governantes de um mesmo partido ou entre atores politicamente alinhados.

6 Na Constituição da República, observando o paralelismo entre os entes federados na organização do Poder Executivo, o mandato de 4 (quatro) anos encontra-se previsto no art. 28, para governadores; no artigo 29, inciso I, para os prefeitos; e no artigo 82, para o Presidente da República.

podem ter vigência de até 35 (trinta e cinco) anos⁷. É por esse motivo que abordarei, neste trabalho, apenas a hipótese em que esse processo de estabilização passa pelas lentes do Direito Administrativo.

O processo de estabilização de compromissos intergovernamentais não é imune aos efeitos dos custos de transação *ex ante* e *ex post* associados à negociação, execução e monitoramento desses ajustes público-públicos. O estudo dos custos de transação na economia iniciou-se a partir do trabalho seminal “*The nature of the firm*”, de Ronald H. Coase, publicado em 1937⁸. Mas a teoria, segundo Úrsula Dias Peres, também pode ser aplicada ao setor público, com algumas adaptações⁹. As falhas de mercado, tais como a assimetria de informações e a presença de externalidades positivas e negativas, acentuam os custos de transação intrínsecos às relações entre os agentes econômicos, que são pautadas por dois pressupostos básicos: racionalidade limitada e o oportunismo¹⁰. Para Oliver E. Williamson, os custos de transação podem ser atenuados por meio de estruturas de governança, ou seja, arranjos de coordenação entre agentes econômicos voltados à obtenção de maior eficiência¹¹. Nesse sentido, contratualizar a relação entre dois entes públicos como forma de estabilizar juridicamente os compromissos intergovernamentais assumidos durante a modelagem de projetos de infraestrutura não deixa de ser uma forma de reduzir os custos de transação próprios do setor público, atenuando os riscos da ocorrência de comportamento oportunista ao longo das etapas de implantação e operação da concessão.

7 Artigo 5º, inciso I, da Lei federal nº 11.079/2004.

8 COASE, Ronald H. “The nature of the firm”. *Economica*. New Series, Vol. 4, Issue 16, nov./1937, pp. 386-405. Veja também, do mesmo autor: “The problem of social cost”. *The Journal of Political Economy*. Chicago. University of Chicago, Vol. 3, out./1960, pp. 1-44.

9 PERES, Úrsula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios - RGBN*. São Paulo, Vol. 9 n. 24, p. 15-30, maio/ago. 2007.

10 “Na seara da economia dos custos de transação, duas considerações devem ser feitas: a racionalidade e o oportunismo. Pela primeira premissa, a racionalidade é limitada, ou seja, os agentes possuem capacidade cognitiva restrita e não podem processar todas as informações percebidas. Já o oportunismo significa que cada parte, agindo por conta dos seus próprios interesses, utilizam de artifícios (até mesmo ilegais) para tentar extrair uma quasi renda da outra parte, lançando mão, entre outras coisas, das suas vantagens informacionais”. NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, mai./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 28/08/2019, pp. 4-5.

11 WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985, p. 388.

Marcos Nóbrega lembra que os custos associados à obtenção de um contrato completo, somados a assimetrias informacionais e a falhas de supervisão e monitoramento do ajuste, podem justificar a opção pela pactuação de um contrato sabidamente incompleto. Haveria, assim, um “(...) grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo” em meio a um *trade off* entre completude contratual, de um lado, e os custos relacionados ao desenho e à modelagem do contrato, voltados a estabelecer *ex ante* todos os riscos, contingências e particularidades que poderão afetar o contrato durante sua execução, de outro. Quanto mais complexo o objeto contratual, maiores serão os custos associados à sua modelagem, afetando, também o seu grau de (in)completude e a possibilidade de ocorrência de custos de transação *ex post* ligados à renegociação e à adaptação contratual. Nóbrega chega à conclusão de que os contratos ditos *relacionais*, ou seja, ajustes incompletos sujeitos à renegociação permanente de seus termos entre as partes, resultam não ao ótimo de Pareto (“*first best solution*”), mas apenas na melhor solução subótima possível (“*second best solution*”)¹².

A teoria dos custos de transação e a decisão das partes em torno do grau de completude contratual ótimo também estão presentes na pactuação de ajustes entre os entes federados, expondo fragilidades, custos e incertezas que devem ser internalizadas mediante a celebração de negócios jurídicos regidos pelo Direito Administrativo, os quais discutiremos a seguir.

3. OS CONVÊNIOS, OS CONSÓRCIOS E O VAZIO ENTRE OS DOIS EXTREMOS

Abordarei neste estudo as duas hipóteses em que a formalização de compromissos intergovernamentais associados a projetos de infraestrutura assume maior importância prática:

1. Quando os entes federados são titulares do serviço público a ser concedido e se associam para exercer, em conjunto ou mediante a constituição de um *consórcio público*, a função e as atribuições de poder concedente;

12 NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, mai./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 28/08/2019, pp. 2-7.

2. Quando a competência para prestação do serviço é de um ente, mas por razões técnicas, econômicas ou jurídicas, seja necessária a obtenção de um compromisso, anuência, não objeção ou mesmo a assunção de obrigações específicas por parte de outros¹³, o que é feito mediante a celebração de *convênio* entre os entes federados¹⁴.

A primeira hipótese corresponde, propriamente, à gestão associada de serviços públicos introduzida no artigo 241 da Constituição da República pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, no contexto da *reforma administrativa gerencial* conduzida pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado, sob o Ministro Luiz Carlos Bresser-Pereira¹⁵. A reforma administrativa, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, marca a transição da imperatividade à consensualidade; da intangibilidade do mérito do ato administrativo à submissão de todos os atos estatais ao controle jurisdicional; e de uma visão de discricionariedade absoluta e inquestionável ao reconhecimento de que mesmo o ato discricionário deve atender à razoabilidade¹⁶. Trata-se, na visão de Alice Gonzalez Borges, de marco para o avanço da consensualidade na Administração Pública, ao cogitar-se

13 Conceder, por lei, isenção ou redução de alíquota de tributos, anuir com condições de contratação de financiamentos ou disponibilizar imóveis mediante doação, cessão ou permissão de uso etc.

14 Tomo o conceito de convênio vigente no Estado de São Paulo, em que a *norma geral* do artigo 116 da Lei nº 8.666/1993 é regulamentada pelo Decreto estadual nº 59.215/2013, que rege indistintamente ajustes *com* e *sem* repasse de recursos. Na União, em que vige o Decreto federal nº 6.170/2007, o conceito de convênio necessariamente envolve o repasse de recursos, havendo instrumentos com outros *nomen iuris* para disciplinar os ajustes públicos-públicos que não envolvam transferências voluntárias.

15 O Plano Diretor da Reforma dividiu o aparelho do Estado em quatro setores: o *núcleo estratégico*, formado pelos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, e pelo Ministério Público, todos incumbidos da formulação das políticas públicas; as *atividades exclusivas*, setor formado por atividades que somente o Estado pode realizar, tais como fiscalização, controle e regulamentação, e composto principalmente por agências reguladoras e executivas; *serviços não exclusivos*, onde o Estado deve atuar fomentando as organizações do terceiro setor, sem fins lucrativos, para agir na chamada “esfera pública não estatal”; e a *produção de bens e serviços para o mercado*, que corresponde ao setor empresarial do Estado, nos setores produtivo (sobretudo infraestrutura) ou do mercado financeiro. BRASIL. Ministério da Administração federal e da Reforma do Estado (MARE). Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, nov./1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/plano_diretor.pdf>. Acesso em 30/08/2019.

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Administração pública gerencial”. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul./dez. 1998, p. 43.

(...) até mesmo de uma estreita cooperação entre as próprias pessoas de direito público de diferentes esferas, dentro do moderno fenômeno da utilização da técnica contratual para a gestão interna dos serviços públicos, a que se chama, na doutrina, de ‘era da contratualização na Administração Pública’¹⁷.

A inclusão do consórcio público e do convênio de cooperação no texto constitucional em meio à reforma administrativa de 1998 bem ilustra essa nova fase de *administração concertada*, marcada pela celebração de ajustes cooperativos entre entes federados, no âmbito da gestão associada de serviços públicos¹⁸. Muito embora a nova redação do artigo 241 da Lei Maior tenha determinado ao legislador infraconstitucional que regulasse as duas figuras mencionadas em seu enunciado, note que a legislação sobre o tema somente veio a ser aprovada sete anos mais tarde, em 2005, sendo regulamentada pela União apenas em 2007, após quase mais dois anos de espera.

Um intervalo de pouco menos de quatro meses separa a publicação da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre os contratos de parceria público-privada (“LPPP”), da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, a qual estabeleceu normas gerais para a contratação de consórcios públicos (“LCP”). Contudo, apesar da proximidade temporal entre os diplomas e a notável proximidade de objetos¹⁹, o legislador não articulou bem as PPPs com os consórcios públicos: as leis sequer se

17 BORGES, Alice Gonzalez. “Consórcios Públicos – problemática de sua institucionalização”. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, maio/2010, p. 458.

18 Diogo de Figueiredo Moreira Neto chama a atenção para o caráter *cooperativo* dos ajustes celebrados entre entes estatais e o caráter *colaborativo* daqueles celebrados entre o Poder Público e particulares: “(...) ao lado dos contratos, foram as formas de acordos não contratuais, denominadas mais apropriadamente de atos complexos pelos doutrinadores alemães e italianos, que se desenvolveram extraordinariamente, acrescentando às formas já tradicionais e mais conhecidas do convênio e do consórcio, novas e engenhosas modalidades de conjugação e de coordenação de esforços, tanto postos em cooperação – as pactuadas entre pessoas estatais, como as referidas modalidades – como em colaboração – aquelas pactuadas com pessoas privadas – como são, por exemplo, entre outros, os acordos de programa, os (impropriamente denominados) contratos de gestão, os acordos substitutivos e as modalidades de parcerias público-privadas, que são as mais recentes e adequadas à realização de serviços públicos em que grandes aportes de capitais e de tecnologia demandam, consequentemente, formas mais atrativas e seguras para os investidores nacionais e estrangeiros”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Mutações nos serviços públicos” In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 211-236.

19 Ambos envolvendo, em última análise, diferentes *formas* de contratação de serviços públicos pelo Estado.

mencionam, tampouco cogitam de um regramento específico para a contratação de concessões simples, administrativas e patrocinadas por consórcios, no bojo da gestão associada de serviços públicos, por exemplo.

Muito embora a LCP seja cronologicamente posterior, o projeto de lei que deu origem ao diploma foi apresentado em junho de 1999, mais de quatro anos antes da proposta que, ao final do processo legislativo, gerou a LPPP²⁰ – que, por constituir uma prioridade governamental à época, teve uma tramitação razoavelmente célere no Congresso Nacional. Esse descompasso, até hoje não reconciliado pelo legislador, prejudica a conjugação dos institutos e gera dúvidas na aplicação combinada da LPPP com a LCP. É o caso, por exemplo, do Consórcio de Transporte Grande Recife, criado em 2008, que constitui uma das primeiras experiências de gestão consorciada dos serviços públicos de transporte de passageiros no Brasil²¹.

A LCP trouxe uma mudança significativa em relação ao conceito de consórcio público que era, até então, tradicional no Direito Administrativo brasileiro. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, caracterizava os consórcios como “(...) acordos firmados entre entidades estatais, autárquicas, fundacionais ou paraestatais, sempre da mesma espécie, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”²². Na mesma trilha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarecia que:

(...) antes da promulgação da Lei nº 11.107/05, havia certo consenso doutrinário em considerar o convênio e consórcio como acordos de vontade, sendo o consórcio utilizado quando os entes consorciados eram do mesmo nível (consórcio entre Municípios ou entre Estados) e o convênio, quando se tratava de entidades de níveis diferentes, como por exemplo os convênios entre União e Estados ou Municípios, ou entre Estados e Municípios²³.

Os convênios administrativos e os consórcios públicos eram vistos como espécies de atos administrativos complexos, caracterizados pela

20 Respectivamente, o Projeto de Lei nº 1.071/1999 e o Projeto de Lei nº 2.546/2003.

21 O consórcio foi criado depois da extinção da Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos (EMTU/Recife), após a adesão dos Municípios de Recife e Olinda para licitar e contratar, sob o regime de concessão comum, os serviços de transporte público de passageiros na Região Metropolitana de Recife.

22 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 379.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 487.

busca de interesses comuns dos partícipes e pela reconhecida liberdade de ingresso e retirada.

Essa distinção basilar caiu por terra com a vigente redação do artigo 241 da Lei Maior e, sobretudo, após o advento do artigo 1º da LCP, que foi expresso ao admitir que entes federados de esferas distintas podem participar de consórcios públicos. Aos consórcios, vale ressaltar, foi simultaneamente conferida *personalidade jurídica* e natureza *contratual* (interesses contrapostos), distanciando-os ainda mais do campo dos ajustes cooperativos (interesses convergentes), em que se situa o convênio.

Embora ainda encontre eco em boa parte da jurisprudência administrativa²⁴, a distinção entre *interesses contrapostos* e *interesses convergentes* como critério para diferenciar contratos e convênios tem sido contestada por boa parte da doutrina, a qual reconhece em ambos uma mesma e única natureza *contratual*. É o que defendem, por exemplo, Odete Medauar²⁵ e Floriano Azevedo Marques Neto²⁶. Esse argumento parece ter sido reforçado com o advento da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, a qual subtraiu do campo material dos convênios – regidos, até então, unicamente pelo laconismo da aplicação “*no que couber*” das normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993²⁷ – as *parcerias* com organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, inaugurando nova espécie dentro do gênero que congrega os chamados *ajustes colaborativos*²⁸.

24 É essa a posição predominante no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, por exemplo.

25 “(...) a dificuldade de fixar diferenças entre contrato, de um lado, e convênio e consórcio, de outro, parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a *contratual*”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 227-228.

26 “(...) esse afastamento do caráter *contratual* para os ajustes de vontade em que não estejam presentes a bilateralidade e o antagonismo de vontades tampouco se sustenta nos dias de hoje, sobretudo quando se multiplicam ajustes que, sem essas duas especificidades, são tratados como contratos”. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Os consórcios públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, jul./set., 2005, p. 14.

27 A *vis attractiva* da Lei de Licitações aos convênios encontra-se lastreada no *caput* do artigo 116 da Lei nº 8.666/1993: “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*”.

28 O artigo 84 da Lei federal nº 13.019/2014 é taxativo: “Art. 84. *Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*”

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:

I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.”

Nesse contexto, algumas das principais características dos convênios firmados entre entes públicos (tais como a possibilidade de denúncia a qualquer tempo, grau maior de mutabilidade do objeto e algumas restrições à exorbitância que é própria do regime dos contratos administrativos, por exemplo) parecem ser mais bem explicadas e compreendidas não pelo recurso à alegada “comunhão de esforços”, nem pela presença de “interesses convergentes” entre os partícipes, mas sim pelo fato de que União, Estados e Municípios são autônomos entre si²⁹ e, como tal, são todos simultaneamente destinatários do regime jurídico administrativo. Quando todos os partícipes possuem prerrogativas e sujeições, torna-se insubsistente reconhecer a *verticalidade* de um ente sobre outro³⁰.

Esses fatores são comumente invocados para reconhecer um regime jurídico relativamente *frouxo* aos convênios. Talvez seja esse o motivo pelo qual a LCP, buscando distanciar-se desse paradigma, deu aos consórcios públicos expressa natureza contratual. Com efeito, a possibilidade de denúncia a qualquer tempo confere caráter precário ao convênio e gera uma vinculação extremamente frágil entre os partícipes, a qual, analisada sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito, se revela incapaz de internalizar os custos decorrentes da recusa ou mesmo de um eventual inadimplemento (“*risk of default*”) do compromisso intergovernamental assumido.

Quando o compromisso formalizado pelo convênio consiste em obter a anuência, ou mesmo assumir obrigações específicas perante o ente que figura como poder concedente, não é incomum que, como forma de driblar a precariedade própria do regime convenial, o partícipe seja instado também a assinar, na condição de *interveniente*, o contrato de concessão ou de parceria público-privada. O interveniente em um contrato não é parte, mas subscreve o instrumento como terceiro que é

29 É o teor do artigo 18 da Constituição da República: “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

30 Vale destacar que isso não impede, sobretudo no âmbito das transferências voluntárias (art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal), que o ente repassador condicione o repasse de recursos à observância de algumas circunstâncias, tais como os parâmetros de preços de sistemas como SICRO e SINAPI ou mesmo a aprovação prévia de projetos básicos e editais de licitação pela área técnica do repassador. Isso, todavia, não permite reconhecer nenhuma verticalidade ou exorbitância ao regime dos convênios, mas, pelo contrário, reforça o caráter negocial dessas cláusulas, que figuram como verdadeiras condições à efetivação da transferência voluntária.

qualificado pelo próprio ajuste como juridicamente responsável pelo implemento de condições, entrega de bens, ou cumprimento de obrigações jurídicas específicas³¹.

Mas o papel do interveniente nem sempre fica claro nos contratos em que figura. Com efeito, a ausência de um regramento contratual das faculdades, direitos e obrigações atribuídas a esse terceiro frustra os objetivos principais de sua integração à relação jurídica entre concedente e concessionário, que é o de reforçar o liame original estabelecido entre entes públicos via convênio.

Por outro lado, a vinculação conferida à figura do consórcio público parece bastante robusta. Afinal, a celebração do contrato de consórcio exige prévia ratificação, por lei de cada ente consorciado, de protocolo de intenções contendo as cláusulas previstas no artigo 4º da LCP, adquirindo personalidade jurídica que pode ser de direito público (associação pública que “*integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados*”³²) ou privado (com atos constitutivos registrados em cartório, na forma da lei civil). Muito embora a LCP autorize a constituição do consórcio com personalidade jurídica de direito privado, o fato de ser sempre formado por pessoas jurídicas de direito público, com a finalidade de realizar a gestão associada de serviços públicos, confere-lhe um regime marcadamente publicista, o que lhe rendeu críticas procedentes por parte da doutrina³³.

Um levantamento recente da Confederação Nacional dos Municípios (“CNM”) revelou, em um universo composto por 5.568 municípios, a existência de apenas 491 consórcios públicos em todo o Brasil³⁴. Desse total, é significativo destacar que mais de 90% adotou a persona-

31 Podendo até mesmo vir a acionar garantias, por exemplo.

32 Artigo 6º, § 1º, da Lei federal nº 11.107/2005.

33 “(...) desperta estranheza a modelagem de pessoa jurídica de direito privado, pois o consórcio agrega pessoas jurídicas de direito público, reunidas para realizar fins de interesse comum. (...) Coerente seria enquadrar todos os consórcios na categoria das pessoas jurídicas de direito público. Ainda mais porque a própria lei não aceita a incidência só do direito privado sobre tal tipo, dada a obrigatoriedade de cumprimento de inúmeras normas de direito público, por comando do § 2º do art. 6º”. MEDAUAR, Odete e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Consórcios públicos: comentários à lei 11.107/05*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 76.

34 BRITO, Débora. *Brasil tem 491 consórcios públicos, mostra levantamento*. Agência Brasil. Brasília, 08/12/2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-12/brasil-tem-491-consorcios-publicos-mostra-levantamento>>. Acesso em 31/08/2019.

lidade jurídica de direito público e, segundo o levantamento da CNM, apenas 20 são voltados especificamente à contratação de infraestrutura.

A opção pela personalidade jurídica de direito público autoriza o recebimento de transferências voluntárias diretamente pelo consórcio³⁵, bem como o gozo da imunidade tributária recíproca e o exercício de poder de polícia. Recentemente, a reforma da LCP pelas Leis nº 13.821 e nº 13.822, ambas de 3 de maio de 2019, buscou atenuar esse cenário, permitindo também aos consórcios de direito público contratar pessoal pelas regras da CLT (artigo 6º, § 2º) e afirmando que as exigências legais de regularidade fiscal, tributária e previdenciária somente devem ser cobradas do consórcio em si, e não dos entes federativos que o integram (artigo 14, parágrafo único, da LCP). Na mesma linha, a Resolução do Senado Federal nº 41, de 21 de dezembro de 2001³⁶, foi alterada em julho de 2018 para permitir que os consórcios públicos possam obter recursos diretamente por meio da contratação de operações de crédito, desde que sejam oferecidas contragarantias conjuntamente pelos entes, de forma proporcional ao valor total da operação, e que os limites e condições para a realização de operações de crédito sejam atendidos individualmente pelo consorciado³⁷.

Os consórcios podem tanto executar os serviços públicos por conta própria – hipótese em que poderão ser contratados pela Administração, por dispensa de licitação, celebrando contrato de programa (art. 2º, §1º, inciso III, da LCP, c/c artigo 24, inciso XXVI, da Lei nº 8.666/1993) – como podem delegá-los a terceiros, por meio de concessão ou permissão, nos termos da opção realizada pelos entes federados já no protocolo de intenções (artigo 4º, inciso XI, da LCP).

Adotada a segunda opção, especial atenção deve ser dada à negociação do *contrato de rateio*, instrumento pelo qual os entes federados destinam recursos ao consórcio em cada exercício financeiro³⁸. Tanto o

35 Veja o artigo 2º, §1º, inciso I, da Lei federal nº 11.107/2005, e o artigo 39 do Decreto federal nº 6.017/2007.

36 A Resolução nº 41/2001 do Senado Federal dispõe sobre as operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive concessão de garantias, seus limites e condições de autorização, e dá outras providências.

37 Confirmam-se, a respeito, os artigos 20-A a 20-C do ato normativo, os quais lhe foram acrescentados pela Resolução nº 15, de 4 de julho de 2018.

38 O Decreto federal nº 6.107/2007 determina a celebração obrigatória do contrato de rateio, previsto no artigo 8º da LCP, em cada exercício financeiro, permitindo, no entanto, que sua

consórcio quanto os entes consorciados, isoladamente ou em conjunto, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio. Por isso, caso um ente federado não destine dotações orçamentárias suficientes à integralização das despesas assumidas no contrato de rateio, a LCP autoriza, após prévia suspensão, que o consorciado seja excluído do próprio consórcio público.

Quando o consórcio for contratante de PPP, é o contrato de rateio que discriminará o *quantum* da contraprestação pecuniária que será suportado por cada um dos consorciados. A ausência de previsão de um mecanismo que evite disputas acerca da divisão de receitas a serem compartilhadas, ou dos custos a serem rateados, pode expor o privado a um grau de insegurança que pode aumentar custos ou até mesmo inviabilizar o projeto. Pense-se, por exemplo, em uma PPP contratada por um consórcio de municípios para a gestão associada de resíduos sólidos urbanos. Qual deve ser o critério de rateio aplicável aos membros do consórcio? Dividir as despesas igualmente ou proporcionalmente ao território de cada ente? Ou conjugar o critério do território com a densidade populacional? O ente que abriga um aterro, suportando uma externalidade negativa, pode ser compensado com uma quota inferior que seus pares? O ideal é que haja alguma relação próxima entre o parâmetro escolhido para rateio e a natureza dos serviços a serem prestados³⁹. Entretanto, o contraste entre a longevidade dos contratos de concessão e a periodicidade da negociação do contrato de rateio pode desafiar a pactuação de critérios estanques, fazendo com que o consórcio público – assim como a própria concessão – não permaneça insensível à adaptabilidade e à mutabilidade das situações fáticas no contexto de contratos relacionais e incompletos.

A atribuição de personalidade jurídica ao consórcio contribui para uma gestão administrativa menos dependente do cenário político e, por-

vigência seja superior ao prazo do exercício naqueles projetos contemplados no plano plurianual (como são, por força legal, as parcerias público-privadas, segundo o artigo 10, inciso V, da LPPP).

39 Na Cartilha de Consórcios Públicos de Saneamento Básico da FUNASA há alguns exemplos de regras de rateio para consórcios que, apesar de não envolverem especificamente contratos de PPP, representam uma amostra interessante de critérios a serem considerados em futuras parcerias no setor (número de habitantes por município, número de ligações de água e volume de resíduos produzidos). Disponível em: <<http://www.funasa.gov.br:8080/documents/20182/39040/Cartilha+de+Consortorios+Publicos+de+Saneamento+Basico.pdf/7e3f38b7-1e04-4c7f-928c-85d2d9f55d7cra>>. Acesso em 30/08/2019.

tanto, mais apta a enfrentar as mudanças internas de governo nos entes consorciados sem se desviar dos objetivos inicialmente pactuados. Contudo, não é de se estranhar que o procedimento rígido e complexo para a formação do consórcio esbarre justamente em questões políticas, como desalinhamento partidário entre os governantes envolvidos e dificuldades para a aprovação das leis que ratificam os protocolos de intenções nos parlamentos locais. Com efeito, a vinculação jurídica mais robusta dada pela LCP à figura do consórcio público acaba sendo compensada pela notória dificuldade na sua formação – colocando-o, ao que parece, no extremo diametralmente oposto àquele marcado pela precariedade, em que se situa o convênio.

4. CONCLUSÕES

Entre o convênio e o consórcio parece haver um grande vazio no Direito Administrativo. Distanciados de sua origem comum de acordos cooperativos pelo advento da LCP, os dois institutos apresentam dificuldades para sua aplicação que os tornam, na prática, insuficientes para internalizar os custos de transação e os efeitos negativos de uma eventual recusa em observar um compromisso governamental previamente assumido que, também, seja essencial ao deslinde de determinado projeto de infraestrutura.

Nesse contexto, a constituição de um consórcio público somente parece valer a pena quando os entes federados interessados são titulares do serviço público a ser concedido e se associam para agregar suas demandas de modo a tornar economicamente viável a concessão ou parceria público-privada⁴⁰, ou para que os consorciados possam atingir, em conjunto, os requisitos da LPPP. A constituição de uma pessoa jurídica distinta certamente confere maior estabilidade política aos compromissos assumidos pelos entes. Contudo, a dificuldade de conciliar a negociação de critérios no contrato de rateio com a mutabilidade própria das concessões simples, administrativas e patrocinadas não é capaz, por si só, de torna-los imunes aos custos de transação *ex post* que surgem, como em toda relação jurídica relacional, também nos consórcios públicos.

Por outro lado, quando a competência para prestação do serviço for atribuída a um ente, mas for necessário obter a anuência, não obje-

40 Em razão dos altos custos fixos de operação, por exemplo.

ção ou mesmo a assunção de obrigações específicas por parte de outros, não resta muita alternativa ao Poder Público a não ser a celebração de convênios entre os entes federados. Nesses casos, a precariedade é um elemento que aumenta a incerteza – e, com ela, os custos associados ao projeto. É verdade que o reconhecimento de uma natureza contratual aos convênios, como defende boa parte da doutrina, pode contribuir para aumentar a vinculação jurídica deles derivada, estipulando, por exemplo, sanções de base negocial que sejam proporcionais à relevância dos compromissos assumidos. Mas a persistência da posição tradicional, que autoriza a denúncia do ajuste a qualquer tempo pelos partícipes, torna incertos os resultados que poderiam advir dessa guinada interpretativa perante o Poder Judiciário.

Por fim, quando os convênios forem acompanhados da assinatura do contrato de concessão pelo ente terceiro na condição de interveniente, é fundamental que os contratos disciplinem os efeitos diretos e indiretos que essa condição irá permitir ao signatário. Caso contrário, tal prática acabará por se converter em um mero argumento retórico, igualmente inapto a estabilizar os compromissos intergovernamentais assumidos pelos entes federados ao longo da modelagem da concessão ou da parceria público-privada.

5. BIBLIOGRAFIA

BORGES, Alice Gonzalez. “Consórcios Públicos – problemática de sua institucionalização”. *Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, maio/2010.

COASE, Ronald H. “The problem of social cost”. *The Journal of Political Economy*. Chicago. University of Chicago, Vol. 3, out./1960, pp. 1-44.

_____. “The nature of the firm”. *Economica*. New Series, Vol. 4, Issue 16, nov./1937, pp. 386-405.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HOHMANN, Ana Carolina Cavalcanti. *O contrato de programa na Lei Federal n. 11.107/05*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito, 2011.

LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dis-

sertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito, 2010.

LORENTE, Rodrigo Fornaziero Campillo. *Gestão associada do saneamento básico por consórcio público*. Dissertação (Mestrado). Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, 2016.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “Os consórcios públicos”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, jul./set., 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 12ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública gerencial. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, jul./dez. 1998.

_____. Mutações nos serviços públicos In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). *Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 211-236.

NEGRINI, Ricardo Augusto. *Os consórcios públicos no direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo/Faculdade de Direito, 2009.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, mai./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>>. Acesso em: 28/08/2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; e MEDAUAR, Odete. Consórcios públicos: comentários à lei nº 11.107/05. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2006.

PERES, Úrsula Dias. Custos de transação e estrutura de governança no setor público. *Revista Brasileira de Gestão de Negócios - RGBN*. São Paulo, Vol. 9 n. 24, p. 15-30, maio/ago. 2007.

SPILLER, Pablo T. An institutional theory of public contracts: regulatory implications. In: GHERTMAN, Michel. MÉNARD, Claude (ed.). *Regulation, Deregulation, Re-regulation: Institutional Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009. pp. 45-66.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985.