

FEDERALISMO COOPERATIVO CONVENIO ADMINISTRATIVO E EFICIENCIA.pdf

Fabio S Santos

Juris Plenum: Direito Administrativo

Cite this paper

Downloaded from [Academia.edu](#) 

[Get the citation in MLA, APA, or Chicago styles](#)

Related papers

[Download a PDF Pack](#) of the best related papers 



[Monografia: FEDERALISMO COOPERATIVO E A CONDICIONANTE DE PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO ...](#)
GABRIEL FONSECA FERREIRA

[DISSERTAÇÃO MESTRADO - Relações Intergovernamentais e Instrumentos de Cooperação Administr...](#)
Marcelo Ortolan

[REFLEXÕES SOBRE A LEI COMPLEMENTAR 140/2011: COOPERAÇÃO DOS ENTES FEDERATIVOS EM PR...](#)
Carlos Sérgio Gurgel da Silva

JURIS PLENUM

DIREITO ADMINISTRATIVO

Destaque:
Políticas públicas

15

Ano IV - Número 15 - Setembro 2017

ISSN 2319-0256

JURIS PLENUM
DIREITO ADMINISTRATIVO

Classificação Qualis Capes B1

© JURIS PLENUM DIREITO ADMINISTRATIVO

EDITORA PLENUM LTDA
Caxias do Sul - RS - Brasil

Publicação trimestral de doutrina e prática forense. Todos os direitos reservados à Editora Plenum Ltda. É vedada a reprodução parcial ou total sem citação da fonte.

Os conceitos emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

E-mail para remessa de artigos: plenum@plenum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

J95 Juris Plenum Direito Administrativo / Editora Plenum . Ano IV, n. 15 (jul./set. 2017). - Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2017.
192p. ; 23cm.

Trimestral

Descrição baseada em: Vol. 1, n. 1 (jan./mar. 2014).

ISSN: 2319-0256

1. Direito administrativo. 2. Direito municipal.
3. Direito administrativo municipal. I. Editora Plenum.

CDU 2ed. 342.9

Índice para o catálogo sistemático:

- | | |
|-------------------------------------|---------|
| 1. Direito administrativo | 342.9 |
| 2. Direito municipal | 352 |
| 3. Direito administrativo municipal | 351.712 |

Catalogação na fonte elaborada pelo Bibliotecário
Marcos Leandro Freitas Hübner - CRB 10/1253

Editoração eletrônica: Editora Plenum Ltda.

Tiragem: 3.000 exemplares

Distribuída em todo território nacional

Serviço de atendimento ao cliente: (54) 3733-7447

SUMÁRIO

Apresentação	7
---------------------------	---

DESTAQUE: POLÍTICAS PÚBLICAS

Doutrina

Ação civil pública como instrumento de controle da aplicação de políticas públicas na sociedade da informação EMERSON PENHA MALHEIRO.....	9
O controle processual e o ciclo das políticas públicas: novos parâmetros de atuação LUCIANA RAMOS CASTILHO LAVOYER.....	31
As políticas públicas de quotas raciais no Brasil: necessidade, desafios e resultados LUCIANO ELIAS REIS	55
Multisetorialização e ingerência dos Tribunais de Contas nas políticas públicas voltadas à criança, ao adolescente e ao jovem MARCELLO DE OLIVEIRA GULIM, CÉSAR AUGUSTO MARTINS CARNAÚBA.....	83

SEÇÃO GERAL

Doutrina

Tombamento, inventário e registro: nuances e efeitos jurídicos aos sistemas de proteção do patrimônio cultural brasileiro CHRISTIANE HELOISA KALB, MARIA BERNARDETE RAMOS FLORES	97
Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo LUÍS ROBERTO BARROSO	119
Releitura da eficiência administrativa sob o paradigma da sustentabilidade MAGNO FEDERICI GOMES, IGOR JOTHA SOARES	157
Federalismo cooperativo, convênio administrativo e eficiência RENATA FURTADO DE BARROS, RAFAEL ALEM MELO FERREIRA, JOSÉ ALBERTO OLIVEIRA DE PAULA MACHADO, FÁBIO DE SOUSA SANTOS	173

Parecer

Acumulação de cargo público e “teto” remuneratório LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA.....	185
---	-----

NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS DOUTRINÁRIOS	191
--	-----

APRESENTAÇÃO

O assunto em destaque desta edição da *Revista Juris Plenum Direito Administrativo* são as Políticas Públicas. O primeiro artigo traz a realidade da sociedade da informação e as consequentes alterações na forma como ocorre o controle da aplicação de políticas públicas nas ações civis públicas. O segundo artigo propõe novos parâmetros de atuação do Poder Judiciário no controle processual das políticas públicas. O terceiro artigo trabalha políticas públicas específicas de quotas raciais, apresentando resultados e revelando os desafios. E o quarto artigo da Sessão Destaque traz uma abordagem crítica sobre o controle realizado pelos Tribunais de Contas nas políticas públicas relacionadas à criança, ao adolescente e ao jovem.

Na Seção Geral são trabalhados outros importantes temas. Inicialmente, trabalham-se os sistemas de proteção do patrimônio cultural brasileiro por meio do tombamento, do inventário e do registro. Depois, aborda-se a relação entre direito e política por meio da análise da supremacia judicial diante da Constituição e da democracia. O artigo seguinte propõe uma releitura da eficiência administrativa levando em conta o paradigma da sustentabilidade. Por fim, aborda-se o convênio administrativo relacionado ao federalismo cooperativo.

Ainda na Seção Geral, apresenta-se um parecer jurídico sobre a “Acumulação de cargo público e teto remuneratório”, diante do julgamento de dois Recursos Extraordinários (RE 602043 e RE 612975) ocorrido no dia 27.04.2017 e que tinham repercussão geral.

O leitor também recebe um DVD na contracapa da Revista, com diversos modelos para orientar sua atuação profissional.

Boa leitura a todos!

LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA

Editor Científico da *Juris Plenum Direito Administrativo*

Procurador do Município de Caxias do Sul/RS

Professor da Universidade de Caxias do Sul

Pós-Doutor em Direito

**FEDERALISMO COOPERATIVO, CONVÊNIO
ADMINISTRATIVO E EFICIÊNCIA'**

**COOPERATIVE FEDERALISM, ADMINISTRATIVE
AGREEMENT AND EFFICIENCY**

RENATA FURTADO DE BARROS

Doutora e Mestre em Direito Público pela PUC Minas. Professora de Direito Constitucional e Internacional Concursada da PUC Minas. E-mail: renatafbarros@gmail.com.

RAFAEL ALEM MELO FERREIRA

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenador do Curso de Direito da PUC/MG. Professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. E-mail: ramfmg@hotmail.com.

JOSÉ ALBERTO OLIVEIRA DE PAULA MACHADO

Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC/PR. Defensor Público do Estado de Rondônia. E-mail: zezaoopm@gmail.com.

FÁBIO DE SOUSA SANTOS

Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUC/PR. Procurador do Estado de Rondônia. E-mail: fabiodesousasantos@hotmail.com.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Federalismo cooperativo e a Constituição Federal de 1988 - 2. Natureza jurídica dos convênios administrativos - 3. Convênios como instrumento de promoção do desenvolvimento - Conclusão - Referências.

Data de recebimento do artigo: 15.05.2017.

Datas de pareceres de aprovação: 22.06.2017 e 30.06.2017.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 16.07.2017.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o convênio administrativo como instrumento hábil do federalismo cooperativo para viabilizar a execução de ações no âmbito federal, estadual e municipal. Aprecia-se a natureza jurídica do convênio administrativo, objetivando aferir consequências decorrentes dessa análise. Foi empregado o método dedutivo de abordagem com auxílio de uma pesquisa explicativa e bibliográfica. Concluiu-se que o convênio se consubstancia em negócio jurídico de natureza contratual como forma garantia de segurança jurídica e eficiência administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: federalismo cooperativo; convênio administrativo; contrato administrativo; eficiência.

ABSTRACT: This article aims to analyze the administrative agreement as an instrument for cooperative federalism to make feasible a federal, state and municipal action execution. A legal nature of the administrative agreement is appreciated, aiming to assess the consequences of this analysis. The deductive method of approach was used with the aid of an explanatory and bibliographical research. It was concluded that the agreement is based on legal insurance of a contractual nature as a form of guarantee of security and administrative efficiency.

KEYWORDS: federalism; administrative agreement; administrative contract; efficiency.

INTRODUÇÃO

A visão geral da Constituição Federal não deixa dúvidas acerca das peculiaridades do formato de Estado adotado pelo Brasil e do caráter de entrelaçamento das competências constitucionalmente previstas às diferentes esferas políticas da federação.

Trata-se do denominado federalismo cooperativo, ou seja, a tentativa de cooperação geral dos entes federados na gestão de interesses públicos e compartilhamento de encargos, visando à eficiência administrativa, princípio maior da chamada “Reforma Administrativa”, propugnada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

Entretanto, a criação de um complexo feixe de atribuições comuns, concorrentes, exclusivas e privativas de cada ente federativo desafia um equilíbrio de poder decisório sobre políticas públicas entre esses entes, causando celeumas jurídicas e ineficiências das políticas públicas.

Cediço é que a finalidade da Administração Pública é necessariamente a realização do bem-estar comum, satisfazendo o interesse geral de seus administrados. Para tanto, deve dotar-se de instrumentos jurídicos próprios que lhe permita a execução desse desígnio, de forma contínua e eficiente, como é o caso dos convênios administrativos.

E o convênio administrativo é um mecanismo indutor de financiamento de políticas públicas, ao mesmo tempo em que serve também como instrumento descentralizador dessas políticas. Por isso, pretende-se abordar esse instituto jurídico, a partir das suas concepções doutrinárias, legais e jurisprudenciais, apontando suas diferenças e similitudes

com os contratos administrativos, para alcançar sua natureza jurídica definitiva a contento de um federalismo cooperativo que satisfaça o interesse público de forma eficiente.

O método empregado é o dedutivo de abordagem que permite partir de premissas gerais para se chegar a uma conclusão específica sobre o tema aqui confrontado. Serve-se, ademais, do método dialético e comparativo, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas. O tipo de pesquisa é explicativa e também bibliográfica, a partir de livros e artigos científicos.

1. FEDERALISMO COOPERATIVO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em outubro de 1988, a Constituição brasileira estabeleceu o federalismo como a forma do Estado brasileiro, incluindo os Municípios na condição de entes federados: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal" (BRASIL, 1988).

E ao contrário do que ocorreu com as treze colônias norte-americanas, em que os entes federados se uniram para a formação de um Estado Nacional, no Brasil, após a Proclamação da República, "o pacto federativo ocorreu por desagregação, na qual o Estado unitário se parte para constituir o Estado Federal" (PINHO, 2005, p. 166).

No ordenamento vigente, a repartição de competências entre o governo central, União, e os entes federados - Estados, Municípios e Distrito Federal - é o ponto central da forma federal de Estado. A Constituição Federal de 1988 enumera as competências da União, art. 21 e art. 22, e Municípios, art. 30, restando aos Estados a competência residual, conforme enuncia o art. 25 da carta. Define também as áreas das competências concorrentes, art. 24, e as comuns, art. 23, instituindo expressamente o federalismo cooperativo do Estado brasileiro.

Da leitura dos artigos assinalados é verificável que o critério eleito, em regra, foi o da especialidade, segundo o qual cabe à União editar normas gerais e, aos Estados e Distrito Federal, normas especiais, na tentativa de equacionar a preponderância do interesse sob gestão e a amplitude do ente responsável:

[...] a Constituição prevê dois níveis de exercício dessa competência legislativa: um primeiro nível, reservado à União, que pode legislar sobre normas gerais, e um segundo nível, aos Estados-membros e ao Distrito Federal que ditam normas especiais de complementação às normas gerais ou - na ausência destas ou em nelas havendo lacunas não intencionais - de suplementação. Além dessas regras, contidas no art. 24 da CF, deve-se mencionar a regra do art. 30, inciso II, que permite que os Municípios suplementem a legislação federal e estadual, "no que couber" (CAMBI, 2000, p. 251).

Consigna-se, *a priori*, que o surgimento do federalismo como concepção de vida em sociedade organizada remonta ao surgimento das primeiras comunidades sedentárias,

especialmente no Oriente (Mesopotâmia, Egito, etc.), em função da necessidade de defesa de um território amplo (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 269).

De fato, o largo espaço territorial no qual se distribui a República brasileira, com um amplo espectro de realidades sociais, econômicas e políticas, imantados pela língua comum, também justificou a escolha do legislador maior pelo modelo federal, sendo a divisão de atribuições e poderes entre as esferas nitidamente peculiar, no sentido de retratar a singularidade da formação sociocultural brasileira e do momento histórico da redação da Carta Magna.

Mas mais do que isso, o Estado federal surgiu, outrossim, como resposta contrária ao absolutismo, seguindo o ideal de liberdade, fator essencial para a busca de uma nova concepção de forma de Estado. Isso porque defende a ideia de descentralização e limitação do poder, por meio da separação dos poderes e da divisão da atuação governamental em dois níveis, a União e os Estados-membros (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 272). Portanto, é uma forma de Estado que visa conciliar esforços, prerrogativas, competência e poder entre a União e os Estados, ao revés de um modelo de Estado Unitário, centralizador.

Por essa razão, os Estados federais consubstanciam-se numa forma mais complexa de Estado, eis que apresentam mais de um centro de poder político e “compreende várias modalidades que se distinguem segundo a composição coordenada ou subordinada dos entes políticos estatais” (RANIERI, 2013, p. 135). É evidente que a pluralidade de centros político-administrativos não implica em subordinação (ao menos jurídica) entre eles, haja vista, em última análise, que “o objetivo do federalismo é a unidade, respeitando e assimilando a pluralidade” (BERCOVICI, 2003, p. 146).

E na medida em que há essa necessidade de coordenação/cooperação na Federação, temos várias formas de interdependência entre os agentes nos diversos planos de ação, assim como também diversos conflitos normativos de interesse público. É nesse ponto que encontra o desafio dessa imbricada arquitetura institucional, no qual se faz importante distinguir as competências que se executam em coordenação e as que a execução se dá por cooperação:

Dentre as complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados, no federalismo cooperativo, devemos distinguir a coordenação da cooperação propriamente dita. A coordenação é, na realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação. A vontade das partes é livre e igual, com a manutenção integral de suas competências: os entes federados sempre podem atuar de maneira isolada ou autônoma. A coordenação é um procedimento que busca um resultado comum e do interesse de todos. A decisão comum, tomada em escala federal, é adaptada e executada autonomamente por cada ente federado, adaptando-a as suas peculiaridades e necessidades. A materialização da coordenação na repartição de poderes são as competências

concorrentes. [...] Na repartição de competências, a cooperação se revela nas chamadas competências comuns, consagradas no art. 23 da Constituição de 1988. Nas competências comuns, todos os entes da Federação devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição. E mais: não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução destas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo (BERCOVICI, 2003, p. 146).

Digno de nota é que o federalismo não passa, entretanto, imune a críticas, conforme registra André Ramos Tavares (TAVARES, 2013) e Gilberto Hochman (HOCHMAN, 2013). As críticas apontadas evidenciam, em verdade, o risco de converter-se em um regime de coordenação, por meio do seu desvirtuamento, em virtude do abuso, por parte de algum dos entes integrantes, do poder político ou econômico ou de sua ineficiência por conta da necessidade da convergência de uma pluralidade de polos decisórios diversos. Tal risco manifesta-se evidentemente acrescido em Estados federais em que a repartição de competências materiais não é devidamente acompanhada do lastro orçamentário-financeiro, dentro do regime de repartição das competências fiscais, necessário para sua execução a contento - outro traço marcante da federação brasileira (PALOS, 2011).

E a ausência de regras precisas sobre esse relacionamento entre as três esferas de governo no âmbito das competências comuns, das competências concorrentes e exclusivas, é que desperta um vácuo e muitas vezes também uma sobreposição de ações conflitantes na atuação dos entes.

Valeriano Costa (2004, p. 416) afirma que “a ausência dessa norma regulamentadora é a causa da falta de coordenação e cooperação entre os entes federados, ou seja, não existe uma política nacional coordenada”, o que faz com que certas políticas públicas sejam realizadas por mais de uma esfera governamental e outras por nenhuma.

Com efeito, a característica do desafio do federalismo cooperativo é verificável, em apertada síntese, em dois fatores: o estabelecimento de um regime de cooperação institucional (e não simplesmente político-partidária) entre as esferas federativas, de modo a materializar as competências atribuídas pelo texto constitucional a todos estes; e o compartilhamento do custo (inclusive político) de sua execução ou inexecução entre todos os entes e seus Governos.

O fato é que o federalismo cooperativo como vislumbro constitucional tenta não ser apenas um engenho mais equânime de distribuição de competências, mas, principalmente, um arranjo para a realização do interesse público de forma mais eficiente. Nesse contexto, adverte-se: “o moderno conceito de federalismo cooperativo mostrar-se-ia de certo modo redundante, pois está implícito no conceito de federalismo”. (FARIAS, 1999, p. 305). Aliás, da própria etimologia da expressão “federação”, que deriva do latim *foederatio*, de *foederare*, advém já a ideia de aliança.

2. NATUREZA JURÍDICA DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

O Convênio administrativo é um instrumento de excelência para a prática desse federalismo cooperativo. Isso porque esse instituto jurídico permite que a União, Estados e Municípios realizem empenho em conjunto na realização do interesse público, sendo um meio eficiente de descentralização de suas atividades e por meio do qual obtêm bens e recursos que precisam para implantar seus planos, projetos, empreendimentos e políticas públicas.

O Decreto Federal nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que trouxe uma nova conceituação sobre convênio:

§ 1º Para efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e de Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua colaboração.

A natureza jurídica contratual nos parece, *prima face*, inconteste, mas o tema passa longe de ser pacífico, eis que parte relevante da doutrina nega a natureza contratual aos convênios.

“Hely Lopes Meirelles, Carvalho Filho, Gasparini, Di Pietro, entre outros administrativistas, entendem que convênio não é contrato, mas mero acordo ou ajuste de vontade” (NOGUEIRA, 2001). Em resumo, tal posicionamento reconhece que em razão da inexistência de oposição no interesse dos partícipes de um convênio, não se pode atribuir a natureza contratual.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro imiscui nas diferenças apontadas pela maioria da doutrina:

c) no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um resultado comum, ou seja, um estudo, um ato jurídico, um projeto, uma obra, um serviço técnico, uma invenção, etc., que serão usufruídos por todos os partícipes, o que não ocorre no contrato; d) no convênio, verifica-se a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos; e) dessa diferença resulta outra: no contrato o valor pago a título de remuneração passa a integrar

o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o convênio recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, como ao Tribunal de Contas (DI PIETRO, 2010, p. 457).

Percebe-se, com evidência, que nos contratos administrativos que se amoldam à tipologia legalmente prevista,¹ os interesses das partes são contrapostos, divergentes: o Estado deseja adquirir um bem ou serviço e o contratado almeja auferir lucro. Neste contrato administrativo, em função da existência de interesses contrapostos, forma-se entre as partes uma relação jurídica de natureza sintagmática, que se caracteriza pela coexistência de direitos e deveres recíprocos entre o Estado e o contratante privado. Importante anotar que o que se deve verificar, para determinar com precisão a ocorrência ou não da bilateralidade, é a justaposição dos interesses mediatos dos partícipes.

A simples existência de obrigações recíprocas (ou imediatas) no instrumento da avença (por exemplo, prestação de contas, devolução de saldos ou o aporte de contrapartida) ou uma aparente ocorrência de sinalagma (doação com encargo que beneficie indiretamente o doador) podem causar confusão quando da identificação da tipologia do negócio. Ambas almejam executar determinada atividade, nitidamente relacionada à execução de políticas públicas, que vão ao encontro das suas finalidades institucionais.

Não há, nos convênios, nos mesmos moldes da relação contratual ordinária, a ocorrência da bilateralidade mediata entre as partes integrantes do convênio, uma vez que não há interesses contrapostos entre os participantes, como já salientado alhures; há interesses convergentes ou paralelos, voltados à realização de um dado projeto de interesse público.² Não é, portanto, a bilateralidade ou não do contrato que se presta, de modo conceitual, para a determinação da qualidade, *latu sensu*, de contrato administrativo, mas sim se o instrumento serve ou não para expressar ajuste em que a Administração Pública seja parte, materializando determinada relação jurídica - aparentemente sinalagmática ou não - regida pelo Direito Público. Essa é a orientação encampada por Gustavo Magalhães (MAGALHÃES, 2012, p. 197) e Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2012, 1086).

¹ O art. 2º da Lei 8.666/93 dá a dicção normativa do instituto.

² O Professor Marçal Justen Filho esclarece que “já no chamado ‘convênio administrativo’, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem - ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. No convênio, a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração Pública, que buscam a realização imediata de atividades orientadas à realização de interesses fundamentalmente similares” (JUSTEN FILHO, 2012, 1086).

Nesse sentido, também se posiciona Odete Medauar, para quem há vinculação obrigacional nos convênios administrativos, havendo sim encargos recíprocos entre os partícipes:

Parece igualmente difícil raciocinar em termos de existência ou inexistência de obrigações recíprocas para diferenciar contratos de convênios. Os convênios implicam, claramente, encargos recíprocos; por exemplo: num convênio entre uma Secretaria Estadual de Educação e uma Prefeitura para construção de uma escola, cabendo à primeira a obra e à segunda o oferecimento do terreno, há encargos recíprocos para ser atingido o resultado (MEDAUAR, 2008, p. 228).

Negar natureza contratual ao convênio, especialmente em virtude de ter como efeito a ausência de coercibilidade do instrumento (ARAÚJO, 2014), é entendimento que afronta o princípio constitucional da eficiência, eis que importa num claro descompasso com a determinação Constitucional de compromisso com o resultado (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 283) e, em última análise, macula o direito fundamental ao serviço público adequado (HACHEM, 2015). Neste contexto, o convênio administrativo não deve ser visto como simples pacto de adimplemento opcional por parte do gestor, mas como acordo efetivo, decorrente do perfil estrutural do Estado brasileiro, cujo cumprimento deve ser fielmente observado. O Tribunal de Contas da União³ e o Superior Tribunal de Justiça⁴ já se manifestaram no sentido da coercibilidade do instrumento de convênio e da necessidade de papel ativo de todas as esferas na persecução do fim a que se destina, inclusive sancionatória, com a transcendência dos efeitos do acordo para além da esfera político-partidária.

É preciso ressaltar, entretanto, que os convênios são instrumentos jurídicos para o estabelecimento de uma relação material de complexidade elevada, sujeita a intemperes das mais diversas (políticas, econômicas, financeiras, gerenciais) e em que a partilha de

³ “É posição consagrada desta Corte de Contas que as dificuldades administrativas e a ausência de adequada estrutura de gerenciamento não servem para elidir irregularidades em convênios celebrados com a União. A Municipalidade deve, antes, dotar-se de adequada capacidade administrativa para utilizar os recursos federais, o que inclui a capacidade de gestão do próprio Prefeito” (BRASIL, 2013).

⁴ Segue o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO. CONVÊNIO. DISTINÇÃO. CONTRATOS. DENÚNCIA UNILATERAL. POSSIBILIDADE. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. PRESCINDIBILIDADE. PREJUÍZOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ESTABELECIDAS NO INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 2. Os convênios administrativos são ajustes firmados entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses em comum. Diferem dos contratos administrativos, basicamente, pela ausência de interesses contrapostos, já que o elemento principal da união entre os convenientes é a cooperação e não o lucro geralmente visado nos contratos. 3. O vínculo jurídico existente nos convênios não possui a mesma rigidez inerente às relações contratuais, daí porque o art. 116, *caput*, da Lei 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 convenientes, é cabível a aplicação de sanções, a serem estabelecidas, via de regra, no próprio instrumento de colaboração” (BRASIL, 2010).

riscos não se mostra objetivamente disposta nos instrumentos normativos. Sob tal luz é que a análise e a aplicação das cláusulas não devem ser vistas de forma absolutamente imperativa, eis que é possível construir situações nas quais o cumprimento das obrigações contratuais causaria prejuízos a ambas as partes.

Porquanto o princípio constitucional da eficiência vem abalizar um novo paradigma da Administração Pública, que se inquieta com o resultado, qualidade e credibilidade das políticas públicas. Ele estabelece uma nova condição do Estado-administração frente ao cidadão, deixando os instrumentais burocráticos não como fins em si mesmos, mas como mecanismos dignos de concretização do interesse público.

Para tanto, o melhor posicionamento a encampar é que convênio é espécie do gênero contrato administrativo, eis que se consubstancia em negócio jurídico, firmado entre duas esferas federativas diversas (por meio da pessoa política) ou entre a Administração e particular (constituído sem fins lucrativos), no intuito de possibilitar a promoção de determinada política pública em regime de cooperação, coordenação ou de descentralização. E o que vai definir a natureza contratual do ajuste é o acordo de vontades para formação de vínculo com estipulação de obrigações recíprocas.

3. CONVÊNIOS COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

No bojo do texto constitucional, verifica-se que o Estado, em todas as esferas federativas, é sujeito ativo na promoção do plexo de direitos fundamentais, corolários e consectários lógicos da promoção do direito ao desenvolvimento, sendo este valor de destaque na Carta Magna como um dos quatro objetivos fundamentais da República.

A propósito, a reforma administrativa ou reforma gerencial, implementada pela Emenda Constitucional nº 19/98, (BRASIL, 1998), buscou concretizar a modernização e a eficiência da administração pública para alcançar esses desideratos de desenvolvimento, com a implantação de mecanismos como os consórcios administrativos, contratos de gestão e os convênios.

A efetivação de convênio, *a priori*, nada mais é do que o reconhecimento da incompetência ou ineficiência gerencial ou, ao menos, da capacidade reduzida do concedente em materializar a política pública pretendida. Diante de tal exercício de resignação institucional, o Estado admite a colaboração de um parceiro - público ou privado - para desenvolver a atividade.

Tal concepção, entretanto, não se mostra adequada ou mesmo suficiente para explicar o fenômeno dos convênios no âmbito das competências intrinsecamente relacionadas ao federalismo de cooperação, já que, como dito, tem como traço fundamental a cooperação institucional (TAVARES, 2013). Sendo logicamente incabível a transferência de uma competência jurídica a quem dela já dispõe, não há como aceitar que se realize convênio para descentralização no âmbito das competências a serem realizadas em cooperação, eis que não há transferência da atividade.

A busca do estabelecimento de um regime de mútua assistência institucional entre os entes federativos não tem veículo definido pelo Texto Constitucional. É o que reconhece o Decreto 6.170, de 25 de julho de 2007, quando estabelece que o convênio encarta “acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros [...] visando a execução de programa de governo [...] em regime de mútua cooperação” (BRASIL, 2007).

Ao Poder Público compete, neste cenário, promover as escolhas estratégicas e táticas da atuação da Administração no sentido do atendimento dos anseios sociais. A lei em sentido estrito deve, no tocante às definições de políticas públicas, ater-se à moldura macroscópica, isto é, ao estabelecimento de objetivos estratégicos de amplo espectro, dentro da noção de democracia representativa inerente ao sistema político constitucionalmente previsto.

Consigna-se ainda que, como bem aponta Emerson Gabardo, é prudente o oferecimento de amparo legal às ações estatais, ante o mandamento constitucional do princípio da legalidade, ainda que elas - as leis - não sejam o veículo normativo adequado para estabelecer a completude do regime jurídico dos convênios (GABARDO, 2016, p. 207). De outro lado, as normas infralegais em geral, mostram-se de grande utilidade no estabelecimento da parte padronizada dos instrumentos operacionais em si, ante uma severa similitude com os contratos de adesão de direito privado (MAGALHÃES, 2012, 197).

A ideia que se deseja transpassar é de que a normatização dos veículos de materialização do regime de cooperação perpassa pelo “bloco de legalidade” (CARVALHO, 2011, p. 57) que não compreende somente a lei em sentido estrito, mas uma diversidade de veículos normativos supralegais e infralegais, que cristalizam as balizas das relações travadas pela Administração Pública. A lei, em sentido estrito ou não, serve à prescrição da *bigger picture*, isto é, da moldura normativa mais ampla e para a imposição de padrões gerais de normatização.

Considerado tal cenário, é visível uma lacuna substancial, qual seja: a identificação pormenorizada das necessidades e mecanismos operacionais de efetivação das políticas públicas. Há o estabelecimento de um regime de cooperação com um conteúdo nuclear de intenso caráter negocial, via de regra, definido por meio do plano do trabalho⁵ oferecido pelo proponente, mas que integra, para todos os efeitos, o convênio eventualmente firmado.

E é, portanto, o convênio que produz a materialidade necessária para a efetiva instrumentação da política pública por meio do regime de cooperação, haja vista que define, de modo mais preciso, o objeto da parceria com prazos, metas, enfim, o plano ao problema que o Poder Público - em cooperação - propõe-se a resolver.

CONCLUSÃO

O perfil Constitucional da federação brasileira, elencado na Constituição Federal de 1988, é marcado pelo uso, não exclusivo, do federalismo de cooperação como técnica

⁵ Previsto no art. 116 da Lei 8.666/93.

de repartição de competências, com o estabelecimento de um regime de cooperação institucional entre as esferas federativas.

O convênio se consubstancia em negócio jurídico de natureza contratual, tendente a promover o estabelecimento de uma relação jurídica concreta e densa, conferindo concretude ao mecanismo institucional do federalismo de cooperação, dentro de uma ação de resignação e também de estratégia institucional do concedente.

Isso porque se os acordantes pactuarem formalmente deveres e obrigações, seja por meio de contrato ou convênio administrativo, encontrar-se-ão vinculando ao que se comprometeram e, por consequência, o ajuste terá natureza contratual, pelo menos para fins administrativos, garantindo uma maior segurança ao Estado em realizar suas funções de maneira transparente e eficiente.

Este cenário faz com que se crie uma teia de relações político-institucionais entre as esferas de governo de modo a possibilitar a materialização das políticas públicas constitucionalmente designadas para o exercício em cooperação, em benefício da sociedade e com o adequado nível de tratamento jurídico-normativo entre os partícipes, possibilitando a maximização da promoção do desenvolvimento, novamente, atendendo as determinações e objetivos constitucionais neste sentido.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Constituição (1988). *Emenda constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998*. DF: Congresso Nacional, 1998.
- BRASIL. *Decreto Federal nº 6.170, de 25 de julho de 2007*. DF: Congresso Nacional, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.634/SP. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15.06.2010. *DJe* 28.06.2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1277/2003. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. Julgado em 06.03.2013. *DJe* 13.09.2013.
- CAMBI, Eduardo. Normas gerais e a fixação da competência concorrente na Federação brasileira. *Revista de Direito Processual Civil*, n. 92, abr./jun. 2000.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

COSTA, Valeriano. Federalismo. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

FLEINER-GERSTER, Thomas. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GABARDO, Emerson. A flexibilização da legalidade mediante o prestígio de uma ideia equivocada de eficiência e uma visão niilista da separação dos poderes. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Org.). *Direito administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2016.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Org.). *Direito Administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 207-215. In: SEMINÁRIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. *Anais...*

HOCHMAN, Gilberto (Org.) *Federalismo e políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro, Fiocruz, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012.

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

NOGUEIRA, Erico Ferrari. Convênio administrativo: espécie de contrato? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 258, p. 81-113, set./dez. 2011.

PALOS, Aurélio Guimarães Cruvinel e. *A Constituição de 1988 e o pacto federativo fiscal*. mar. 2011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema10/2011_480.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Da organização de Estado, dos poderes e histórico das constituições*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri, SP: Manole, 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Destaque: Políticas públicas

DOCTRINA

- Ação civil pública como instrumento de controle da aplicação de políticas públicas na sociedade da informação.**
EMERSON PENHA MALHEIRO.....9
- O controle processual e o ciclo das políticas públicas: novos parâmetros de atuação.**
LUCIANA RAMOS CASTILHO LAVOYER.....31
- As políticas públicas de quotas raciais no Brasil: necessidade, desafios e resultados.**
LUCIANO ELIAS REIS.....55
- Multisetorialização e ingerência dos Tribunais de Contas nas políticas públicas voltadas à criança, ao adolescente e ao jovem.**
MARCELLO DE OLIVEIRA GULIM, CÉSAR AUGUSTO MARTINS CARNAÚBA.....83

Seção Geral

DOCTRINA

- Tombamento, inventário e registro: nuances e efeitos jurídicos aos sistemas de proteção do patrimônio cultural brasileiro.**
CHRISTIANE HELOISA KALB, MARIA BERNARDETE RAMOS FLORES.....97
- Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo.**
LUÍS ROBERTO BARROSO.....119
- Releitura da eficiência administrativa sob o paradigma da sustentabilidade.**
MAGNO FEDERICI GOMES, IGOR JOTHA SOARES.....157
- Federalismo cooperativo, convênio administrativo e eficiência.**
RENATA FURTADO DE BARROS, RAFAEL ALEM MELO FERREIRA, JOSÉ ALBERTO OLIVEIRA DE PAULA MACHADO, FÁBIO DE SOUSA SANTOS.....173

PARECER

- Acumulação de cargo público e “teto” remuneratório**
LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA.....185

