

Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

Convênios Administrativos

84

julho/dezembro 2016

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Convênios Administrativos



84

JULHO/DEZEMBRO 2016



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

Procurador Geral do Estado

Mariângela Sarrubbo Fragata

Procuradora do Estado Chefe

Centro de Estudos – Escola Superior



ISSN 0102-8065

CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rua Pamplona, 227 – 10ª andar – Jardim Paulista
CEP 01405-100 – São Paulo – SP – Brasil
Tel. (11) 3286-7016
Homepage: www.pge.sp.gov.br
e-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Procuradora do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior

Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria

Camila Rocha Schwenck, Fábio André Uema Oliveira, Joyce Sayuri Saito e Mirian Kiyoko Murakawa

Comissão Editorial

Mariângela Sarrubbo Fragata (Presidente), Joyce Sayuri Saito, Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Anselmo Prieto Alvarez, Luciana Rita Laurenza Saldanha Gasparini, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Maria Márcia Formoso Delsin, Rafael Carvalho de Fassio (Resolução PGE n° 10, de 11 de fevereiro de 2016)

Mariângela Sarrubbo Fragata (Presidente), Joyce Sayuri Saito, Alessandra Obara Soares da Silva, Amanda Bezerra de Almeida, Américo Andrade Pinho, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Maria Angélica Del Nery, Rafael Carvalho de Fassio, Sérgio de Castro Abreu (Resolução PGE n° 7, de 14 de março de 2017)

Coordenação do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas sobre Convênios

Rafael Carvalho de Fassio

Revista

Coordenação editorial desta edição: Joyce Sayuri Saito.

Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte, sendo vedada a sua comercialização. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores.

Tiragem: 600 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,
Brasil, 1971-(semestral)

1971-2010 (1-72)
1998 (n. especial)
2003 (n. especial)

CDD-340.05
CDU-35(05)

Sumário

AO LEITOR.....	VII
Mariângela Sarrubbo Fragata	
APRESENTAÇÃO	IX
QUEM TEM MEDO DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO	1
Aloísio Pires de Castro, Lucas de Faria Rodrigues	
CLÁUSULAS EXORBITANTES E OS CONVÊNIOS: ALTERAÇÃO DO OBJETO, REAJUSTE E REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	25
Flávia Della Coletta Depiné, José Fabiano de Almeida Alves Filho, Telma de Freitas Fontes	
CONVÊNIOS COM EMPRESAS PRIVADAS	51
Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Elizabete Matsushita, Hilda Sabino Siemons	
CONVÊNIOS COM FUNDAÇÕES GOVERNAMENTAIS DE DIREITO PRIVADO E EMPRESAS ESTATAIS.....	79
Patrícia Helena Massa, Renata Santiago Pugliese	
CONVÊNIOS COM MUNICÍPIOS: INADIMPLEMENTO DO OBJETO E APLICAÇÃO DE SANÇÕES	93
Carolina Pellegrini Maia Rovina, Fernanda Amaral Braga Machado, Maria Silvia de Albuquerque Gouvêa Goulart	
FUNDAÇÃO DE APOIO NA ÁREA DA SAÚDE: COMO ESTRUTURAR A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO, POR MEIO DE CONVÊNIO	109
Carolina Adriana Mendes Martins Braga Ponte, Fábio Augusto Daher Montes	

LIMITES DA FISCALIZAÇÃO EXERCIDA PELO ENTE REPASSADOR DE RECURSOS EM CONVÊNIOS.....	121
Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado, Jéssica Helena Rocha Vieira Couto	
PLANO DE TRABALHO E CONTROLE DE RESULTADOS: PREVISÃO <i>EX ANTE</i> OU <i>EX POST</i> DAS OBRIGAÇÕES CONVENIAIS	139
Edson Marcelo Veloso Donardi, Michelle Manaia Sanjar, Rogerio Augusto da Silva	
PRESTAÇÃO DE CONTAS: INCIDÊNCIA DE CONTROLES INTERNO E EXTERNO	177
Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro, Vera Wolff Bava Moreira	
A VEDAÇÃO DOS EFEITOS FINANCEIROS RETROATIVOS NOS CONVÊNIOS FIRMADOS PELO ESTADO DE SÃO PAULO...	195
Fábio Augusto Daher Montes	
RACIONALIZAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO DE FLUXOS DE TRABALHO EM CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS: O SICONV E O PORTAL DE CONVÊNIOS	211
Anna Carolina Seni Peito Macedo Casagrande, Francisco de Assis Miné Ribeiro Paiva, Maria Christina Menezes	

Ao Leitor

O Centro de Estudos da PGE tem prestigiado a publicação de obras monotemáticas, a fim de proporcionar conhecimentos mais sólidos ao leitor, em relação a temas candentes para a Administração Pública.

Com a formação de Núcleos de Estudos Temáticos, Procuradores do Estado se debruçam sobre normas, doutrina e jurisprudência, a fim de buscar subsídios para uma melhor aplicação do direito às incessantes demandas da Administração que, com seu dinamismo nos provoca a, rapidamente, encontrar soluções sob fundamento do interesse público.

Este volume trata de um tema de interesse comum a todos os órgãos da Administração e que mereceu um novo olhar a partir do advento da Lei nº 13.019 de 31 de julho de 2014, que *estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, dentre outras providências*. Daí a pertinência da provocação de iniciativa da Subprocuradora Geral do Estado, Dra. Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, para a constituição do grupo de estudos.

Os trabalhos, pesquisas e reflexões resultantes de cada reunião, motivaram o grupo a compartilhar suas conclusões com a comunidade jurídica, de modo a dar início a formação da melhor interpretação da norma inaugurada.

Estou certa de que o compromisso do coordenador do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas sobre Convênios, o brilhante colega Rafael Carvalho de Fassio, engrandeceu sobremaneira a produção desta obra que será de grande valia para Advocacia Pública, seja no campo da atividade consultiva, ou da judicial.

É com muito orgulho que nossa Comissão Editorial oferece ao leitor mais este número da Revista da PGE!

Boa leitura a todos!

MARIÂNGELA SARRUBBO FRAGATA

Procuradora do Estado Chefe

Centro de Estudos – Escola Superior

Apresentação

Há alguns anos, com o advento da Lei federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, pareceu que o direito positivo finalmente resolveu voltar os seus olhos, após décadas de um incômodo silêncio, para um instituto frequentemente esquecido pelos manuais de Direito Administrativo: o convênio. Concebidos pela praxe e lapidados pela jurisprudência administrativa, os convênios até então eram indistintamente utilizados para formalizar as relações estabelecidas entre órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, entre si ou com outros entes federativos (convênios de cooperação); e, também, entre o Poder Público e entidades do chamado terceiro setor (convênios de colaboração). Com o advento do gênero “parceria” para disciplinar, sob os auspícios de uma nova moldura jurídica, as relações estabelecidas entre o Estado e as Organizações da Sociedade Civil (“OSC”), a Lei nº 13.019/2014 relegou aos convênios um campo residual cuja indefinição, reforçada pelo laconismo do artigo 116 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, suscitou uma série de dúvidas no dia a dia da Administração Pública.

Esse novo panorama normativo serviu de inspiração para que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo instituísse, por meio da Resolução PGE nº 8, de 05 de fevereiro de 2016, o Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas sobre Convênios. Ao assumir a tarefa de coordená-lo, procurei na medida do possível orientar a escolha dos temas discutidos pelo Núcleo para o enfrentamento de diversas questões práticas que fazem parte do cotidiano das Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado e Autarquias. É o caso, por exemplo, da celebração de convênios com empresas privadas; dos desafios relativos à elaboração do plano de trabalho e à prestação de contas; da aplicação de sanções a Municípios em razão do inadimplemento do objeto do convênio; das tormentosas relações com Organizações Sociais e Fundações de Apoio na área da saúde; da aplicação da vedação aos efeitos financeiros retroativos aos convênios; entre tantos outros.

Os artigos que compõem esta revista foram escritos por Procuradores do Estado de São Paulo e correspondem, em certa medida, ao

resultado de parte das discussões desenvolvidas no âmbito do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas sobre Convênios¹. Os textos, engrandecidos pela criteriosa análise da Comissão Editorial do Centro de Estudos, abordaram de forma bastante objetiva os temas apresentados, preocupando-se não somente em apresentar o atual posicionamento doutrinário, jurisprudencial e institucional sobre cada assunto, mas sobretudo em lançar as bases para fomentar o debate no seio da Advocacia Pública bandeirante.

A crítica é pressuposto necessário para o desenvolvimento profissional e acadêmico. Por isso, a meu ver, é tão importante mantermos os olhos bem abertos às mudanças que a prática, irresistível e impetuosamente, vem imprimindo ao regime jurídico dos convênios. No célebre romance *Il Gattopardo*, o escritor siciliano Giuseppe Tomasi di Lampedusa (1896-1957) elegantemente adverte: é necessário que tudo mude para que tudo continue exatamente como está². Pois bem. O Direito Público não para. E o presente volume demonstra que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo não se faz insensível às transformações recentes do nosso direito positivo.

Desejo a todos uma excelente leitura.

RAFAEL CARVALHO DE FASSIO

Procurador do Estado – Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral

*Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo*

*Coordenador do Núcleo Temático de Estudos e
Pesquisas sobre Convênios*

1 Outro tributo deixado pelo Núcleo Temático à carreira é a sua página eletrônica, que concentra os pareceres mais relevantes da Procuradoria Administrativa, do Gabinete do Procurador Geral, da Subprocuradoria Geral da Consultoria e da extinta Assessoria Jurídica do Governo sobre convênios. A página pode ser acessada por intermédio do *link* disponibilizado na “área restrita” do site da PGE/SP ou diretamente, no endereço <https://conveniospgesp.wordpress.com>.

2 “*Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*”. TOMASI DI LAMPEDUSA, Giuseppe. *Il Gattopardo*. Milano: Feltrinelli, 2008, pp. 40-41.

Quem tem medo do regime jurídico de direito administrativo?

Perspectivas sobre as Fundações de Apoio

Aloísio Pires de Castro¹

Lucas de Faria Rodrigues²

Sumário: Introdução. 1. Quem é este monstro tão temido pelos administrativistas? 2. Afinal, somos um pouco responsáveis pelo que criamos? 3. As grandes críticas doutrinárias: quais são e se sustentam? 4. Por uma nova visão de mundo: há espaço para existência destas entidades no modelo jurídico vigente? 5. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

O título é provocativo. Porém, o tema a ser tratado também o é. Trabalhos como este devem sempre começar com uma advertência aos leitores: dispa-se de preconceitos. Tentar chegar ao final do texto é fundamental à compreensão da *hipótese de pesquisa* aqui lançada, do argumento e também para a construção da crítica fundamentada. Fazer apontamentos genéricos (e precipitados) a um determinado “fenômeno jurídico”, fundado sobretudo nos clássicos manuais de Direito Administrativo, é, para dizer o mínimo, imprudente.

1 Procurador do Estado de São Paulo. Atua na Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atua na Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto.

Qual é a nossa hipótese? *A atuação das fundações de apoio (privadas) junto aos hospitais-escola públicos (autarquias) é compatível com o regime constitucional vigente.*

Gostamos de advertências. Estabelecer bem as premissas, em trabalhos de cunho jurídico, serve sobretudo para o fortalecimento do seu caráter científico. Delimitar **aquilo** que se busca, **como** se buscará e as **bases teóricas** ajudam a manter o artigo íntegro e coeso. Mais do que isto, expor os *porquês*, em muitos casos, torna-se parte essencial do processo de criação intelectual, para se evitar leituras equivocadas dos resultados.

Nossa hipótese³ parte de um problema concreto, identificado no dia a dia na nossa atuação⁴. Quando houver a necessidade de um exemplo prático, será natural a este recorrermos. Além disso, nosso enfoque será essencialmente contextualizado no Estado de São Paulo. Reconhecemos não ser este um problema isolado. Há outras instituições com desafios semelhantes no próprio Estado de São Paulo e em outros entes da Federação. Em alguma medida esta discussão será importante também para estes atores, razão pela qual não é possível reduzir sua importância.

Este debate é extremamente relevante, pois a recente edição da Lei Federal nº 13.019/2014⁵ trouxe novos elementos para a análise das parcerias entre entes públicos e privados. Mais especial ainda o movimento identificado na própria edição da norma, pois na versão promulgada em 31 de julho de 2014, havia vedação expressa à celebração de parcerias cujo objeto fosse “o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens” e a “prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado”⁶. Entretanto, na conversão da Medida Provisó-

3 O uso da primeira pessoa do plural aqui, mais do que atender a uma demanda formal de trabalhos científicos, expressa a natureza das opiniões veiculadas: trata-se da posição pessoal dos autores, acadêmica, não se confundindo com qualquer posição institucional.

4 O Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo possui sua fundação de apoio: FAEPA – Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

5 Em 31 de julho de 2014.

6 Artigo 40, Lei Federal nº 13.019/2014, na **antiga redação**:

Art. 40. É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente:

I – delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado;

ria nº 684/2015 que prorrogou pela terceira vez o prazo para entrada em vigor da lei (conversão que resultou na edição da Lei Federal nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015), se impôs modificações sensíveis ao texto original, dentre elas a revogação das vedações acima mencionadas⁷.

Tudo isto envolto na posterior edição da Emenda Constitucional nº 85/2015⁸, responsável por promover diversas modificações no texto constitucional; dentre elas, que serão mais bem detalhadas, está o artigo 219-A:

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e **com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada**, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

Aqui, o universo de elementos é vasto e com esta vastidão o maior desafio: reduzi-los a um artigo acadêmico. Tentaremos fazê-lo, enfrentando os aspectos essenciais da nossa hipótese, para, ao final, refutá-la ou confirmá-la – embora aqui já seja possível presumir o resultado.

Para isso, antes de tudo, definamos o Direito Administrativo que queremos. Não como um mero ato volitivo (a escolha de um dentre vários modelos), tampouco como um artifício retórico; verdadeiramente devemos discutir a base dogmática sobre a qual os alicerces deste trabalho serão erigidos. O primeiro desafio é superar o famigerado *regime jurídico de Direito Administrativo*. Afinal, qual o seu sentido?

II – prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado.

Parágrafo único. É vedado também ser objeto de parceria:

I – a contratação de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado;

II – o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens.

7 Artigo 40, Lei Federal nº 13.019/2014, na atual redação:

Art. 40. É vedada a celebração de parcerias previstas nesta Lei que tenham por objeto, envolvam ou incluam, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado.

8 Promulgada em 26 de fevereiro de 2015.

A Ordem dos Publicistas, assim designada por Sundfeld⁹, construiu, ao longo de anos de prevalência, uma teoria voltada a explicar o Direito Administrativo fundada no dogma da “unicidade e coerência interna”¹⁰ deste ramo da ciência jurídica. O expoente mais célebre destes doutrinadores é Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o Direito Administrativo, enquanto ramificação autônoma, “possui um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade”¹¹, conjunto este peculiar o suficiente para assegurar uma identidade própria. É justamente esta reunião de normas que designa o *regime jurídico de direito administrativo*. Outro clássico expoente, Maria Sylvia Zanella di Pietro, resume estas regras em duas ideias centrais: “prerrogativas e sujeições”¹².

Eis o antagonismo do Direito Administrativo. De um lado, as **sujeições**, restrições impostas à atuação estatal, dada a imperiosa defesa e tutela de direitos individuais, expressas, sobremaneira, no princípio da *legalidade*¹³. De outro, **prerrogativas**, privilégios assegurados à Administração Pública, que ao mesmo tempo são causa e consequência da manutenção da *supremacia do interesse público sobre o interesse particular*¹⁴. A partir daí os manuais dedicam páginas e mais páginas a discorrer sobre o conjunto de regras e princípios que decorreriam destas máximas, formatando o Direito Administrativo. Voltaremos especificamente a alguns destes pontos quando da sintetização das principais críticas às *fun-*

9 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

10 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 124.

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 52.

12 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 60.

13 Celso Antônio Bandeira de Mello identifica a legalidade como princípio decorrente de um postulado maior, a *indisponibilidade do interesse público*, o que, ao lado da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, asseguraria ao Direito Administrativo sua unidade.

14 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 61.

dações de apoio. Antes, porém, cabem algumas reflexões mais genéricas sobre as crises dos paradigmas vivenciada pelo Direito Administrativo proposto por estes publicistas¹⁵.

A atual ordem constitucional não comportaria a visão simplista de que há uma automática *supremacia do interesse público sobre o privado*, a atribuir poder ao Estado em prejuízo do administrado. Não significa dizer que em determinadas situações a Administração deixará de possuir certos privilégios, conforme as normas específicas assim estabeleçam. Inviável, em verdade, é “presumir poderes para o Estado, presunção que vem de um paradigma autoritário”¹⁶, vale dizer, as prerrogativas não são condição *sine qua non* da atuação estatal.

Esta “nova” percepção decorre basicamente de duas constatações. A **primeira** (e um tanto quanto óbvia): nem sempre a ação estatal será pautada em uma posição privilegiada. Basta ver os contratos celebrados pelo Estado e regidos pela legislação civil¹⁷, ou em outras tantas situações em que o Estado não atua com “poder de autoridade” (fomento, educação, assistência social). Seria aquilo que Carlos Ari Sunfeld denomina de direito comum do Estado¹⁸⁻¹⁹. A **segunda**: ainda nas situações em que existam prerrogativas, elas não podem ser exercidas ao “arbítrio do administrador”²⁰, mas devem observar um complexo sistema de direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Há interesses individuais igualmente protegidos pela ordem constitucional, que me-

15 Neste ponto, recomendável a leitura de BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

16 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 130.

17 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 132.

18 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 134.

19 Hipóteses em que o “Estado está simplesmente agindo pelo direito comum do Estado, que nesse caso nem é direito da autoridade, nem é lá totalmente comparável com regras privadas; é um regime em alguma medida próprio, fruto de opções legislativas casuísticas, só isso”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 134)

20 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

recem guarida independentemente de prerrogativas da Administração e de uma suposta prevalência do interesse público sobre o privado. Um privilégio qualquer, ao ser estabelecido, deve ser legitimado no seio do processo de concretização constitucional. Em nenhum momento a Constituição Federal eleva o interesse público a um patamar absoluto de supremacia em relação ao privado.

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). Por isso afirma HÄBERLE, referindo-se à Lei Fundamental Alemã, muito menos insistente na proteção da esfera privada do que a brasileira: “Exagerando: o interesse privado é um ponto de vista que faz parte do conteúdo de bem comum da Constituição”.⁴¹ Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma »conexão estrutural« (“ein struktureller Zusammenhang”).²¹

Se a *supremacia do interesse público sobre o privado* encontra-se em linha de franco questionamento, a crise da *legalidade* é, se não maior, tão representativa quanto. “A crise da lei hoje é um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas”²². A lei, em sentido estrito (aquela formulada pelo Poder Legislativo), sempre foi o centro do processo de controle da Administração²³. Nesta visão, a Administração só poderia agir se autorizada expressamente por lei formal, servindo seus atos simplesmente para concretizar a expressão do legislador – o privado, ao contrário, agiria quando não fosse vedado. Por trás dessa discussão há inúmeros desdobramentos teóricos como, por exemplo,

21 ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, número 11, set/out/nov, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 20 de jan. de 2016.

22 BINENBOJM, Gustavo. *O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 145.

23 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

os limites do “poder criativo” da Administração Pública e a sua ação normativa²⁴.

Porém, este não é o único aspecto da *crise da legalidade* a ser destacado. A lei, enquanto manifestação da vontade do povo, perdeu em certa medida sua hegemonia. Hoje, o ponto central do regime jurídico – e, portanto, da ação administrativa – é a Constituição Federal e o complexo sistema de direitos, garantias e outras normas de organização²⁵. A Constituição passa a legitimar e nortear a ação estatal.

Gustavo Binenbojm propõe a revisitação desta *vinculação positiva da Administração* à lei (atuando sempre nela fundada), propondo a vinculação em relação ao “ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em *diferentes graus e distintos tipos de normas*, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional”²⁶ – em outras palavras, seria a vinculação àquilo que o autor chama de *bloco de legalidade*. Para ele, em regra, a atuação da Administração seguirá sendo efetuada em conformidade com a lei (em sentido estrito), quando esta passar no teste de constitucionalidade (maior parte dos casos); entretanto, não raro poderá encontrar fundamento direto no texto constitucional (independentemente da intermediação da lei formal)²⁷. Por fim, eventualmente, a atuação administrativa poderá até mesmo ser *contra legem*, em caso de inconstitucionalidade ostensiva (Gustavo Binenbojm fala na “ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais”²⁸)²⁹.

24 Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 232 e ss.

25 BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149.

26 BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 159.

27 Por certo, haverá casos de reserva de lei formal, hipótese em que a Constituição impõe a regulamentação por lei específica.

28 BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 160.

29 Esta última hipótese é polêmica, reconhecemos, mas merece destaque por ser parte do argumento do autor.

O grande desafio do administrativista moderno³⁰ é, em alguma medida, superar uma visão demasiadamente pouco reflexiva do Direito Administrativo, efetuada por diversos autores aqui e acolá. E este processo tem passado basicamente pela seguinte dúvida: há mesmo uma distinção conceitual tão clara dentro deste ramo do Direito? Há mesmo um *regime jurídico de Direito Administrativo* peculiar, no qual se sustente um olhar absolutamente rigoroso sobre a legalidade e tão amplo quanto às prerrogativas?

A grande quebra de paradigma talvez seja reconhecer que existam tantos *regimes jurídicos* voltados a tutelar as relações do Estado quanto normas (ou a reunião delas). Não haveria, nesta acepção, um único regime jurídico de Direito Administrativo. Na verdade, o Direito Administrativo seria o conjunto de “normas (constitucionais, legais, regulamentares) mais a cultura jurídica (teorias, interpretações, práticas) destinadas a, por meio do Direito, organizar e controlar efetivamente a Administração Pública e, ainda, assegurar direitos aos particulares”³¹. Como lecionou Carlos Ari Sunfeld, o Direito Administrativo, tal qual a sociedade, é absolutamente multifacetado³², com diferentes vertentes e relações, talvez sem aquela identidade científica tão apregoada por determinados autores.

Importa menos verificar se as *fundações de apoio* se amoldam ao *regime jurídico de Direito Administrativo*, e mais saber se se adequam ao regime jurídico vigente e incidente às suas relações. Precisamos identificar as normas jurídicas que disciplinam esta relação, sem conceitos preestabelecidos, sem visões arraigadas, para descobrir se aquela determinada relação pode ou não ser sustentada.

1. Quem é este monstro tão temido pelos administrativistas?

Uma grande dificuldade de discorrermos sobre as *fundações de apoio* é a pequena quantidade de obras ou artigos acadêmicos destinados ao

30 Moderno, aqui, sem nenhum tom pejorativo. Trata-se de mera questão temporal.

31 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35.

32 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 35.

tema, sem prejuízo de serem figuras já não tão novas – no caso do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (“HCFMRP”), sua *fundação de apoio* foi criada em 1988³³. Uma das poucas fontes de pesquisa é a obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro. Embora a renomada administrativista dedique ao assunto parte significativa do seu livro *Parcerias na Administração Pública*, o faz para condenar tais entidades de forma geral e irrestrita – muitas vezes também equivocada, na nossa visão. Cuidaremos oportunamente de enfrentar as principais críticas da autora, mas, para o momento, vale a menção ao seu breve conceito de *fundações de apoio*: “pessoas jurídicas, ditas particulares, criadas com o fim específico de dar apoio a entidades públicas, em geral fundações ou autarquias instituídas pelo Poder Público”³⁴.

Eis o grande ponto de distinção conceitual: estas entidades não integram a Administração Pública. Isso porque **não são instituídas pelo Poder Público**, mas sim por particulares; não têm seu funcionamento autorizado em uma lei específica³⁵. Por outro lado, conquanto privadas e sem vinculação direta, destinam-se a “colaborar com órgãos integrantes da Administração Pública”³⁶. A relação entre entidade privada e ente público se formaliza, em regra, mediante convênios, que disciplinam a cooperação e o auxílio mútuos.

No âmbito federal, o Tribunal de Contas da União apontou inúmeras irregularidades na atuação das *fundações de apoio* já no ano de 1992, levando à aprovação da Lei Federal nº 8.958/1994, de aplicação restrita à esfera federal (voltada a parcerias com Instituições Federais de Ensino Superior – IFES e às demais Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs)³⁷. A lei, além de normatizar a relação, trouxe diversas restrições à atuação das fundações.

33 Informação extraída do site <http://www.faepe.br/>, acesso em: 20 de jan. 2016.

34 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 313.

35 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 313.

36 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 313.

37 Não pretendemos adentrar em uma discussão sobre a extensão da norma, se restrita à esfera federal ou também à esfera nacional (abrangendo Estado e Municípios). Pensamos ser esta uma posição decorrente da própria dicção do artigo 1º e da leitura sistemática do diploma normativo (no mesmo sentido PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 322).

2. Afinal, somos um pouco responsáveis pelo que criamos?

Antoine de Saint-Exupéry cunhou célebre frase no seu igualmente conhecido “O Pequeno Príncipe”: *Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas*. A analogia com esta obra infantil deve soar como outra provocação ao leitor. Se não podemos dizer que somos eternamente responsáveis pelo que **criamos**, o seríamos ao menos em parte? Em certa passagem do livro, na fábula do príncipe e da raposa, o garoto não era diferente de cem mil outros garotos, até cativar a raposa, quando passou a ser único. A *fundação de apoio* era uma como tantas outras fundações (sob o ponto de vista estrutural), até que a ela foi atribuído um encargo especial.

As *fundações de apoio* não foram criadas à revelia do Estado (em sentido amplo) e, sobretudo, suas relações jurídicas com o poder público não são mantidas sem o auxílio e o aval estatais. Poderíamos fazer uma análise histórica sobre a criação de cada uma destas entidades, para demonstrar o papel absolutamente relevante (e condescendente?) do poder público. Inviável tal empreitada, em razão dos limites deste trabalho. Façamos, então, a primeira generalização a partir de um exemplo particularizado (correndo todos os riscos desta fórmula)³⁸, como adiantado ainda na introdução deste artigo: o caso de Ribeirão Preto e seu Hospital das Clínicas.

O instrumento que dá suporte à atuação da *fundação de apoio* neste caso é um **convênio**, celebrado desde a década de 1990 (a cada cinco anos) entre FAEPA e HCFMRP. Esses convênios, todos devidamente autorizados pelo Governo (**nada feito à revelia da Administração central, portanto**), foram antecedidos de manifestações favoráveis dos órgãos de Consultoria Jurídica que servem ao Estado³⁹, fato este reforçado com o repasse da verba do *Sistema Único de Saúde* (“SUS”), feito

38 Por isso, ao transportar os argumentos deste trabalho para justificar a relação de uma *fundação de apoio* com o poder público, é imperioso que o intérprete tenha em vista todas as peculiaridades desta relação, pois nem sempre serão as mesmas aqui trabalhadas.

39 No âmbito da Secretaria da Saúde, citaria o Parecer CJ/SS nº 2627/2013 (que menciona outro de igual teor, o Parecer CJ/SS nº 982/2008), apontando a viabilidade de celebração do ajuste em referência. Destaque também para precedente da antiga Assessoria Jurídica do Governo (Parecer AJG nº 961/2003), que opinava pela viabilidade da celebração deste acordo e da atuação da Fundação de Apoio.

integralmente à *fundação de apoio* no caso do HCFMRP, por meio de um segundo convênio, específico, celebrado com o Estado de São Paulo, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde e com a interveniência do HCFMRP. E este fato nunca foi omitido do Tribunal de Contas do Estado (“TCE/SP”), a quem a fundação se submete de forma bastante rigorosa. Embora não haja uma análise direta do convênio de apoio, o TCE/SP analisa a prestação de contas da fundação, relativa ao uso da verba SUS – toda ela destinada a ações no HCFMRP.

A realidade está aí, posta, e não foi construída por outro ator que não o próprio Estado. O caso da saúde, nos *hospitais-escola*, é ainda mais típico. O funcionamento destes estabelecimentos de saúde está fundado no **tripé da pesquisa, do ensino e da assistência**. E as *fundações de apoio* possuem especial destaque nestas três frentes. Em alguns hospitais vinculados a Universidades no Estado de São Paulo, o modelo adotado é bastante peculiar: a estrutura de ensino ficou vinculada à Universidade e a estrutura do hospital de referência vinculada ao Estado, por meio de autarquias (é o modelo dos Hospitais das Clínicas de São Paulo, Ribeirão Preto, Botucatu e, mais recentemente, Marília).

Entretanto, por mais que se tente desmembrar as estruturas administrativas, não há ensino na Medicina (e demais ciências da saúde) longe das trincheiras (vale dizer, do atendimento prestado nos hospitais-escola); tampouco se faz pesquisa na área longe do campo de ação. **Pesquisa, ensino e assistência, na Medicina e em áreas da saúde, em especial, são conceitos indissociáveis – não há assistência (à população em geral, por meio do *Sistema Único de Saúde*) efetuada em hospital-escola que não esteja ligada, ainda que minimamente, a um processo de ensino (com os graduandos, pós-graduandos, médicos residentes) ou a um processo de pesquisa**. No caso do HCFMRP, isso se torna ainda mais evidente: basta ver que as áreas da autarquia, por força do seu regulamento⁴⁰, são coordenadas por docentes da Universidade (o grau de interface administrativa é absoluto).

E a *fundação de apoio* atua nestas três frentes. Basta ver que todo o recurso SUS repassado ao Hospital é feito por meio da entidade, que

40 Regulamento aprovado pelo Decreto estadual nº 13.297/1979.

executa suas ações diretamente dentro do complexo hospitalar, com funcionários contratados, com a aquisição de materiais e serviços, ou mesmo com a execução de obras. No caso da pesquisa, este papel é ainda mais destacado, pois a fundação intermedia a captação de recursos privados para financiar a execução de projetos extremamente relevantes para a população, com ganhos diretos para a assistência prestada (seja pelo resultado de uma pesquisa, ou mesmo pelo fornecimento de bens e benfeitorias ao hospital, sem dispêndio de recursos públicos⁴¹). “A fundação de apoio é peça essencial para geração e transmissão de tecnologia produzida na universidade para as empresas”⁴², mas não só, também à população.

Acabar com aquilo que o próprio Estado criou seria ferir de morte a pesquisa dentro das instituições de ensino, atingir de forma significativa o processo assistencial prestado à população mais carente servida pelo Sistema Único de Saúde. Sim, o Estado é minimamente responsável pelo que criou; mas não, estes apontamentos não afastam a necessidade de existir além de um suporte fático, um suporte jurídico a tais estruturas.

3. As grandes críticas doutrinárias: quais são e se sustentam?

Antes de avançarmos, é preciso desconstruir alguns mitos. As críticas trazidas por quem não conhece realmente o funcionamento e a sistemática das *fundações de apoio* são no mínimo infundadas, para não dizer despropositadas. No primeiro parágrafo deste texto dissemos: dispa-se de preconceitos. Pois bem, neste tópico pretendemos auxiliar este processo, a partir da refutação dos apontamentos efetuados na obra de Maria Sylvia Zanella di Pietro e considerando a realidade do HCFMRP⁴³.

41 Não é incomum a aquisição de equipamentos de alto custo, com dinheiro captado para pesquisa, que a ela servirão, mas também atenderão em parte do tempo a pacientes não vinculados diretamente à pesquisa.

42 PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237.

43 Por honestidade acadêmica é imperioso deixar absolutamente claro, embora isto seja dedutível: as críticas efetuadas pela autora podem, eventualmente, ser aplicáveis a outras *fundações de apoio*. Não seremos levianos a ponto de dizer que todas as entidades públicas mantêm suas relações da mesma forma. Também não podemos aceitar a crítica genérica da autora, pois, na mesma linha, não se aplica a todas as *fundações de apoio*.

A grande crítica da autora parte de uma suposta “simulação”⁴⁴. A pretexto de maior eficiência no desempenho das suas atividades, as *fundações de apoio* teriam “a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público”⁴⁵ – isso porque contratariam sem licitação e admitiriam servidores sem concurso público. Eis a primeira meia-verdade. Tomando como exemplo o caso da FAEPA, a entidade possui um regulamento próprio para compras, que embora não construído à semelhança da Lei Federal nº 8.666/1993, assegura a concretização dos princípios esculpidos no artigo 37 da Constituição Federal. A contratação de pessoal, igualmente, não utiliza o concurso público como mecanismo de seleção, mas se vale de processo seletivo público e amplo, por meio do qual os interessados participam em igualdade de condições. Tanto os processos seletivos quanto os contratos celebrados pela fundação são apreciados pelo TCE/SP, consoante as regras estabelecidas pela Corte de Contas.

A autora segue a construção do seu argumento a partir de outras inconsistências factuais. A existência seria aparente, legal, em razão da confusão entre ambas – o que não se concretiza em todos os casos, pois as receitas não se confundem, possuem administração própria, patrimônio próprio, sede própria, etc. O patrimônio das *fundações de apoio* seria “irrisório em relação aos objetivos institucionais”, porém, novamente, no caso específico aqui tratado, o patrimônio da FAEPA é suficientemente robusto para suportar suas atividades, bastando consultar seus relatórios de atividades disponíveis no site da entidade⁴⁶. A relação jurídica estabelecida entre entidade pública e fundação teria a natureza muito mais de um contrato, pois os serviços seriam remunerados por meio de taxa de administração – novamente se equivoca a autora, ao generalizar a crítica, pois os convênios firmados, ao menos no caso do HCFMRP, não preveem qualquer tipo de repasse de recursos, menos ainda a este título.

44 Este termo não é dela, mas percepção nossa sobre seus apontamentos.

45 PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 316.

46 Cf. http://www.faeпа.br/Html/Relatorio_atividades.asp, acesso em: 18 jan. 2016.

Parece acreditar a autora que as atividades exercidas o são em mão única: “o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última”⁴⁷. Não é esta a realidade das fundações. As atividades são efetivamente complementares, em uma via de mão dupla. Muitos equipamentos e materiais são disponibilizados pela entidade, para o Hospital, de modo a viabilizar atendimentos prestados pelo SUS.

Não há como condenar a autora: parte ela das premissas teóricas que fundamentam sua obra. Nós partimos de outras. Entretanto, não se pode, a pretexto de justificar uma determinada posição jurídica (quase uma visão de mundo), se generalizar determinadas percepções fáticas que nem sempre se confirmam. Mesmo para aquele conceito de *regime jurídico de Direito Administrativo* mais tradicional, superados os apontamentos fáticos, a posição das *fundações de apoio* não se sustentaria? Parece-nos que sim, porém, independentemente disso, é forçoso um novo olhar sobre esta relação. Vejamos.

4. Por uma nova visão de mundo: há espaço para a existência destas entidades no modelo jurídico vigente?

Tudo o que foi dito até este momento tem relevância para, ao final, apresentarmos nossa conclusão. Porém, cabe indagar, a atuação das *fundações de apoio* possui respaldo nas normas vigentes? O novo marco regulatório das parcerias públicas (Lei Federal nº 13.019/2014) trouxe grande preocupação neste particular, como tivemos oportunidade de assinalar ainda no início deste artigo.

Entretanto, este mesmo marco regulatório nasceu com diversas impropriedades (antes das alterações promovidas pela Lei Federal nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015). Uma delas era a limitação do uso de “convênios” a parcerias firmadas entre entes federados – artigo 84⁴⁸. Mantida

47 PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 316.

48 Artigo 84, Lei Federal nº 13.019/2014, na antiga redação:

Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados.

aquela redação, haveria diversas restrições à aplicação desta regra à área da saúde, por contrariar expressamente dispositivo constitucional. O artigo 199, § 1º, da Constituição Federal explicita, de forma absolutamente clara, que “as **instituições privadas** poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou **convênio**, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Em outras palavras, a Carta autoriza o uso de convênios para a participação complementar de instituições privadas no Sistema Único de Saúde. Ao fim e ao cabo, o convênio firmado entre HCFMRP e FAEPA, no nosso exemplo, serve para viabilizar a participação da fundação nas ações especificadas no dispositivo constitucional.

Diante deste cenário, surgiram manifestações sobre a suposta inaplicabilidade da Lei Federal nº 13.019/2014 aos ajustes firmados no âmbito do *Sistema Único de Saúde*⁴⁹. O cerne do argumento partia dos dispositivos constitucionais relacionados ao sistema, inclusive aquele acima mencionado. Talvez vislumbrando os potenciais questionamentos (e problemas práticos), a Lei Federal nº 13.204/2015 inseriu modificações relevantes neste ponto, em especial ao afastar a aplicação do regime da Lei Federal nº 13.019/2014 aos convênios e contratos celebrados no âmbito do SUS – disciplinados pelo artigo 199, § 1º da Constituição Federal⁵⁰.

49 A Título de exemplo, indicamos o site: <http://www.idisa.org.br/img/File/Por%20que%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013019,%20de%202014,%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20ao%20SUS.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

50 Artigo 3º, inciso IV, Lei Federal nº 13.019/2014, **na nova redação**:

Art. 3º. Não se aplicam as exigências desta Lei:

(...)

IV – aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;

Artigo 84, Lei Federal nº 13.019/2014, **na nova redação**:

Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I – entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II – decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Esta alteração isolada não solucionaria os problemas das fundações de apoio, que restariam de certo modo em um limbo, se mantidas estivessem as vedações impostas pelo novo marco regulatório das parcerias com a Administração.

O artigo 40, na redação anterior à edição da Lei Federal nº 13.204/2015 (vedava expressamente a celebração de ajustes cujo objeto fosse o “apoio administrativo”), não se limitava a estabelecer regramento geral, alcançando especificidades que feriam o pacto federativo. Isso porque embora cunhado com base na competência privativa da União para editar “normas gerais” (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal), trazia vedações de cunho absoluto. Não possuía a generalidade exigida deste tipo de norma. Poderia o legislador, ao contrário, trazer linhas gerais de como se dariam as parcerias nos casos ali assinalados, em especial para o apoio administrativo, porém, havia optado pelo caminho inflexível, rompendo por completo o pacto federativo, na medida em que subtraía dos Estados e Municípios a prerrogativa de definir o conteúdo das parcerias celebradas. Definitivamente este não era um parâmetro a partir do qual as normas locais poderiam descer a detalhamentos – na verdade esgotava a matéria –, tal qual a Lei Federal nº 8.666/1993 fez em determinados pontos, rechaçados pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹.

Não podemos dizer que o artigo 40 tenha sido alterado pela Lei Federal nº 13.204/2015 por este motivo – um palpite, sem evidências, nos

51 Neste sentido o Supremo Tribunal Federal já decidiu, na Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927 (ainda não julgada no mérito), no voto do Ministro Carlos Velloso: “Penso que essas “normas gerais” devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que “norma geral”, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. Com propriedade, registra a professora Alice Gonzalez Borges que as “normas gerais”, leis nacionais, “são necessariamente de caráter mais genérico e abstrato do que as normas locais. Constituem normas de leis, direito sobre direito, determinam parâmetros, com maior nível de generalidade e abstração, estabelecidos para que sejam desenvolvidos pela ação normativa subsequente das ordens federais”, pelo que “não são normas gerais as que se ocupem de detalhamentos, pormenores, minúcias, de modo que nada deixam à criação própria do legislador a quem se destinam, exaurindo o assunto de que tratam”. Depois de considerações outras, no sentido da caracterização de “norma geral”, conclui: “são normas gerais as que se contenham no mínimo indispensável ao cumprimento dos preceitos fundamentais, abrindo espaço para que o legislador possa abordar aspectos diferentes, diversificados, sem desrespeito a seus comandos genéricos, básicos.” (Alice Gonzalez Borges, “Normas Gerais nas Licitações e Contratos administrativos”, RDP 96/81)”.

levaria mais a indicar a modificação por força das consequências práticas do dispositivo, do que por eventual vício de inconstitucionalidade. A lei, neste ponto, passou por intensa alteração, mantendo apenas uma das vedações: “(...) *delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado*”. Deixou de vedar, como já assinalamos, a “*prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado*” e o “*o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens*”. Esta sinalização do legislador, ao modificar o dispositivo, não pode passar despercebida. Mais do que isto, deve ser um vetor interpretativo para a compreensão das *fundações de apoio*: não foi sem sentido a revogação das vedações. Havia claro e inequívoco prejuízo a uma situação fática já estabelecida, com reflexos negativos à prestação de serviços de saúde em âmbito nacional. Ao suprimir tais comandos, a intenção não foi outra senão a permanência das parcerias firmadas com as *fundações de apoio*.

Veja que já é possível iniciarmos o delineamento do regime jurídico aplicável às *fundações de apoio* e até aqui os indícios não parecem apontar para a vedação da sua existência e atuação – lembrando nossa hipótese inicial, qual seja, a investigação da relação aplicada aos *hospitais de ensino públicos*. Nossa afirmação está alicerçada em três constatações, sendo a última delas decorrente das duas primeiras. Em primeiro lugar, a celebração de um convênio entre um *hospital de ensino público* e a sua *fundação de apoio* viabiliza a participação da fundação nas ações do *Sistema Único de Saúde* e, portanto, encontra respaldo em dispositivo constitucional expresso⁵² – ou naquilo a que nos referimos anteriormente, o *bloco de legalidade*. Em segundo lugar, não há vedação legal à celebração destes ajustes – ao contrário, aquela que existia foi expressamente revogada. Por fim, à luz destas duas constatações, não nos parece que haja rompimento do regime jurídico aplicável às *fundações de apoio*⁵³.

52 Artigo 199, § 1º da Constituição Federal.

53 Nossa afirmativa deve ser compreendida dentro do contexto aqui discutido, qual seja, o regime jurídico das *fundações de apoio*. Isso não significa dizer que as *fundações de apoio* sejam infalíveis. Ora, desvios, irregularidades e ilegalidades praticadas devem ser combatidas sempre, não só em relação a elas, mas a toda e qualquer entidade que maneje recursos públicos. O que estamos a afirmar, em suma, é a impossibilidade de rechaçar, de plano, tais parcerias.

Porém, não devemos parar por aí. Poderíamos se estivéssemos a falar de um simples *hospital*, contudo, aqui estamos verdadeiramente examinando uma entidade que, como dissemos, é voltada ao tripé pesquisa, ensino e assistência, interligados na área de saúde de forma absolutamente inseparável (não há assistência que não seja vinculada a um processo de ensino ou pesquisa, nos seus mais variados graus). Os *hospitais universitários* (no Brasil, em geral, a Universidade) são polos de inovação e desenvolvimento das ciências da saúde.

Essa proximidade entre *saúde* de um lado e ensino, inovação e tecnologia de outro, não é só fática e concreta, mas também é **normativa**. A Lei Complementar Estadual nº 791/1995, responsável por estabelecer o Código de Saúde no Estado de São Paulo, deixa clara esta peculiaridade, seja ao assegurar aos *hospitais* universitários “a sua peculiar autonomia nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados” (artigo 11, § 2º), seja ao estabelecer que a “integração do hospital universitário e de ensino, público e privado, no SUS, visa, principalmente, à conjugação de meios para a formação de recursos humanos destinados ao SUS e ao aprimoramento da assistência à saúde da população” (artigo 11, § 3º). O artigo 200, inciso V da Constituição Federal (na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 85/2015) atribui ao Sistema Único de Saúde “incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação”.

Nessa toada, a Lei Federal nº 8.080/1990 estabelece que os “serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) constituem campo de prática para ensino e pesquisa, mediante normas específicas, elaboradas conjuntamente com o sistema educacional” (artigo 27, parágrafo único). Seu texto é ainda permeado, de ponta a ponta, por dispositivos que demonstram esta ligação aqui tão propalada. Abaixo alguns deles.

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

(...)

XIX – realizar pesquisas e estudos na área de saúde;

Art. 32. (...)

§ 5º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão cofinanciadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de ins-

tituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

Art. 45. Os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

Art. 46. O Sistema Único de Saúde (SUS) estabelecerá mecanismos de incentivos à participação do setor privado no investimento em ciência e tecnologia e estimulará a transferência de tecnologia das universidades e institutos de pesquisa aos serviços de saúde nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e às empresas nacionais.

Diante deste cenário, quando voltamos nosso olhar à Emenda Constitucional nº 85/2015, a posição aqui defendida só é fortalecida. Editada após a Lei Federal nº 13.019/2014, foi gestada para “*atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação*”. Se percorrermos o caminho das mudanças promovidas, é fácil perceber tal finalidade. Antes da alteração, por exemplo, o termo *inovação* não vinha incorporado no texto constitucional. Porém, o constituinte reformador não ficou por aí, indo muito além. No artigo 218, *caput*, deixou clara a diretriz central da política de ciência e inovação: “O Estado **promoverá e incentivará** o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

Os dispositivos seguintes expressam o caminho para a concretização do comando. O parágrafo 6º impõe ao Estado estimular “a articulação entre entes, tanto **públicos quanto privados**, nas diversas esferas de governo”. Já o parágrafo único do artigo 219 afirma que o “Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, **bem como nos demais entes, públicos ou privados**, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e dos demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia”. Por fim, no já mencionado artigo 219-A, a maior novidade: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com **entidades privadas, inclusive para o compar-**

tilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, **na forma da lei.**” O artigo 219-A rompe por completo os padrões clássicos do dito *regime jurídico de Direito Administrativo*, ao admitir expressamente, ainda que em áreas específicas, o compartilhamento de recursos humanos e capacidade instalada entre entidades públicas e privadas, claramente em uma via de mão dupla.

Por certo, não ignoramos o estabelecimento de uma reserva de lei para regulamentar tais parcerias. Daí a inevitável pergunta: mas que lei é essa? Há espaço para regulamentação estadual, disciplinando a atuação das *fundações de apoio*, como faz a Lei Federal nº 8.958/1994?

Parece-nos inquestionável haver espaço para uma lei estadual disciplinar a atuação das *fundações de apoio* e a relação mantida com o poder público, leitura esta decorrente da própria Constituição e, por que não, de uma interpretação sistemática da Lei Federal nº 13.019/2014. Como se viu, o artigo 219-A atribuiu à lei regulamentar suas disposições. No âmbito federal, o que poderia chegar mais próximo disso é a Lei Federal nº 8.958/1994, cuja aplicação não alcança os Estados e Municípios. Não há, portanto, norma geral nacional sobre o tema, o que abriria espaço mais amplo para uma regulamentação por parte dos entes federados.

Por outro lado, o artigo 24 da Constituição Federal atribui à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar **concorrentemente** sobre “**educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação**” (inciso IX). Mesmo ao tratar do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), a Constituição assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios legislares **concorrentemente** sobre suas peculiaridades (artigo 219-B, § 2º). Parece-nos inegável que o Estado de São Paulo poderia editar lei estadual para disciplinar a relação das *fundações de apoio* com entidades públicas, a exemplo do que já fez a União. A norma poderia delinear as especificidades desta relação e os limites das parcerias firmadas.

No âmbito estadual há um projeto de lei (PL nº 455/2004) pronto para ordem do dia, mas ainda não votado, cujo objeto principal é a

disciplina destas relações⁵⁴. A norma, como colocada, talvez necessite de ajustes e aprimoramentos, em especial para incluir no seu bojo de forma expressa os *hospitais universitários*. Entretanto, é um sinal do estágio da discussão, ou ao menos um ponto de partida.

5. Conclusão

Não devemos temer o *regime jurídico de Direito Administrativo*. Tampouco as *fundações de apoio*. Mais, não devemos temer a aproximação destes dois elementos. Não são conceitos refratários, ao menos a partir das premissas que procuramos fixar neste trabalho.

Por onde quer que examinemos, a nossa hipótese inicial parece confirmada. *A atuação das fundações de apoio (privadas) junto aos hospitais-escola públicos (autarquias) é compatível com o regime constitucional vigente*. Nossa investigação nos alçou à condição de fazer alguns apontamentos à própria concepção desta hipótese. Pode-se dizer que a atuação das *fundações de apoio* seria plenamente compatível com o conjunto normativo de regulamentação, mais precisamente a Constituição Federal e a Lei Federal nº 13.019/2014, como dissemos no tópico anterior.

Não obstante inexistam barreiras jurídicas à atuação das *fundações de apoio* naquelas ações relacionadas ao *Sistema Único de Saúde*, há espaço para regulamentação em âmbito estadual, sobretudo nos casos disciplinados no artigo 219-A da Constituição Federal (ciência, tecnologia e inovação) – o que poderia impor alguma ordem nas relações estabelecidas e hoje regulamentadas em cada caso, por intermédio de instrumentos jurídicos específicos. Sabemos que raramente as normas antecedem os fatos; elas vêm a reboque de situações concretas identificadas pelo legislador. Nesta conjuntura não seria diferente, com respaldo constitucional para assim proceder.

Não pretendemos, neste momento, retomar cada um dos fundamentos trazidos ao longo da exposição – o que seria absolutamente despiquente. Já terá sido suficiente para confrontar nossa tese (aos críticos), ou

54 Cf. <http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=524134>, acesso em: 18 jan. 2016.

mesmo para corroborar nossas conclusões, sintetizadas acima. O artigo é relevante para romper algumas falsas premissas colocadas pela doutrina especializada. Como mostramos, a partir do exemplo do HCFMRP, nem sempre as *fundações de apoio* violarão o *regime jurídico de Direito Administrativo*, naquela acepção clássica da doutrina administrativista. Tanto é assim que estiveram continuamente amparadas por decisões do TCE/SP, e mesmo com o aval de órgãos jurídicos do Estado. São relações antigas, consolidadas, firmadas com base em preceitos constitucionais e legais que permitem o relacionamento entre o setor público e o setor privado por meio de convênios – vinculação ao *bloco de legalidade*.

Por outro lado, se analisarmos as *fundações de apoio* como expressão de uma nova percepção sobre o Direito Administrativo, talvez constataremos que são um típico exemplo do olhar multifacetado exigido pela doutrina mais contemporânea, reconhecendo tais relações como a própria mudança de paradigma vivenciada. O *regime jurídico de Direito Administrativo* não seria, agora, estático e único – restaria investigar se as relações examinadas teriam suporte em um conjunto normativo válido, o que ficou evidenciado no caso das *fundações de apoio*.

Não queremos, com este artigo, dizer que as relações entre entidades públicas e *fundações de apoio* devam permanecer como estão. Por outro lado, não podem deixar de existir, dado o grau de entrelaçamento e dependência criados e mantidos ao longo das duas últimas décadas. Devemos estimular o debate, sempre de forma transparente, pois a questão está na “ordem do dia”.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador, número 11, set/out/nov, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 20 de jan. de 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARIQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Cláusulas exorbitantes e os convênios: alteração do objeto, reajuste e reequilíbrio econômico-financeiro

Flávia Della Coletta Depiné¹

José Fabiano Fabiano de Almeida Alves Filho²

Telma de Freitas Fontes³

Sumário: 1. Introdução. 2. Precedentes da PGE. 2.1. Possibilidade de aplicação das cláusulas exorbitantes aos convênios. 2.2. Possibilidade de alterações do objeto dos convênios. 2.3. Possibilidade de previsão de cláusulas de reajustes nos convênios. 2.4. Possibilidade de aplicação da cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro aos convênios. 3. Prerrogativas da Administração Pública: origem e evolução. 3.1. Cláusulas exorbitantes: origem e evolução. 3.2. Regime das exorbitâncias nos ajustes conveniais. 4. Jurisprudência do TCE e do TCU. 5. Normatização da União. 6. Proposições. 7. Proposta de Cláusulas Conveniais que tratem de alteração unilateral e de reajuste de valores. 8. Conclusão. Bibliografia.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

2 Procurador do Estado de São Paulo, classificado na área da Consultoria Jurídica. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

3 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

1. Introdução

Esse estudo pretende abordar a possibilidade de serem aplicadas aos convênios as chamadas “cláusulas exorbitantes”, o que será feito essencialmente mediante a análise de (i) pareceres já proferidos pela Procuradoria Geral do Estado, (ii) julgados de Tribunais de Contas e (iii) doutrina existente sobre a matéria, objetivando-se, com isso, apresentar propostas de interpretação a respeito do assunto, bem como sugerir a redação de cláusulas convenientes que possam interessar à administração neste tema.

Consigne-se, inicialmente, que aqui não se abordará a parceria firmada pela administração pública com fundamento na Lei nº 13.019/2014⁴, mas apenas os convênios em sentido estrito, regidos pelo artigo 116 da Lei nº 8.666/93.

De acordo com o artigo 84 da Lei nº 13.019/2014, regem-se pelo artigo 116 da Lei nº 8.666/93 os convênios (i) firmados entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas e (ii) os convênios celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal.⁵

O artigo 116 da Lei nº 8.666/93, por sua vez, determina que as disposições dessa lei são aplicáveis aos convênios naquilo que couber. Esse dispositivo legal enseja a reflexão a respeito da possibilidade de aplicação aos convênios do artigo 58 da mesma lei, que trata das chamadas “cláusulas exorbitantes”, que permitem sejam concedidas a uma das partes prerrogativas de ação unilateral, tal como a possibilidade de alteração do contrato pela Administração, para sua melhor adequação

4 Essa lei estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil. Altera, ainda, as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

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

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

às finalidades de interesse público, respeitados, todavia, os direitos do contratado, em especial o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Propõe-se, assim, discutir a respeito da compatibilidade das chamadas “cláusulas exorbitantes” com os convênios firmados pela administração, que são caracterizados comumente como ajustes em que as partes unem esforços para atingir objetivos comuns, e não contrapostos, na clássica lição de Hely Lopes Meirelles.

A propósito desse assunto, Maria Garcia, adotando a concepção de Hely Lopes Meirelles quanto às características dos convênios, sustenta que nesses ajustes haveria ausência de vinculação contratual, inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória e de sanções pela inadimplência, elementos que parecem ser incompatíveis com a admissibilidade da imposição de prerrogativas em favor de uma das partes.⁶

Silvio Luís Ferreira da Rocha, por sua vez, afirma que a diferença fundamental entre convênio e contrato administrativo estaria justamente na inexistência de cláusulas exorbitantes nos convênios administrativos.⁷

Em sentido oposto, entende Floriano de Azevedo Marques Neto que (i) convênio é espécie do gênero contrato, sem se caracterizar como contrato administrativo em sentido estrito; (ii) **aplica-se aos convênios o regime jurídico geral dos contratos previsto no artigo 58 da Lei nº 8.666/93, com fundamento no artigo 116 da mesma lei, especialmente para admitir sua modificação, até mesmo unilateral, “para melhor adequação às finalidades de interesse público; (iii) não se aplica aos convênios a regra da intangibilidade de cláusulas econômico-financeiras, nem em limites ou restrições quantitativos ou qualitativos...”**.⁸

Já Fernando Dias Menezes de Almeida, para quem convênio é espécie do gênero contrato, inserindo-o no que chama de “módulos con-

6 *In: Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*. Forense Universitária. São Paulo, 1995, 1. ed., p. 230, 232 e 233.

7 *Terceiro Setor*. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 52-54.

8 *Convênios entre Estado e Iniciativa Privada para Implantação de Polos Industriais*, in: Revista Trimestral de Direito Público nº 48, p. 175-193.

vencionais de cooperação”, entende que para esse tipo de ajuste não há necessariamente que existir, a priori, no ordenamento jurídico, um regramento com prerrogativas de ação autoexecutória e unilateral da Administração (...).” Propõe o autor que “a teoria há de dar sustentação para que, em termos de política legislativa, seja amplificada a possibilidade de estabelecimento de mecanismos autônomos de produção normativa, levando a situações jurídicas com maior grau de caráter subjetivo”.⁹ Entende, portanto, o autor que em relação aos chamados “módulos convencionais de cooperação” o direito deve permitir maior liberdade para que os partícipes estabeleçam ou não as prerrogativas de ação autoexecutória e unilateral da administração.

Evoluindo no raciocínio desse autor, que associa, na linha do pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as prerrogativas da administração ao objeto do ajuste, parece pertinente indagar se seria viável, considerando o direito vigente, aplicar as chamadas cláusulas exorbitantes em convênios a depender de seu objeto. Nessa linha, cabe a pergunta: a depender do escopo do ajuste, poderia o instrumento de cada convênio prever algumas cláusulas exorbitantes?

Considerando esse panorama geral é que o presente estudo pretende apresentar subsídios para a reflexão sobre o tema, propondo, ao final, entendimentos sobre aspectos que repercutem na prática da consultoria jurídica prestada pela Procuradoria Geral do Estado.

2. Precedentes da PGE

2.1. Possibilidade de aplicação das cláusulas exorbitantes aos convênios

No âmbito da PGE/SP, a impossibilidade de imposição de cláusulas exorbitantes nos convênios é entendimento que pode ser inferido, por exemplo, da jurisprudência formada no âmbito da extinta Assessoria Jurídica do Governo, que foi mantida na Assessoria Jurídica do Gabinete do Procurador Geral, órgão criado pela Lei Complementar nº 1.270, de

⁹ *Contrato Administrativo*, Quartier Latin, São Paulo, 2012, p. 355 e 365.

25 de agosto de 2015, que diz respeito à forma de atualização do valor a ser restituído, pelo conveniado, ao órgão repassador, nas hipóteses de inexecução parcial ou total do ajuste, *verbis*:

ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO

A) Nos convênios celebrados posteriormente à entrada em vigor da Lei Federal nº 8.666, de 21/06/93, a atualização do débito, até a data da celebração do acordo de parcelamento, deve ser feita em consonância com os rendimentos das cadernetas de poupança no período, já que os recursos repassados deveriam ter sido, obrigatoriamente, objeto dessa aplicação financeira (art. 116, § 4º, da LF nº 8.666/93), sendo que a esses rendimentos se agregam aos saldos financeiros remanescentes para efeito de devolução à entidade concedente, nas hipóteses de conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio (art. 116, § 6º, da LF nº 8.666/93); (...)

ATUALIZAÇÃO DAS PARCELAS

C) Nos parcelamentos superiores a 12 (doze) meses, ao término de cada período de 12 (doze) parcelas deve o valor destas ser atualizado, sempre de acordo com o IGPM-FGV, por se tratar do índice mais favorável ao Estado, desestimulando, com isso, parcelamentos longínquos (com maior possibilidade de rompimento), devendo-se ter presente o caráter excepcional da medida, pois a regra é a devolução imediata integral.

JUROS DE MORA

D) Na apuração do débito esses juros, que constituem penalidade por descumprimento (relativo) de obrigação, **não devem ser computados, em face da natureza jurídica do convênio**¹⁰, salvo nas hipóteses de: (D.1) previsão expressa de pagamento de juros de mora pela entidade beneficiária dos recursos, em relação aos saldos financeiros pendentes de devolução; (D.2) existência de decisão do Tribunal de Contas que determine a devolução dos recursos com o acréscimo de juros (entendidos como os de mora legais, de 0,5% ao mês).

10 Destaque não constante do original.

E) Nos acordos de parcelamento deve sempre constar a previsão de que, em caso de rompimento, arcará o Município inadimplente com o encargo de juros moratórios à taxa legal, de 0,5 % ao mês, sendo que o não pagamento de uma parcela gera o vencimento antecipado da dívida total.¹¹

Era, no entanto, controvertida a possibilidade de aplicação das cláusulas exorbitantes em convênios celebrados com o particular anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 13.019, de 2014.¹² Os que a admitiam se valiam do argumento de que se tais cláusulas de supremacia aplicam-se até mesmo às relações contratuais de direito privado (cf. art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93), mais ainda se justificaria sua incidência nos convênios, aqui considerados os ajustes então regidos pela Lei nº 8.666/93, firmados com particulares. Essa questão, no entanto, perde relevância para o objetivo deste estudo, uma vez que a celebração de convênios, a partir da vigência da Lei nº 13.019/2014, ficou praticamente restrita às hipóteses estabelecidas no artigo 84 da Lei nº 13.019, de 2014, dentre elas as relações entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas, objeto deste trabalho.¹³

2.2. Possibilidade de alterações do objeto dos convênios

Alterações do plano de trabalho, desde que não impliquem a modificação ou desvirtuamento do objeto, vêm sendo invariavelmente admitidas em precedentes da PGE, como seria o caso das ampliações e

11 Trecho extraído do aditamento ao Parecer AJG nº 0573/2000.

12 Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.

13 Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I – entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

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

reduções de quantitativos, bem como adequações técnicas (alterações qualitativas), aliás, também admitidas nos contratos. A propósito destas últimas, MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁴ traz à colação o seguinte trecho de julgado do TCU (acórdão 2.352/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Vilaça) em que se reconhece a sua frequência na prática:

8. Entendo que é praticamente impossível deixar de ocorrer adequações, adaptações e correções quando da realização do projeto executivo e mesmo na execução das obras. Mas estas devem se manter em limites razoáveis, gerando as consequências naturais de um projeto que tem por objeto apenas traçar as linhas gerais do empreendimento (...). Quase sempre, as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, conseqüentemente, à realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele. As alterações qualitativas podem derivar tanto de modificações de projeto ou de especificação do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação. Conquanto não se modifique o objeto contratual, em natureza ou dimensão, é de ressaltar que a implementação de alterações qualitativas requer, em regra, mudanças no valor original do contrato.

A possibilidade de alterações do plano de trabalho tem sido prevista nos instrumentos de convênios, que exigem, porém, a anuência prévia por parte do concedente, tratando-se, portanto, de alteração bilateral.

Há precedentes, por sua vez, admitindo a mudança do objeto do ajuste, mas sempre de forma bilateral. Não se tem conhecimento de convênios em que se haja permitido a alteração de seu objeto unilateralmente.

De acordo com a jurisprudência administrativa da Procuradoria Geral do Estado, não há limitação legal de ordem quantitativa que deva ser observada em caso de diminuição ou ampliação do objeto do convênio, uma vez que a ele não se aplica a regra prevista no artigo 65, § 2º da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido são os pareceres AJG nº 1417/94 e AJG nº 316/2015. A propósito, convém reproduzir trecho desse último:

14 *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 767.

15. Sob o aspecto jurídico, não existe óbice à majoração do valor do convênio, em decorrência da necessidade de suplementação dos recursos para a conclusão de todas as atividades previstas no plano de trabalho ou do aumento quantitativo de seu objeto. Consoante precedentes desta Assessoria Jurídica (Pareceres AJG nº 1417/94 e 941/2011), não há limitação legal de ordem quantitativa (diminuição ou ampliação) para a modificação do objeto do convênio, porquanto não se aplica a esse ajuste a regra prevista no artigo 65, § 2º, da Lei federal nº 8.666/93, que limita em 25% o aumento quantitativo do objeto dos contratos.

15.1. De acordo com o parecer AJG nº 1417/94, de lavra do Dr. Elival da Silva Ramos, atual Procurador Geral do Estado:

'11. Como é sabido, não está a celebração de convênios submetida à cláusula constitucional da obrigatoriedade de licitar (artigo 37, inciso XXI, da CF).

12. Em assim sendo, *não há óbice à ampliação ou diminuição quantitativa do objeto de convênio, ainda que fora dos limites do § 1º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93, nem à própria modificação do objeto, como ora se propõe. (...)*'. (Sem grifos no original)

Convém, também, reproduzir os seguintes trechos do parecer AJG nº 941/2011, aludido no parecer supra:

Constitui entendimento vigente na doutrina ser possível a mutação dos convênios, tal qual dos contratos administrativos, não apenas em relação ao seu prazo de vigência, mas também em relação ao seu valor. Esta possibilidade está diretamente ligada à variação do interesse público. Portanto, demonstrada a existência de interesse público nesta alteração, ela será viável. Observe-se que a Administração poderia até celebrar novo convênio para abarcar a ampliação pretendida, não havendo, ademais, limitação legal de ordem quantitativa (diminuição ou ampliação) para modificação do objeto destes ajustes.

2.3. Possibilidade de previsão de cláusulas de reajuste nos convênios

A matéria do tema em referência é controvertida no âmbito superior da Procuradoria Geral do Estado, contando, atualmente, com duas

manifestações consubstanciadas nos pareceres SubG Cons. nº 153/2015, que adotou entendimento segundo o qual seria viável, em tese, a inclusão de cláusula de reajuste aos valores a serem repassados pelo convênio, inclusive por aditamento, e AJG nº 158/2015, que, à luz do caso concreto e do disposto nos §§4º e 5º do artigo 116 da Lei nº 8.666/93, concluiu pela inviabilidade da proposta de aditamento do ajuste para inclusão de previsão de reajuste do valor conveniado.

A questão foi submetida ao Procurador Geral do Estado que entendeu por bem remetê-la para o coordenador do Núcleo de Estudos de Convênios, instituído, no âmbito da Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral, pela Resolução PGE nº 08, de 05 de fevereiro de 2016, para que, à luz dos estudos conduzidos, se manifestasse sobre o tema¹⁵.

2.4. Possibilidade de aplicação da cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro aos convênios

Não foi localizado posicionamento institucional específico sobre a possibilidade de aplicação de cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro aos convênios.

Todavia, o entendimento firmado na PGE é de que nos convênios, diversamente do que ocorre com os contratos administrativos, com os quais não se confundem, não há partes e interesses contrapostos.

Ambos os partícipes, em comunhão de esforços, têm o mesmo objetivo, que é a consecução do objeto. Não se cogita, nesses ajustes, de remuneração (ou preço) e contraprestação, podendo os interessados, unilateralmente, retirarem-se da avença a qualquer tempo.

Tais elementos não se compatibilizam com a possibilidade de recomposição do equilíbrio financeiro.

15 Registra-se que a DERSA, interessada no referido pleito de inserção, por aditamento, de cláusula de reajuste em convênio firmado com o DER, foi cientificada da decisão. Foi, ainda, esclarecida de que o problema específico que deu origem ao pleito “*recomendava a não inserção da cláusula pretendida [de reajuste], especialmente face ao período de restrição de despesas pelo qual passa o Estado*”. Trecho extraído da Manifestação SubG-Cons. nº 141/2016.

A propósito, há precedentes negando direito ao reequilíbrio em decorrência de alteração do valor do contrato celebrado pelo convenente para a execução do objeto, justamente em decorrência de sua incompatibilidade com a natureza jurídica dos convênios: pareceres CJ/SJDC 284/2012¹⁶ e 210/2014¹⁷. Por outro lado, não foram localizados pareceres que admitissem a recomposição em convênios.

Para as situações, no curso do ajuste, que envolvam o aumento dos custos em relação ao que havia sido inicialmente estimado – ajustes dos preços dos serviços e insumos durante a execução do convênio – o que se tem constatado é a orientação, nas diversas Consultorias Jurídicas, no sentido de admitir unicamente a utilização de eventual saldo remanescente do repasse e/ou saldo de rendimentos da conta vinculada ao convênio, para fazer frente às despesas adicionais. Não havendo saldo remanescente, contudo, incumbirá ao convenente suportar a diferença, havendo dispositivo expresso nesse sentido nas minutas-padrão elaboradas no âmbito da PGE.

3. Prerrogativas da administração: origem e evolução

A origem das prerrogativas da Administração remonta ao absolutismo, berço do direito administrativo.

Seu fundamento, no entanto, foi alterando-se paulatinamente do *jus imperii* – imperatividade – para o *serviço público* (escola do serviço público) e deste para a ideia de supremacia pautada não mais no *jus imperii*, mas nas regras constitucionais.

A partir da modernidade o eixo do direito administrativo altera-se da imperatividade para o interesse público – *supremacia do interesse público sobre o privado*. Assim, as prerrogativas da Administração encontrariam fundamento na lei e justificativa na cura do interesse público, fim último da Administração.

16 Item 19: “(...) não vislumbramos possibilidade de se transferir o ônus de eventual restauração do equilíbrio econômico-financeiro para o Poder Público convenente, por ser incompatível com a natureza jurídica dos convênios.”

17 Item 7.2: “Quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, caso houvesse prova de que algum desequilíbrio houvesse ocorrido, devo esclarecer que o entendimento que prevalece nesta Consultoria Jurídica é o de que não seria possível repassá-lo ao convênio, por ser incabível a figura do reequilíbrio econômico-financeiro em convênio”.

Nesse sentido, as prerrogativas da Administração, que lhe dão, em relação ao privado, posição “privilegiada” são instrumentais, é dizer, permitem a consecução do interesse público.

Com o surgimento do movimento da pós-modernidade, a ação administrativa passou a se centrar na discricionariedade para consecução do interesse público e este, por sua vez, deixou de ser sinônimo de bem comum para ser compreendido como *produto de uma opção do legislador, fundada e justificada na lei*.¹⁸

O reflexo dessa alteração de eixo do direito administrativo é objeto de estudo na atualidade. Há certo consenso de que não se pode aceitar um *interesse público genérico* justificante das prerrogativas da Administração e imposto ao particular. Ao contrário, o interesse público é específico, é dizer, aquele definido pela lei. Apenas a cura deste específico interesse público pode justificar as prerrogativas da Administração, instrumentais à sua consecução e com ele compatível.

Como muito bem pontua Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o *Estado vai abandonando a histórica pretensão de ser dirigente e mentor da sociedade para afincar-se na missão de ser dela instrumento e parceiro*. Com isso, a imperatividade deixa de ser critério para ser ferramenta, posta à escolha do legislador.

De igual forma, atualmente, sem se descurar da inevitabilidade da imperatividade, em casos específicos, como instrumento, assim definido pelo legislador, da consecução do interesse público, é impossível deixar de reconhecer que as relações da Administração passaram a pautar-se mais na consensualidade, reflexo do “Estado Democrático de Direito”.

3.1. Cláusulas exorbitantes: origem e evolução

A presença das denominadas cláusulas exorbitantes – que se distanciam das disposições presentes nos ajustes entre entes privados – nas relações contratuais da Administração, que estão sob o influxo do direito

18 MORENO, Fernando Sanz. Apud: Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In: Direito administrativo e seus novos paradigmas. Coord: Alexandre dos Santos Aragão e Floriano Azevedo Marques. Fórum: Belo Horizonte, 2012, p- 571-592.

público, vem sofrendo críticas da doutrina e alterando o seu fundamento de existência e validade.

É comezinho que estas, na origem, marcavam a assimetria existente entre as contratações públicas, onde ditas cláusulas estavam presentes, e as privadas ou do direito comum. A presença das cláusulas exorbitantes justificava-se, da mesma forma que as prerrogativas, no serviço público e, posteriormente, na consecução do interesse público.

Assim, justamente a presença das cláusulas exorbitantes do direito comum trazia a singularidade do contrato administrativo, se comparado aos demais modos contratuais.

Hodiernamente, considerando o direito administrativo da pós-modernidade, afirma-se que não há diferença substancial entre os contratos privados, regidos pelo direito civil, e públicos, não servindo como critério distintivo das categorias contratuais privadas e públicas as cláusulas exorbitantes, porquanto em alguns tipos de contratos privados também há a presença de *modulações*, sem que tais extravagâncias retirem dos ajustes a categorização de contratos privados.

A presença dessas cláusulas “especiais” é aceita em razão do **tipo**, objeto do contrato, razão que pode ser transportada para as relações da administração pública. Assim, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma:

Parece irrefutável, portanto, na perspectiva pós-moderna do Direito Administrativo, que as *exorbitâncias* nada mais representam que meras *modulações contratuais*, que são inseridas sempre que *motivadamente exigíveis pela matéria administrativa*, ou seja, em se tratando de obras e serviços públicos em geral¹⁹.

Utilizando-se da sistematização de Diogo de Figueiredo Moreira Neto pode-se resumidamente classificar as cláusulas exorbitantes em: i) cláusulas de executoriedade, que decorrem da lei, e traduzem o privilégio da execução prévia; ii) cláusulas de *jus variandi*, que permitem a alteração unilateral dos contratos pela Administração, limitadas pela

19 Ob. cit. p. 579.

lei e, também, por juízo de razoabilidade²⁰; iii) cláusulas de previsão de efeitos sobre terceiros, que resultam da aplicação da lei.

Atualmente, o regime legal das exorbitâncias tem sido muito criticado pela doutrina, porquanto traria consigo imprecisão e insegurança, agravamento do custo de transação, *deficit* de transparência da transação e sacrifício da confiança legítima do administrado na administração.

Por essa razão, tem se entendido que a obrigatoriedade da presença de ditas cláusulas nos contratos administrativos já não mais responde aos anseios do Estado, pois impede juízo de ponderação das vantagens e desvantagens de sua fixação, o que, inclusive, deveria ser feito considerando cada tipo de ajuste (contrato).

Pragmaticamente, tem se reconhecido vantagens à consensualidade se comparada ao regime das exorbitâncias, razão por que não se deve negar à *“Administração a possibilidade de avaliar casuisticamente a conveniência e oportunidade de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes”*²¹.

Seria necessário, no entanto, que o legislador ordinário conferisse *“ao administrador público esta oportunidade de avaliar a legitimidade do emprego de qualquer delas [das três categorias de exorbitâncias acima apontadas], depois de examinadas as hipóteses, caso a caso”*.²²

3.2. Regime das exorbitâncias nos ajustes convenientes

Nos ajustes convenientes, de regra, não há previsão de cláusulas exorbitantes do direito comum. A razão da ausência de ditas cláusulas pode ser buscada na origem destas avenças, que essencialmente disciplinavam relações entre entes públicos.

Posteriormente, mesmo com o incremento das relações convenientes com o setor privado e a sedimentação do uso do instituto para reger as relações entre entes públicos e privados, muito provavelmente a não previsão de ditas cláusulas deveu-se ao entendimento prevalente na dou-

20 Estas podem ser encontradas em alguns contratos privados.

21 Ob. cit. p. 585.

22 Ob. cit. p. 586

trina segundo o qual referidas parcerias detêm natureza jurídica essencialmente distinta dos contratos, porquanto são instrumentos hábeis a disciplinar relações marcadas pelo mútuo interesse dos partícipes, não havendo que se falar em supremacia do interesse público sobre o privado; ambos, privado e público, estariam a serviço do mesmo interesse. Essa nos parece ser a razão última da diferença de tratamento jurídico entre os contratos e os convênios administrativos.

A partir da Lei nº 13.019, de 2014, como vimos, a regra é que os convênios sejam utilizados apenas para disciplinar ajustes entre entes públicos, na medida em que as parcerias entre a Administração e organizações da sociedade civil estão submetidas ao regime jurídico inaugurado pela novel legislação.

Assim, nos convênios, a típica dualidade entre a presença da Administração de um lado e do privado de outro, deixa novamente de existir, o que afasta o regime das exorbitâncias, pelo menos sob o fundamento do *jus imperii* ou da supremacia do interesse público sobre o privado.

No entanto, como vimos, esses fundamentos, atualmente, são criticados e já não são mais puramente empregados até mesmo nas relações tipicamente contratuais.

Nesse sentido, entende-se que é possível o emprego de cláusulas especiais, é dizer, de *modulações* em ajustes convenientes, que encontrariam fundamento não só na consensualidade, mas, também, na busca de um interesse público específico (jamais “*tomado abstracta e genericamente, sem referências concretas*”), legalmente qualificado, que venha a exigir a estipulação de *cláusulas obrigacionais reforçadas*, necessariamente instrumentais à sua cura.

A previsão de *modulações* nestes ajustes deve ter relevância justificada. Há de ser necessária e útil à obtenção da obra ou à prestação do serviço que se pretendeu atingir com a parceria entre os entes públicos.

Admite-se, ainda, que a inserção de modulações tenha por finalidade o desestímulo às ações que atrasem ou dificultem a sua realização, buscando, com isso, imprimir efetividade, eficácia e eficiência às parcerias.

Sob outro enfoque, mas ainda buscando fundamentar o recurso às *modulações*, não se olvide que os convênios são ajustes que, em regra,

instrumentalizam transferências **voluntárias** (art. 25 da LRF). Assim, a previsão de *modulações* instrumentais que se façam necessárias em razão do **objeto** – específico e especial – da avença, a ser analisado em cada caso concreto, de forma alguma ofenderia a autonomia dos entes federados, tampouco encontraria fundamento na supremacia do interesse público, mas, sim, na consensualidade e nos princípios da eficiência e economicidade, o que permite concluir que não há óbice de ordem jurídico formal para inclusão nos instrumentos convencionais de referidas cláusulas especiais.

4. Jurisprudência do TCE-SP e TCU

Consultando o banco de dados dos Tribunais de Contas não se localizou decisão reconhecendo a possibilidade de imposição unilateral, em convênios, de alterações do objeto, reajuste ou recomposição da equação econômico-financeira.

Meras adequações no plano de trabalho operadas por acordo entre os partícipes, em que se tenha como evidente a manutenção do mesmo objeto, mantida a mesma finalidade e interesse público, são admitidas; essas alterações, conforme constatou-se na pesquisa jurisprudencial realizada, não foram alvo de recomendações ou de reconhecimento de irregularidades ou de nulidades por esses Tribunais.

Em relação à alteração do objeto, ainda que bilateral, do mesmo modo, não se obteve êxito em localizar qualquer decisão por parte do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que tenha abordado diretamente essa questão.

Já o Tribunal de Contas da União – TCU tem recepcionado a alteração, bilateral, que não resulte em modificação da substância e finalidade inicial da política pública ou ação governamental específica, adotando-se como parâmetro para tal aferição a lei orçamentária que as referendou, ou seja, que não implique alteração da classificação programática da despesa. Esse é o limite.

Segundo esse entendimento, o conceito de mudança de objeto dependeria da classificação orçamentária no caso em específico, de modo que se as alterações resultarem em objeto não mais passível de enquadramento no Programa de Trabalho original, tratar-se-á de novo objeto e, portanto, não serão admitidas.

Destaque-se, nesse sentido, o precedente do TCU consubstanciado no Acórdão 3.015/2010 – Plenário, com base nos argumentos expendidos no voto do Relator Min. Augusto Nardes.

A referida Corte, nesse caso, analisou convênio celebrado entre a União e o Estado do Espírito Santo, em que este, alterando unilateralmente (sem que sequer tivesse submetido tal pretensão ao concedente, aliás) o plano de trabalho, destinado à construção de um presídio feminino, entendeu por bem promover, *ex sponte propria*, alterações visando à construção de um presídio destinado a abrigar detentos do sexo masculino.

Isso porque, segundo entendeu a Corte referida, o Plano de Trabalho contemplava indistintamente “a construção, ampliação, reforma e aparelhamento de estabelecimentos prisionais no Estado do Espírito Santo (...) não se destinava a amparar nenhuma política ou ação governamental específica para mulheres no cárcere”.

Portanto, mesmo tendo sido alterado o objeto, a política pública originalmente concebida não sofreu modificação.

Diferentemente concluir-se-ia, destacou o acórdão, se o Governo tivesse construído, no lugar, um hospital ou uma escola, subvertendo “sua finalidade primeva”.

Cabe atentar, no entanto, que, nesse caso, não foi secundada, em nenhum momento, a possibilidade de “imposição” das alterações pelo conveniente, ou seja, de “alteração unilateral”, não se tendo cogitado o cabimento de cláusula exorbitante em tais situações.

Diversamente, destacou-se unicamente que tal conduta era inclusive passível “de reprovação em face do possível descumprimento de cláusulas conveniais e de normas regentes”, embora, no entanto, segundo asseverado, não se pudesse pressupor, apenas por isso, que estivesse caracterizado “desvio de finalidade e desatendimento do interesse público, até porque a unidade prisional foi concluída, em benefício da sociedade”.

5. Normatização da União

Na esfera federal, os convênios são regulados pelo Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 e Portaria Interministerial nº 507, de 24

de novembro de 2011²³ (aplicando-se a Instrução Normativa 01, de 15 de janeiro de 1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, aos convênios celebrados anteriormente, com algumas ressalvas²⁴).

Aliás, no elenco das cláusulas que deverão obrigatoriamente figurar dos instrumentos regulados pela Portaria citada (em que se incluem os convênios) engloba-se a “sujeição do convênio ou contrato de repasse e sua execução às normas do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, bem como do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, e a esta Portaria” (art. 43, inciso XXI).

De acordo com esses diplomas legais, as alterações no objeto são aceitas, nas hipóteses expressamente admitidas, vedadas aquelas que provoquem alteração de sua substância. Nesse sentido, confira-se:

DECRETO 6.170/2007

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União (...).(Redação dada pelo Decreto nº 8.180, de 2013)

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

(...) IX – termo aditivo – instrumento que tenha por objetivo a modificação do convênio celebrado, vedada a alteração do objeto aprovado;
(gn)

(...)

PORTARIA INTERMINISTERIAL 507/2011

Art. 1º (...)

23 Em vigor desde 1º de janeiro de 2012.

24 Art. 2º. Não se aplicam as exigências desta Portaria: I – aos convênios: (...) b) celebrados anteriormente à data da sua publicação, devendo ser observadas, neste caso, as prescrições normativas vigentes à época de sua celebração, podendo, todavia, se lhes aplicar naquilo que beneficiar a consecução do objeto do convênio; (...) – gn

§ 2º Para os efeitos desta Portaria, considera-se:

(...)

XXIII – termo aditivo: instrumento que tenha por objetivo a modificação do convênio já celebrado, vedada a alteração do objeto aprovado; (gn)

Art. 50. O convênio poderá ser alterado mediante proposta, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada ao concedente em, no mínimo, 30 (trinta) dias antes do término de sua vigência ou no prazo nele estipulado.” – gn

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado: (gn)

(...)

III – alterar o objeto do convênio ou contrato de repasse, exceto no caso de ampliação da execução do objeto pactuado ou para redução ou exclusão de meta, sem prejuízo da funcionalidade do objeto contratado; – gn

A alteração do objeto, portanto, é admitida, mas apenas nas expressas hipóteses previstas no inciso III do art. 52 (ampliação do objeto, redução ou exclusão de meta²⁵), desde que isso não afete a funcionalidade do objeto original.

Não há qualquer previsão que autorize tanto o concedente quanto o conveniente a promover alterações unilaterais no objeto, *sendo que a troca do objeto (alteração substancial) não é admitida, como visto* (pois é vedada a alteração em prejuízo da funcionalidade do objeto contratado).

Cabe registrar que, para a execução de obras na esfera federal, em regra, não se utiliza a figura do convênio, diversamente do que ocorre no âmbito do Estado de São Paulo, e sim o “contrato de repasse”²⁶, avença análoga ao convênio, em que está presente a figura de um agen-

25 Definida como “parcela quantificável do objeto descrita no plano de trabalho” (art. 1º, § 2º, inciso XVIII da Portaria Ministerial 507/2011).

26 Utiliza-se, também, o Termo de Compromisso – figura análoga ao convênio – adotado nos projetos inseridos no Plano de Aceleração do Crescimento – PAC.

te financeiro como mandatário da União, em regra a Caixa Econômica Federal ou o Banco do Brasil. O convênio somente é admitido na hipótese em que o concedente reúna condições materiais para realizar o seu acompanhamento. Nesse sentido, dispõe o Decreto nº 6.170/2007:

Art. 8º. A execução de programa de trabalho que objetive a realização de obra será feita por meio de contrato de repasse, salvo quando o concedente dispuser de estrutura para acompanhar a execução do convênio.

As despesas adicionais oriundas da celebração de aditivos convencionais [contratuais, na terminologia empregada pelo União] visando à aplicação de reajustes ou realinhamento de preços, decorrentes de alteração de quantitativos de serviços ou alterações em relação ao que aprovado no convênio, por sua vez, devem ser arcados pelo próprio conveniente, em face do disposto no artigo 34 da Portaria Interministerial aludida:

Art. 34. Os aditivos ao Contrato Administrativo de Execução ou Fornecimento – CTEF relativos a quantitativos de serviços ou preços decorrentes de diferenças entre o projeto aprovado pelo concedente e a execução ou reajustamento/realinhamento de preços não acarretarão nova análise ou reprogramação no convênio por parte do concedente.

(...). – gn

Acrescente-se que o Decreto e a Portaria aludidos não fazem referência à possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos convênios.

6. Proposições

As reflexões aqui realizadas a respeito da previsão das chamadas “cláusulas exorbitantes” nos convênios firmados pela Administração permitem que sejam apresentadas as seguintes proposições de fixação de entendimento no âmbito da Procuradoria Geral do Estado:

a) Caso o objeto do convênio consista na execução de obras e serviços de que o Estado seja titular e tendo o conveniado assumido a função de mero gestor, apresenta-se viável juridicamente a inclusão de (i) cláusula prevendo a possibilidade de o Estado, *unilateralmente*, alterar o

plano de trabalho, bem como de (ii) cláusula permitindo ao Estado, na hipótese de inércia do convenente, retomar, unilateralmente, o objeto do ajuste, sem prejuízo da rescisão do acordo.

A proposta nos parece útil na hipótese de o Estado não reunir condições – estruturais e de logística, por exemplo – para exercer, diretamente, competências de que seja titular, preferindo, por isso, que tal papel seja exercido por meio da colaboração de parceiro [sentido lato], mediante celebração de convênio prevendo o repasse de verbas para que esse último tome as providências necessárias para a boa execução da atividade, inclusive, com a realização do procedimento licitatório, futura contratação e fiscalização da contratada, se for o caso.

Nessa situação, inegável a preponderância do interesse do Estado sobre a do parceiro [sentido lato], diante da titularidade do objeto que o ente repassador de recursos detém, a justificar que lhe seja atribuída tal prerrogativa.

A cláusula ora proposta, se incluída nos ajustes firmados com entes municipais, não feriria a autonomia do município, porquanto a possibilidade de alteração unilateral terá por ele sido consentida no momento da celebração do convênio.

Cite-se, como exemplo da situação narrada, a celebração de convênio com municípios para a construção/reforma de escolas estaduais ou, ainda, para a construção de um museu estadual.

b) São admissíveis alterações do objeto, tendo como limite o atendimento da finalidade descrita na autorização orçamentária, considerando a obrigatória e rigorosa observância à legislação que autoriza a despesa, de cunho orçamentário, impedindo-se o seu desvirtuamento. Em outras palavras, alterações, mesmo que bilaterais, seriam admitidas desde que preservada a classificação funcional-programática da ação, sem prejuízo do atendimento a outras normas que regem os atos da administração pública, como o princípio da economicidade. Em vista disso, se o objeto consiste na construção de uma escola, não pode ser alterado para asfaltamento de via pública, por exemplo.

c) É viável juridicamente a inclusão de cláusula de reajuste anual dos valores a serem repassados pelo Estado ao convenente em ajustes

que importam a prestação de serviços contínuos – e não a execução de um bem definido, como uma obra²⁷ – desde que tal medida se mostre compatível e adequada com o objeto do convênio, bem como necessária à consecução do interesse público específico, justificador da avença, o que deve ser analisado à luz do caso concreto.

7. Proposta de cláusulas conveniais que tratem de alteração unilateral e de reajuste de valores

Em decorrência das propostas aqui formuladas, parece cabível a previsão de cláusula que admita a alteração unilateral do plano de trabalho do convênio, quando o conveniado atue como mero gestor de obras e serviços de que o conveniente seja titular (exemplo: convênio para a construção de escolas estaduais e de outras obras estaduais), recebendo o conveniado repasses de recursos estaduais para o custeio **integral** da obra ou do serviço, em especial se de grande vulto. Para essas situações, sugere-se seja avaliada a conveniência de inclusão da seguinte cláusula:

CLÁUSULA W – O conveniente poderá, excepcional e justificadamente, alterar unilateralmente o plano de trabalho para melhor adequá-lo às finalidades de interesse público quando:

- a) houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; ou
- b) necessária a modificação do valor do convênio em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto.

PARÁGRAFO PRIMEIRO – A alteração do plano de trabalho que implique acréscimo de seu objeto deverá vir acompanhada de aditamento que assegure ao conveniado a correspondente readequação do valor do repasse.

PARÁGRAFO SEGUNDO – Na hipótese de a alteração do plano de trabalho implicar supressão de obras e serviços, o conveniente deverá ressarcir o conveniado das despesas que, por imposição legal (parágrafo 4º do artigo 65 da Lei federal nº 8.666/93), esse realizar em virtude

²⁷ Nesse caso parece que o objeto do convênio é incompatível com a previsão de reajuste anual, uma vez que nessa hipótese já é possível prever o custo do convênio desde a formalização do ajuste.

das alterações contratuais necessárias para que seja atendido o novo plano de trabalho.

CLÁUSULA X – É vedada a alteração unilateral do plano de trabalho que implique modificação da classificação orçamentária da despesa.

CLÁUSULA Y – Caso o conveniado não cumpra as obrigações assumidas neste ajuste, inclusive as decorrentes de alteração unilateral do plano de trabalho, deverá indenizar o conveniente dos prejuízos a ele causados.

Nos convênios que ultrapassem doze meses e que demandem do conveniado a execução de atividades de prestação continuada, sugere-se que seja avaliada a conveniência de ser prevista cláusula anual de reajuste, mediante prévia justificativa de economicidade e de pertinência do critério de reajuste adotado, considerados os parâmetros de mercado (v. artigos 2º e 3º da Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001)²⁸.

28 Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

§ 2º Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.

§ 3º Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.

§ 4º Nos contratos de prazo de duração igual ou superior a três anos, cujo objeto seja a produção de bens para entrega futura ou a aquisição de bens ou direitos a eles relativos, as partes poderão pactuar a atualização das obrigações, a cada período de um ano, contado a partir da contratação, e no seu vencimento final, considerada a periodicidade de pagamento das prestações, e abatidos os pagamentos, atualizados da mesma forma, efetuados no período.

§ 5º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos contratos celebrados a partir de 28 de outubro de 1995 até 11 de outubro de 1997 (vide Medida Provisória nº 2.223, de 4.9.2001).

§ 6º O prazo a que alude o parágrafo anterior poderá ser prorrogado mediante ato do Poder Executivo (vide Medida Provisória nº 2.223, de 4.9.2001).

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data-limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

CLÁUSULA Z – Os valores devidos ao conveniado em razão das atividades correspondentes aos itens W, X e Y serão reajustados a cada 12 (doze) meses, mediante a aplicação do índice Y ou outro que vier a ser escolhido em substituição pelo órgão repassador.

§ 1º A periodicidade anual de reajuste será contada a partir da data de celebração do convênio.

§2º A aplicação do reajuste estará condicionada à demonstração pelo conveniado da compatibilidade dos valores reajustados com os praticados no mercado.

8. Conclusão

O exame da matéria objeto deste estudo permite que sejam apresentadas as seguintes conclusões:

a) As alterações quantitativas nos objetos de convênios não estão submetidas às limitações do parágrafo 2º do artigo 65 da Lei federal nº 8666/93, nos termos dos pareceres AJG nº 1.417/94 e AJG nº 316/2015.

b) As alterações qualitativas nos objetos de convênios são admitidas (parecer AJG nº 941/2011), desde que não impliquem alterações na classificação orçamentária da despesa.

c) Em regra não devem ser previstas nos convênios as chamadas “cláusulas exorbitantes”, uma vez que, de modo geral, são incompatíveis com as características desses ajustes.

c.1) No entanto, na hipótese de as “cláusulas exorbitantes” serem necessárias, úteis e compatíveis com o objeto do ajuste – o que deve ser analisado concretamente, em cada convênio – poderão ser previstas, em caráter excepcional, uma vez que (i) inexistente qualquer vedação legal para tanto e (ii) que o artigo 116, da Lei nº 8.666/93, determina que as disposições dessa lei se aplicam aos convênios no que couber.

d) O objeto do convênio e o interesse público concretamente perseguido podem justificar, excepcionalmente, a necessidade e a utilidade da estipulação de cláusulas obrigacionais reforçadas (como a possibilidade de alteração unilateral do plano de trabalho pela administração), bem

como de cláusulas que desestimulem a prática de ações que atrasem ou dificultem a execução do objeto (como a possibilidade de aplicação de sanção pela administração ao conveniado inadimplente).

e) O objeto do convênio e o interesse público concretamente perseguido podem justificar, excepcionalmente, a necessidade e a utilidade da estipulação de cláusula permitindo a alteração unilateral do plano de trabalho do convênio, em especial quando o conveniado atue como mero gestor de obras e serviços de que o conveniente seja titular (exemplo: convênio para a construção de escolas estaduais e de outras obras estaduais), recebendo o conveniado repasses de recursos estaduais para o custeio da obra ou do serviço. A alteração unilateral poderá ensejar o direito do conveniado à readequação do valor do convênio.

f) Não se aplica aos convênios o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste.

f.1) As situações que, no regime jurídico dos contratos administrativos, ensejam o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial, podem justificar a alteração bilateral do ajuste.

g) Nos convênios que ultrapassem doze meses e que demandem do conveniado a execução de atividades de prestação continuada, pode-se prever cláusula anual de reajuste, mediante prévia justificativa de economicidade e de pertinência do critério de reajuste adotado, considerados os parâmetros de mercado.

Bibliografia

DA ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Terceiro Setor*. São Paulo, Malheiros, 2003.

DE ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Contrato Administrativo*. Quartier Latin, São Paulo, 2012.

GARCIA, Maria. *Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos*. Forense Universitária, São Paulo, 1.995, 1. ed.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 767.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Convênios entre Estado e Iniciativa Privada para Implantação de Polos Industriais*. In: *Revista Trimestral de Direito Público* nº 48.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Coord: Alexandre dos Santos Aragão e Floriano Azevedo Marques. Fórum: Belo Horizonte, 2012.

MORENO, Fernando Sanéz. *Apud*: Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Coord: Alexandre dos Santos Aragão e Floriano Azevedo Marques. Fórum: Belo Horizonte, 2012.

Convênios com empresas privadas

Anna Cândida Alves Pinto Serrano¹

Elizabeth Matsushita²

Hilda Sabino Siemons³

Sumário: 1. Introdução. 2. Convênios com empresas privadas sem repasse de recursos pelo Estado. 3. Convênios com empresas privadas com repasse de recursos pelo Estado. 3.1. Transferência de recursos para a execução de atividade não lucrativa. 3.2. Transferência de recursos para a execução de atividade lucrativa. 3.2.1. Precedente da PGE/SP: inviabilidade. 3.2.2. Precedente da PGE/RJ: acordo de programa. 3.2.3. A atividade de fomento e a natureza jurídica da avença. 3.2.4. O entendimento do Tribunal de Contas da União. 3.3. Subvenção Econômica. 3.3.1. Orientação do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul: requisitos. 3.3.2. Subvenção para a instalação de empresas. 3.3.3. Vedações. 3.4. Prestação de serviços ou atividades essenciais. 3.5. Cooperação na área de CT&I. 3.6. O convênio como instrumento de cooperação público-privada: necessidade de aprimoramento da regulamentação. 3.7. Resumo. 4. Conclusão. Bibliografia.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

3 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Civil – Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

1. Introdução

A celebração de convênios com empresas privadas não é um tema pacífico na doutrina administrativista. A finalidade lucrativa da empresa é para muitos impeditiva da realização dessa modalidade de parceria pela ausência de convergência de interesses entre os partícipes. Enquanto a empresa privada visa à aquisição de lucro, o poder público objetiva o interesse coletivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ entende que:

(...) só podem ser firmados convênios com entidades se estas forem pessoas sem fins lucrativos. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetivos contrapostos, pois, independentemente da caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento.

No entanto, como restará demonstrado a seguir, na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo se encontram precedentes aceitando essa modalidade de parceria, fundada no artigo 116 da Lei federal nº 8.666/1993, que atualmente está regulamentado pelo Decreto estadual nº 59.215/2013.

Com a edição da Lei federal nº 13.019/2014, alterada pela Lei federal nº 13.204/2015, as parcerias com organizações da sociedade civil passaram a ser inteiramente reguladas por esta legislação específica, permanecendo outras formas de ajustes submetidas ao artigo 116 da Lei federal nº 8.666/93.

O artigo 84 da Lei federal nº 13.019/2014 estabelece que não se aplica às parcerias regidas pela lei o disposto na Lei federal nº 8.666/93, prevendo o parágrafo único do mesmo artigo que são regidos pelo artigo 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, os convênios: (i) entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; e (ii) os decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.

Diante da redação do artigo 84-A da Lei federal nº 13.019/2014, que estabelece que a partir da vigência da lei só serão admitidos convê-

⁴ *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 666.

nios nas hipóteses do parágrafo único do artigo 84, resta indagar se a omissão legislativa teve a finalidade de vedar a realização de convênios com empresas privadas.

A questão foi submetida à apreciação da Subprocuradora Geral do Estado da Área da Consultoria que, ao proferir o Despacho SubG-Cons. nº 177/2016, firmou o entendimento de que a Lei federal nº 13.019/2014 não disciplina as relações entre a Administração e as entidades privadas com finalidade lucrativa, as quais permanecem reguladas pela Lei federal nº 8.666/93, em especial pelo artigo 116, e pelo Decreto nº 59.215/2013. Confira-se:

Uma leitura apressada desses artigos poderia levar o intérprete a concluir que, a partir da vigência da Lei federal nº 13.019/2014, qualquer convênio não elencado no parágrafo único estaria vedado por lei. No entanto, parece-nos que essa leitura não sobrevive à interpretação teleológica e sistemática da referida norma e do ordenamento jurídico.

O *caput* do artigo 84 afasta a aplicação da Lei federal nº 8.666/93 nas parcerias firmadas de acordo com a Lei das Organizações da Sociedade Civil. Sua função é não permitir a aplicação da Lei Geral de Licitações de forma subsidiária, bem como afastar qualquer interpretação jurisprudencial e doutrinária usualmente utilizada nesta lei que não se adéque à lógica pelo novo marco legal.

Já a finalidade do disposto no artigo 84-A, em nosso entendimento, foi esclarecer que, se o ajuste tiver conteúdo de termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação e contar como parceiro uma organização da sociedade civil, o regime jurídico aplicável será o da Lei federal nº 13.019/14. Isso para evitar que a mera alteração da denominação do instituto altere o seu regime jurídico, já que o que define sua natureza é o seu conteúdo, princípio este que também consta, de forma implícita, do artigo 2º, parágrafo único, da Lei federal nº 8.666/93.

Se o artigo 84-A realmente objetivasse vedar tais convênios, o que admitimos apenas a título de argumentação, essa norma não teria caráter geral e seria aplicável apenas à União. Com efeito, não seria razoável concluir que a legislação federal teria proibido todos os entes federativos a firmarem quaisquer tipos de parceria com entidades com fins lucrativos, mormente nos casos em que não há qualquer repasse. (...)

Estabelecida a premissa de que a legislação atual permite a celebração de convênios com empresas privadas, abordaremos a seguir os convênios com e sem repasse de recursos financeiros pelo Estado.

2. Convênios com empresas privadas sem repasse de recursos pelo estado

A celebração de convênios com empresas privadas é um tema que não recebeu imediato acolhimento no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, conforme demonstra a análise histórica dessa modalidade de parceria.

O tema foi levantado em primeiro lugar na antiga Assessoria Jurídica do Governo, que durante muito tempo se manifestou em todos os convênios firmados no Estado de São Paulo, diante da regulamentação vigente à época que submetia todos os convênios à autorização governamental.

No Parecer AJG nº 1000/1999⁵ restou analisada proposta de convênio entre o Estado e empresa odontológica para prestação de serviços odontológicos. O entendimento do parecer foi pela inviabilidade da parceria diante da inexistência de objetivos comuns entre os partícipes, o que impossibilitaria a formalização do ajuste por convênio.

Conforme destacado no parecer, *o negócio subjacente ao convênio pretendido é uma prestação de serviços odontológicos que, ainda quando a título gratuito, está sujeito à prévia licitação, em face do princípio da igualdade de oportunidade entre todos os interessados.*

Ocorre que a Chefia da Assessoria Jurídica do Governo proferiu despacho desaprovando o Parecer AJG nº 1000/1999, pois discordou das conclusões de que a inexistência de objetivos institucionais comuns inviabilizaria a possibilidade de formalização do ajuste e de que seria necessária a sujeição à prévia licitação⁶.

5 Parecer proferido pela Procuradora do Estado Assessora Maria Emília Pacheco.

6 Despacho proferido pelo então Procurador do Estado Chefe, Elival da Silva Ramos, no sentido de que:

“– as parcerias com empresas privadas, especialmente por convênio, para a consecução de serviços assistenciais prestados pelo Estado, sempre foram admitidas e, mais que isso,

Em síntese, três orientações emergem do despacho da Chefia da AJG, quais sejam: o fato de o conveniente ser uma empresa privada não impede a celebração do convênio, em razão do disposto no artigo 154, § 4º da Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que faculta ao conselho de administração ou à diretoria autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa; não há necessidade de prévia licitação, bastando, para atendimento dos princípios da isonomia e da impessoalidade, que se abra oportunidade para todos potenciais interessados em prestar os mesmos serviços em prol da comunidade; e a vedação de exploração do ajuste para fins publicitários do partícipe de direito privado.

A Procuradoria Administrativa, ao prolatar o Parecer PA nº 194/20027, deu à questão semelhante, solução um pouco diversa, mas alguns dos posicionamentos adotados pelo órgão reforçaram a orientação contida no Despacho de desaprovação do Parecer AJG nº 1000/1999, ajudando a consolidar o entendimento institucional.

Com efeito, a hipótese submetida à Procuradoria Administrativa tratava de doação por empresas privadas de bens móveis e outras vanta-

bem aceitas pelo Poder Público, desde que observados os preceitos legais e regulamentares pertinentes e adotadas as cautelas necessárias a cada caso;

- o simples fato de se tratar de empresa com fins lucrativos não afasta a possibilidade de figurar como partícipe em avença dessa natureza, até porque à sociedade comercial, preconiza a Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, aplicável subsidiariamente às sociedades por quotas de responsabilidade limitada (artigo 18 do Decreto nº 3.708, de 10/01/19), a par da persecução de seu objeto, incumbem, também, atividades inerentes às suas responsabilidades sociais, razão pela qual podem (e devem) praticar atos gratuitos razoáveis em benefício da comunidade de que participem (artigo 154, § 4º);

- se é lícito à Administração receber doações de bens sem encargos, vale dizer, doações puras de bens móveis ou imóveis, também o é valer-se de serviços ofertados a título gratuito por pessoas jurídicas de natureza privada, sobretudo na área assistencial como sucede na hipótese versada neste expediente;

(...)

- enfim, nos casos da espécie, não há, igualmente, de se falar em possibilidade de competição e, por decorrência, em licitação, cabendo apenas abrir-se oportunidade a tantos quantos, em similares condições, queiram prestar gratuitamente os mesmos serviços em prol da comunidade, coordenados por algum órgão público, vedando-se, também, a exploração do ajuste para fins publicitários do partícipe de direito privado em locais públicos, mediante inserção de cláusulas apropriadas no termo que vier a instrumentalizar o ajuste.”

(destaques no original)

7 Parecer proferido pela Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos.

gens e, segundo referido órgão, como não havia contrapartida estatal às empresas privadas que iriam colaborar com o projeto, não se mostrava necessária a realização de procedimento licitatório. Diante da ausência de vantagem para o particular, o único cuidado que se deveria ter para atendimento dos princípios da impessoalidade e da isonomia é a garantia de oportunidade de participação a todos os interessados. Nesse sentido, entendeu-se que um comunicado-convite publicado no Diário Oficial se mostrou suficiente para se dar publicidade do intento da administração.

Quanto à solicitação de colocação de pequena placa comemorativa indicativa do autor da doação, entendeu o órgão jurídico pela viabilidade, pois tal fato não caracterizaria encargo a ser assumido pelo Estado, mas mero reconhecimento daquele que contribuiu voluntariamente com a comunidade, sem que com isso restasse caracterizada exploração publicitária do ato.

Portanto, algumas considerações contidas no anterior Despacho de desaprovação do Parecer AJG nº 1000/1999 foram reforçadas no Parecer PA nº 194/2002, pois restou novamente afirmada a desnecessidade de realização de prévia licitação, o que não dispensava, contudo, a realização de um convite, ou comunicado público, em atenção aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da publicidade. Reforçou-se, também, a impossibilidade de exploração publicitária do ajuste.

Destaca-se que o parecer trouxe um importante esclarecimento, consistente no entendimento segundo o qual a colação de pequena placa comemorativa indicando o autor da doação não caracteriza exploração publicitária.

O Parecer AJG nº 1688/2005⁸, citando vários precedentes da casa, reforçou a viabilidade de celebração de convênios com entidades privadas de finalidade lucrativa para a doação de bens e serviços, desde que sem ônus ao Estado e sem exclusividade.

Nos Pareceres AJG nº 91/2007⁹ e PA nº 265/2007¹⁰, ambos envolvendo o mesmo caso concreto, formulou-se consulta sobre a viabilidade

8 Parecer proferido pelo Procuradora do Estado Assessora Tania Henriqueta Lotto.

9 Parecer proferido pela Procuradora do Estado Assessora Wilma Conceição Rodrigues Angeletakis.

10 Parecer proferido pela Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos.

jurídica de celebração de convênio entre o Estado de São Paulo e entidades privadas que estivessem dispostas a custear a realização das obras necessárias à reforma e ampliação de prédio público.

O parecer da Consultoria Jurídica da Pasta de origem opinou pela inviabilidade da avença, porque o artigo 7º do Decreto Estadual nº 40.722, de 20 de março de 1996, exigia “a inserção das atividades previstas no ajuste no objeto das entidades signatárias”, o que não se configuraria no caso examinado.

No entanto, tanto a Assessoria Jurídica do Governo quanto a Procuradoria Administrativa afastaram esse argumento, pois entenderam que se devia dar ao artigo 7º do Decreto estadual nº 40.722/1996 (atual artigo 7º do Decreto nº 59.215, de 21 de maio de 2013, na redação conferida pelo Decreto nº 60.868/2014) uma interpretação finalística.

Com efeito, apesar de a norma regulamentar impedir que entes privados se apresentem ao poder público para realização de atividades que se afastem de suas finalidades institucionais, as empresas, no exercício de sua função social, podem praticar atos de liberalidade (artigo 154, § 4º da Lei federal nº 6.404/1976). Desse modo, não se mostra relevante que o doador não tenha entre seus fins institucionais as finalidades previstas na avença.

Com o novo posicionamento institucional, a celebração de convênios com empresas privadas, nessas hipóteses, prescinde da demonstração de inserção das atividades previstas no ajuste no objeto das entidades signatárias, mas necessita da comprovação de autorização do Conselho de Administração ou da Diretoria, conforme determinado no artigo 154, § 4º da Lei federal nº 6.404/1976¹¹.

Em 2015, a questão voltou a ser debatida na Procuradoria Administrativa, vindo a ser proferido o Parecer PA nº 05/2014¹², que se pronunciou pela inviabilidade de realização de convênio entre empresa privada e autarquia pública.

11 “§ 4º O Conselho de Administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados e da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais”.

12 Parecer proferido pelo Procurador do Estado Dermerval Ferraz de Arruda Júnior.

Segundo o parecer, sendo a conveniente uma sociedade anônima, ela possui natureza de sociedade comercial, que almeja eminentemente a obtenção de lucro. Tal fato impediria a realização do convênio diante da falta de interesses comuns aos partícipes, já que, pela própria Lei das Sociedades Anônimas, os fins da companhia interessada são eminentemente lucrativos e, portanto, não altruísticos. Quando muito, a interessada poderia contribuir com um interesse coletivo perseguido pelo Estado, mas não teria a convergência de interesses necessária para celebração de convênios.

O Parecer recebeu aditamento da então Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa¹³, sendo, ao final, desaprovado pelo Procurador Geral do Estado.

Pelo entendimento da Chefia, o fato de a empresa objetivar lucro não é impeditivo para celebração de convênios com o Poder Público, havendo vários precedentes tanto da Procuradoria Administrativa quanto da Assessoria Jurídica do Governo nesse sentido. Restou consignado no aditamento que *“não se vislumbra óbice à formalização de convênio com ente privado com finalidade lucrativa se há um interesse público na atuação do particular, somado à inexistência de apropriação privada de recursos públicos.”*

Destaca-se que o caso tinha uma particularidade em relação aos seus precedentes, pois previu o depósito em conta da autarquia da importância de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) como contrapartida pelo acesso aos dados do órgão público, que seriam utilizados em programas ou campanhas.

A Chefia da Procuradoria Administrativa não apresentou manifestação conclusiva quanto a esse ponto, consignando apenas que *“melhor seria que os objetivos colimados pelo convênio fossem obtidos de outra forma, como, por exemplo, com o apoio pelo partícipe privado de campanhas institucionais atuais, ao invés da transferência pura e simples dos recursos para utilização futura, tal como pretendido”*.

Quanto às cautelas necessárias para a celebração do ajuste, a Procuradora Chefe ressaltou que, ante a necessidade de atendimento aos

13 Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos.

princípios da igualdade e da impessoalidade, deveria ser dada ampla divulgação para que outros interessados tivessem acesso às mesmas facilidades. Em suma, a informação não seria cedida de forma exclusiva, podendo outras seguradoras se valerem do banco de dados, desde que autorizadas pelo cidadão.

A análise dos precedentes da Procuradoria Geral do Estado sobre o tema “convênios com empresas privadas” demonstra que o entendimento institucional é no sentido de ser possível a realização das avenças, desde que não haja repasse de recursos financeiros ao partícipe privado ou a apropriação privada de recursos públicos.

Os entendimentos manifestados nos pareceres nos permitem concluir que o fato de a empresa privada objetivar lucro não é, por si só, impeditivo da celebração de convênio com o poder público por falta de convergência de interesses, uma vez que as empresas, no exercício de sua função social, podem praticar atos de liberalidade (artigo 154, § 4º da Lei federal nº 6.404/1976).

Em atendimento aos princípios da impessoalidade e da isonomia, a administração deve dar ampla divulgação de sua intenção, não podendo haver exclusividade, nem exploração publicitária do ato. Ressalta-se, apenas, que pequena placa indicativa do autor da doação não está vedada.

Observa-se que essa divulgação poderá ser efetivada por meio de comunicado público, para a qual não há forma determinada. No entanto, a Administração deverá se valer de procedimento que assegure atingir o maior número possível de interessados.

Nesse passo, destaca-se que o artigo 29 da Lei federal nº 13.019/2014 (redação dada pela Lei nº 13.204/2015) estabelece que os acordos de cooperação (correspondem no Estado de São Paulo aos convênios sem repasse de recursos) serão celebrados sem chamamento público.

Ocorre que, como já destacado acima, a Lei federal nº 13.019/2014 não se aplica à modalidade de convênio aqui tratada, que se funda no artigo 116 da Lei federal nº 8.666/93 e no Decreto estadual nº 59.215, de 21 de maio de 2013. Ademais, diante dos princípios constitucionais incidentes na hipótese e da orientação sufragada na Procuradoria Geral

do Estado desde 1999, convênios com empresas privadas devem sempre ser precedidos de comunicado público com ampla divulgação.

3. Convênios com empresas privadas com repasse de recursos pelo estado

Como visto no item anterior, no âmbito da PGE/SP é pacífico o entendimento de que o fato de uma empresa objetivar lucro não constitui impedimento para a celebração de convênio com o Poder Público. Esse tema, porém, é cercado de muita controvérsia. Primeiro, porque o conceito de convênio que adotamos é amplo e abrange uma variedade de parcerias que não podem ser examinadas sob um mesmo prisma. Segundo, porque, muitas vezes, nos deparamos com propostas de avenças por meio das quais o administrador objetiva a concessão de subvenção econômica ou de auxílio às empresas privadas, sem a estrita observância das regras específicas que regem a matéria.

Lembremos que a Lei federal nº 4.320/64 dispõe em seu artigo 19 que a *“Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial”*. Mais adiante, em seu artigo 21, preceitua que *“A Lei de Orçamento não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio das empresas privadas de fins lucrativos”*. Nesse contexto normativo, é natural que surjam dúvidas sobre a possibilidade de o Poder Público celebrar convênios com empresas privadas, com estipulação de repasse de recursos financeiros ou materiais em favor destas.

3.1. Transferência de recursos para a execução de atividade não lucrativa

Examinemos, primeiro, a hipótese em que as empresas procuram estabelecer parcerias com o Estado para executar atividades **não lucrativas**, em benefício da coletividade. Nesse caso, a colaboração do Estado poderia envolver a transferência de recursos a empresas privadas?

Segundo orientação firmada a partir do despacho aditivo da Chefia ao Parecer AJG nº 1.121/2000, da extinta Assessoria Jurídica do Governo, *“a vedação constante do artigo 19 da Lei federal nº 4.320/64 diz*

respeito à ajuda financeira a empresa de fins lucrativos, no tocante ao desempenho da atividade inerente ao seu objeto social”. Assim, desde que a verba pública seja repassada a entidades de fins lucrativos para ser *“empenhada em atividade não lucrativa, em que a sociedade civil ou comercial mire apenas o interesse da comunidade”*, não há óbice à celebração de convênio. Essa conclusão está alicerçada no entendimento de que a Lei das Sociedades Anônimas atribui responsabilidades sociais às companhias, facultando-lhes, inclusive, a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe, mediante autorização de seu conselho de administração ou de sua diretoria (art. 154, § 4º, da Lei federal nº 6.404/76), de sorte que o Estado pode com elas neste campo cooperar.

Entre os exemplos mais frequentes de parceria dessa natureza estão os projetos voltados para a preservação do meio ambiente, amparo a crianças e adolescentes carentes, bem como nas áreas da educação, arte e cultura, patrocinados e executados por empresas em benefício da coletividade¹⁴.

3.2. Transferência de recursos para a execução de atividade lucrativa

Situação diversa é aquela em que o Poder Público pretende aplicar recursos para criar condições favoráveis a que as empresas possam se desenvolver e realizar seu objeto social, de forma a gerar um benefício **indireto** para a coletividade. Nesse caso, ele busca, por meio de convênios e ajustes assemelhados, fomentar a execução de atividades de interesse público ou o desenvolvimento econômico e social de seu território.

Nesse ponto residem as maiores controvérsias jurídicas, como revelam os seguintes precedentes:

14 Conforme assentado no Parecer PA nº 265/2007, que examinou hipótese de doação de serviços ao Estado, *“Para consecução dessa finalidade social os esforços da iniciativa privada podem ser licitamente acrescidos ao esforço desenvolvido pelo Estado, sem que se possa apontar de forma apriorística qualquer lesão ao ordenamento jurídico. Cada vez mais as ações públicas não são custeadas exclusivamente pelos recursos arrecadados compulsoriamente da sociedade com os tributos. A colaboração pode validamente se dar pela via da participação voluntária das empresas, a partir da assunção da responsabilidade social da sua atividade.”*

3.2.1. Precedente da PGE/SP: inviabilidade

Na origem do precitado Parecer AJG nº 1.121/2000 estava uma proposta de celebração de convênio com o Estado apresentada pela empresa denominada “Um Minuto Marketing e Produções Culturais Ltda.”, que pleiteava a concessão de apoio financeiro para a realização do “VIII Festival Mundial do Minuto 2000”, cujo objetivo era criar um desafio de linguagem, consistente em sintetizar, em 60 segundos, todo o conteúdo da produção do artista. A conclusão foi pela inviabilidade da celebração do convênio, porque a proponente, empresa organizada na forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada e, inequivocamente, com finalidade lucrativa, ostentava em seu objeto social atividades muito próximas às que seriam implementadas no evento.

3.2.2. Precedente da PGE/RJ: acordo de programa

No mesmo ano, 2000, a Procuradoria de Serviços Públicos da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro examinou consulta sobre uma proposta parecida apresentada pela MAC Comunicação e Produção Ltda., empresa privada, com fins lucrativos, que, pretendendo realizar um filme que tinha como foco principal a cultura musical carioca, solicitava o apoio financeiro do Estado no valor equivalente a menos de 10% de seu orçamento total, comprometendo-se, em troca, a lhe ofertar bens e serviços¹⁵.

Diversamente, a PGE/RJ entendeu tratar-se de hipótese de fomento público a uma “atividade econômica de interesse público”, cuja execução o Estado poderia estimular. Observou, no entanto, que, na área de fomento econômico, científico e cultural, “o apoio do Estado não representa uma mera conjugação desinteressada de esforços”, mas “também não consubstancia uma relação comutativa¹⁶”, característica do contra-

15 Parecer nº 11/2000, de autoria de Alexandre Santos de Aragão, publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002, vol. 55, p. 280/286.

16 Segundo o autor, a comutatividade deve ser entendida como “o compromisso de cada uma das partes a fornecer à outra uma coisa que é vista como equivalente àquela que deverá ser dada em troca” (BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987, p. 101).

to. Reconheceu que, nesses casos, “o desenvolvimento de atividade econômica privada coincide com o interesse público”.

O parecer registrou que, embora alguns autores, a exemplo de **Maria Sylvia Zanella di Pietro**, qualifiquem esses acordos administrativos como convênios, os precedentes da Casa adotavam “**um conceito mais restrito de convênio**”, que contemplava “apenas as conjunções de esforços desinteressados”, o que, de pronto, excluía a possibilidade de celebração de atos negociais dessa natureza com entidades de fins lucrativos. Terminou por concluir que a hipótese examinada correspondia a um daqueles atos bilaterais híbridos, que não se enquadravam nos conceitos estritos de contratos e convênios, subsumindo-se ao que **Diogo de Figueiredo Moreira Neto** identificara como **acordos de programa**, em parecer proferido no exercício do cargo de Procurador Chefe da então Procuradoria Administrativa. Como tais compreendiam-se as “*manifestações solidárias de vontades de várias entidades, sendo ao menos uma entidade administrativa pública, que têm como objetivo comum constituir uma relação jurídica de cooperação ou colaboração, visando a coordenar a atuação das partes, no exercício de suas respectivas atividades, para realização de objetivo compartilhado*”.

Por fim, recomendou que a liberação das verbas fosse feita *pari passu*, de forma que a empresa produtora só viesse a receber subvenção “pelas despesas efetivamente realizadas e comprovadas”, e sugeriu que, (i) por questão de segurança jurídica, o órgão consulente aferisse a subsunção da proposta a alguma das hipóteses de inexigibilidade de licitação, observando o disposto no parágrafo único do artigo 26 de Lei federal nº 8.666/93, inclusive quanto à justificativa dos valores a serem financiados pelo Estado; (ii) a administração adotasse procedimento administrativo a fim de dar efetividade ao princípio da igualdade, caso não ficasse demonstrada a hipótese de inexigibilidade; (iii) fosse inserido no acordo de programa cláusula estabelecendo prazo para cumprimento das obrigações, bem como penalidades. Em suma, as providências recomendadas refletiam o entendimento de que o ajuste tinha natureza híbrida.

3.2.3. A atividade de fomento e a natureza jurídica da avença

Os precedentes citados datam de 2000 e ilustram as dificuldades que o tema ainda hoje nos apresenta. Por coincidência, ambos cuidavam de um tema sensível, que é a produção cultural. Como observou José Vicente Santos de Mendonça¹⁷, é possível que certas atividades nunca venham a ser viáveis se desempenhadas de modo não fomentado. Um dos exemplos é a indústria cinematográfica, que, na maioria dos países, embora seja deficitária, goza do consenso de que deve subsistir, por razões de interesse público.

Vale lembrar que, no âmbito da PGE/SP, não cogitamos da figura híbrida do acordo de programa, tampouco admitimos a imposição de multas ou outras sanções por descumprimento de convênio, entendimento esse que se reflete nas disposições do Decreto nº 59.215/2013.

Não há dúvida, entretanto, de que o convênio é essencialmente um instrumento de cooperação, colaboração e auxílio e, como tal, não comporta a ideia de preço, remuneração e lucro. Assim, quando o Estado soma seus esforços aos da iniciativa privada para fomentar uma atividade privada de interesse público ou o desenvolvimento econômico de seu território, de forma a gerar trabalho e renda para a população, os recursos repassados não têm natureza de preço, mas de subvenção. Logo, o vínculo que se forma não tem natureza de contrato, mas de convênio.

Essa, aliás, é a opinião de Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁸, que vê o convênio entre entidades públicas e entidades particulares “*como modalidade de fomento*”¹⁹. Segundo a autora, o fomento se caracteriza “*por ser uma forma de incentivar a iniciativa privada de interesse público*”, estímulo que “*é dado sob forma de auxílios financeiros ou subvenções*”

17 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, vol. 65, p. 115/176.

18 Parcerias na Administração Pública, 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 192/193.

19 Citando os ensinamentos de Juan Carlos Cassagne, para quem “*o fomento aparece como uma ajuda, um estímulo, tendente a que os particulares possam realizar suas próprias finalidades comerciais ou industriais*”, a autora observa que “*o Estado, em vez de desempenhar, ele mesmo ou por meio de suas empresas, determinadas atividades comerciais, industriais ou financeiras, apenas incentiva ou auxilia o particular que queira fazê-lo; (...)*”.

por conta do orçamento público, financiamentos, favores fiscais, desapropriações de interesse social (...)”.

3.2.4. O entendimento do Tribunal de Contas da União

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União alberga esse mesmo entendimento. Ao julgar tomada de contas especial instaurada pela Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP), empresa pública federal vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, contra uma empresa privada e seus sócios administradores, em razão da inexecução parcial do projeto “Desenvolvimento de produtos para recepção de televisão digital”, objeto de **contrato de concessão de subvenção econômica**, a Corte de Contas decidiu que, apesar de denominado contrato, o ajuste tinha **natureza jurídica de convênio** (Acórdão 7436/2016 – Primeira Câmara – Relator: Bruno Dantas – publicado no Boletim de Jurisprudência nº 155, de 23/01/2017).

Nos termos do voto do Ministro Relator, *“embora se fale em ‘contrato’, a subvenção econômica configura uma transferência voluntária de uma entidade pública para uma pessoa jurídica, pública ou privada, visando ao atingimento de um interesse comum, consoante art. 12, § 3º, da Lei 4.320/1964”*. Em consequência, incidia no caso a **Súmula 286/2014 – TCU**, segundo a qual *“A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos”*²⁰.

20 Conquanto os sócios responsáveis sustentassem que a subvenção é uma doação cujo único objeto é a promoção e o estímulo de determinada atividade relevante ao interesse público e que o objetivo de desenvolver experiências e ampliar o conhecimento tecnológico na área teria sido atingido, o Tribunal entendeu que *“o objetivo maior do contrato era de que a sociedade se beneficiasse com a comercialização dos produtos desenvolvidos, o que não ocorreu”*. E, uma vez que os responsáveis não obtiveram êxito em comprovar a utilidade ou serventia do que fora executado, determinou a devolução integral do montante transferido, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora, à conta do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), disciplinado pela Lei federal nº 11.540, de 12.11.2007. Conforme ressaltou o relator, a jurisprudência da Corte *“é remansosa no sentido de que a execução parcial do objeto de um convênio, ajuste, acordo ou congêneres só será considerada para fins de redução do valor do débito quando a parcela concluída for comprovadamente aproveitável para a finalidade esperada. Em caso contrário, o débito será no valor total repassado”*.

3.3. Subvenção econômica

Nesse ponto, é crucial esclarecer que o ordenamento jurídico nacional não proíbe a concessão de benefícios econômicos para entidades privadas de fins lucrativos^{21 22}. A destinação de recursos para o setor privado, na forma de subvenção econômica, é referida, por exemplo, nos artigos 70²³, 74, II²⁴ e 219-A²⁵, da Constituição Federal. O que a Lei federal nº 4.320/64²⁶ exige é que a concessão da benesse “*tenha sido expressamente autorizada em lei especial*” (art. 19).

Vejam que a lei federal define as subvenções como “*as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas*” (art. 12, § 3º) e as distingue em sociais e econômicas. As **sociais** se destinam a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, **sem finalidade lucrativa** (inc. I) e as **econômicas**, “*a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoral*” (inciso II).

Depreende-se do texto legal que as subvenções econômicas são transferências que visam a cobrir despesas de custeio de empresas. São

21 SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Da concessão de benefícios econômicos pelo poder público à empresa privada, como incentivo à industrialização*. Disponível em: http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigos_Testes_Estudos/Tese_incentivo_empresas.pdf

22 MENDONÇA, José Vicente Santos de, 2010, op. cit.

23 Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

24 Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

25 Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei.

26 Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

classificadas como tais “*as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis*” (art. 12, § 1º, da Lei federal nº 4.320/64).

3.3.1. Orientação do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul: requisitos

Ao responder à consulta objeto do TC/1498/2014, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul fez didática explanação sobre esse tema, culminando por sublinhar que, como regra, a concessão de subvenções econômicas exige o cumprimento de certos requisitos, como: (i) ter sido expressamente autorizada em lei especial (art. 19 da Lei federal nº 4.320/64); (ii) atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias; (iii) estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais (art. 26 da Lei Complementar nº 101/2000²⁷); (iv) no caso de empréstimos, os encargos financeiros, comissões e despesas congêneres não sejam inferiores aos definidos em lei ou ao custo de captação (art. 27 da Lei Complementar nº 101/2000²⁸); (v) que a empresa privada apresente boas condições financeiras (art. 17 da Lei 4.320/64²⁹) e (vi) comprove capacidade jurídica e regularidade fiscal.

3.3.2. Subvenção para a instalação de empresas

Por unanimidade, o Tribunal Pleno da Corte de Contas sul-mato-grossense decidiu que o Poder Público pode, com fundamento no artigo 12, § 3º, inciso II, da Lei federal nº 4.320/64, “**ceder imóvel alugado para**

27 LC 101/2000: Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital.

28 Art. 27. Na concessão de crédito por ente da Federação a pessoa física, ou jurídica que não esteja sob seu controle direto ou indireto, os encargos financeiros, comissões e despesas congêneres não serão inferiores aos definidos em lei ou ao custo de captação.

29 Art. 17. Somente à instituição cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização serão concedidas subvenções.

uma empresa privada que vise a se instalar ou ampliar suas instalações no município”. Por idêntica razão, pode “**realizar serviços** de terraplenagem, aterro e drenagem de área”, como forma de incentivar a implantação de novas unidades industriais no município. Advertiu que, por se tratar de subvenção econômica, tais benefícios devem ser expressamente autorizados por lei especial (art. 19 da Lei 4.320/64), atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar previstos no orçamento ou em seus créditos adicionais (art. 26 da Lei Complementar nº 101). Frisou, por fim, que as políticas de incentivo à industrialização devem ter como norte a obediência aos princípios aplicáveis à administração pública, inscritos no artigo 37 da Constituição Federal, e, não menos importante, que a contraprestação da iniciativa privada deve ser a geração de emprego e renda.

3.3.3. Vedações

Ainda em conformidade com a orientação do referido Tribunal de Contas, não se admite “*auxílio financeiro que vise cooperar com a indústria/empresa no sentido de custear despesas de aluguel, despesas de manutenção e outras despesas correntes*”, pois, “*sendo o auxílio financeiro uma transferência de capital (art. 13 da Lei nº 4.320/64) que deriva diretamente da Lei do Orçamento (art. 12, § 6º, da Lei nº 4.320/64)*³⁰, só poderia ser aplicado em uma despesa de capital”, não para custear despesas correntes (TCE/MS – TC/1498/2014).

É importante sublinhar que o repasse direto de recursos públicos para a formação ou aquisição de bens de capital³¹ de entidades privadas de fins lucrativos é proibido pela Lei federal nº 4.320/64. Ao interditar a

30 § 6º São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.

31 Art. 12 (...)

§ 4º Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.

possibilidade de se consignar no orçamento “*auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio das empresas privadas de fins lucrativos*” (art. 21), o legislador pretende evitar que o Poder Público concorra para o aumento do patrimônio de empresas privadas com transferências de recursos que se originam de fontes públicas de receita³².

Nessa linha, registramos decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que julgou irregular a concessão de subvenção econômica pelo Município de Artur Nogueira e condenou a empresa beneficiária à restituição do valor recebido, devidamente atualizado (TC 2743/003/05). De acordo com a decisão, embora autorizada por lei específica, “*a transferência de recursos para a construção de uma unidade industrial tem uma conotação clara de investimento e, portanto, de despesa capital, sendo incompatível a aplicação da regra da subvenção econômica*”.

No âmbito da PGE/SP não se admitiu a celebração de convênio do Estado com associação civil para transferência de recursos financeiros que seriam destinados à construção de um prédio de incubadora de empresas de base tecnológica, porque, sendo ela mera comodataria, ainda que por trinta anos, ao final, a edificação iria se incorporar ao imóvel e, portanto, ao patrimônio do proprietário, um conglomerado formado por empresas privadas.

Releva notar que, mesmo após a doação do imóvel à associação, a PGE/SP considerou que o obstáculo legal persistia, porque era evidente que a obra se destinava a favorecer o doador, proprietário do condomínio empresarial onde seria instalada a incubadora de empresas. O exame da proposta de convênio revelava que toda a estrutura montada, com forte investimento de recursos públicos, ao final, estaria voltada “a gerar ganhos econômicos, ainda que indiretos, para a empresa com finalidade lucrativa”. A conclusão inevitável foi no sentido de que não é possível que o convênio com uma entidade sem fins lucrativos seja utilizado para enriquecer o patrimônio de empresa com fins lucrativos³³.

32 MACHADO JR., José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 33. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBAM, 2010, p. 59.

33 Parecer PA nº 131/2010.

3.4. Prestação de serviços ou atividades essenciais

O Poder Público pode efetuar a extensão dos serviços de fornecimento de água potável e energia, de coleta e tratamento de esgoto, realizar abertura e duplicação de vias e logradouros públicos, bem como construir ou ampliar distritos industriais, com o objetivo de incentivar a instalação de empresas privadas em seu território. A disponibilização desses serviços e a realização de obras de infraestrutura *não constituem subvenção econômica, tampouco dependem de celebração de avença com o particular, por se tratar de prestação de serviços ou atividades essenciais* (art. 10, incisos I e VI, da Lei federal nº 7.783/89) ou, ainda, casos que a lei considera de utilidade pública (art. 5º, alínea “i”, §1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41³⁴).

3.5. Cooperação na área de CT&I

Não poderíamos deixar de mencionar os convênios na área de ciência, tecnologia e inovação (CT&I) e registrar que, na esteira do que dispõe a Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 85/15, a Lei federal nº 10.973/2004³⁵, alterada pela Lei nº 13.243/2016, autoriza a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento a estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas, Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs) e entidades privadas sem fins lucrativos voltados

34 Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;

(...)

§ 1º – A construção ou ampliação de distritos industriais, de que trata a alínea *i* do *caput* deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades correlatas, bem como a venda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas (Incluído pela Lei nº 6.602, de 1978).

35 Estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal.

para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos, processos e serviços inovadores e a transferência e a difusão de tecnologia (art. 3º).

Referida lei, que veicula normas gerais sobre ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação, prevê que referidos entes, diretamente ou por suas Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs públicas), poderão (i) apoiar a criação, a implantação e a consolidação de ambientes promotores da inovação, incluídos parques e polos tecnológicos e incubadoras de empresas, como forma de incentivar o desenvolvimento tecnológico, o aumento da competitividade e a interação entre as empresas e as ICTs (art. 3º-B, *caput*); (ii) ceder o uso de imóveis para a instalação e a consolidação de ambientes promotores da inovação, diretamente às empresas, mediante contrapartida obrigatória, financeira ou não financeira (art. 3º-B, § 2º, I); (iii) atrair centros de pesquisa e desenvolvimento de empresas estrangeiras, promovendo sua interação com ICTs e empresas brasileiras e oferecendo-lhes o acesso aos instrumentos de fomento, visando ao adensamento do processo de inovação no País (art. 3º-C).

Os instrumentos de cooperação entre os entes públicos e empresas, no campo da CT&I, deverão ser objeto de estudo próprio. Mas é importante registrar que a Lei federal nº 10.973/2004 prevê, em seu artigo 4º, que as ICTs públicas poderão, mediante contrapartida financeira ou não financeira e por prazo determinado, celebrar convênios ou contratos para: (i) compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com ICT ou empresas em ações voltadas à inovação tecnológica para consecução das atividades de incubação; (ii) permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências por ICT, empresas ou pessoas físicas voltadas a atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação; (iii) permitir o uso de seu capital intelectual em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação. O compartilhamento e a permissão deverão ser precedidos de procedimento que assegure igualdade de oportunidades a empresas e demais organizações interessadas (art. 4º, parágrafo único).

As ICTs públicas e empresas privadas também poderão celebrar convênio para formalizar parceria visando à realização de atividades

conjuntas de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo (art. 6º, § 1º-A).

Para atender às prioridades das políticas industrial e tecnológica nacional, a lei permite aos entes públicos conceder a empresas brasileiras recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação (art. 19, *caput*). Dentre os vários instrumentos de estímulo à inovação nas empresas que a lei autoriza estão a concessão de subvenção econômica, financiamentos e bolsas. No que concerne especificamente à concessão da subvenção econômica, a lei é taxativa ao dispor que ela “implica, obrigatoriamente, a assunção de contrapartida pela empresa beneficiária, na forma estabelecida nos instrumentos de ajuste específicos” (art. 19, § 3º) e admite que os recursos sejam destinados para despesas de capital e correntes, desde que voltadas preponderantemente à atividade financiada (§ 8º).

Em suma, o legislador buscou estimular a cooperação entre os setores público e privado a fim de promover o processo de inovação das empresas e tornar nossos produtos mais competitivos. De fato, a economia brasileira apresenta uma importante defasagem em relação às mais desenvolvidas e são poucas as empresas que têm capital e expertise necessários para investir em pesquisa e no desenvolvimento de novas tecnologias, novos produtos e processos produtivos.

A Lei federal nº 10.973/2004, alterada pela Lei n.º 13.243/2016, aguarda nova regulamentação tanto no âmbito da União quanto do Estado de São Paulo³⁶, mas, desde já, os instrumentos de incentivo nela dispostos para promover a interação entre as ICTs e empresas impõem-nos uma nova reflexão sobre os convênios e atos negociais congêneres. Como nos foi dado perceber, o estímulo visa a auxiliar o desenvolvimento de atividades privadas com finalidades lucrativas, com meios públicos. Isso, por si só, é incompatível com a ideia de que recursos públicos não podem ser transferidos às empresas privadas para execução de atividades inerentes ao seu objeto social.

36 A Lei Complementar nº 1.049/2008 “Dispõe sobre medidas de incentivo à inovação tecnológica, à pesquisa científica e tecnológica, ao desenvolvimento tecnológico, à engenharia não rotineira e à extensão tecnológica em ambiente produtivo, no Estado de São Paulo, e dá outras providências correlatas”.

3.6. O convênio como instrumento de cooperação público-privada: necessidade de aprimoramento da regulamentação

Como vimos, por se tratar de um instrumento de cooperação, o convênio pode ser utilizado para a formalização de concessão de subvenção às empresas privadas.

No Estado de São Paulo, a celebração de convênios e a instrução dos processos respectivos, no âmbito do Administração Centralizada e Autárquica, devem obedecer às disposições do Decreto nº 59.215/2013. Embora sejam apropriadas para disciplinar a relação **público-público**, hoje elas se revelam insuficientes para regular a relação **público-privada**, especialmente quando o parceiro privado persegue finalidade lucrativa.

As lacunas existentes não permitem, todavia, que a decisão sobre a transferência de recursos públicos ao setor privado fique ao exclusivo talante do administrador. Para atender ao princípio da igualdade, o Poder Público deve, antes de tudo, realizar um procedimento administrativo transparente, regido por critérios objetivos de julgamento, salvo se inexistente a possibilidade de competição. De acordo com a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União, esse procedimento deve garantir aos interessados o direito de recurso³⁷.

A par disso, a outorga de benefícios às empresas privadas deve ser balizada pelo princípio da razoabilidade³⁸, expressamente previsto na Constituição Paulista (art. 111). Disso decorre que a decisão administrativa deve estar lastreada em estudos prévios que demonstrem, no mínimo, os investimentos que deverão ser feitos pelas empresas, sua capacidade de produção, de geração de empregos diretos e indiretos e de renda

37 Em processos de seleção pública para programa de subvenção econômica a empresas, mesmo que sob a forma informatizada, deve existir previsão de fase recursal para todas as etapas ou decisões de que possam resultar prejuízos para os participantes, observadas as prescrições da Lei 9.784/1999. (TCU, Acórdão 1659/2010 – Plenário – Relator: Augusto Sherman).

38 No dizer da Prof^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *ele exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto* (Direito Administrativo, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 81).

para a população, bem como a estimativa de impostos que poderão ser arrecadados.

Nesse sentido é a opinião de **Mário Sérgio de Albuquerque Schirmer e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini**³⁹, para quem a concessão de benefícios desarrastados a empresas privadas, sem a existência de benefícios proporcionais em prol de toda a coletividade, fere o princípio da moralidade e pode até mesmo configurar ato de improbidade administrativa.

3.7. Resumo

Para sumariar, podemos afirmar que o nosso ordenamento jurídico não veda a transferência de recursos públicos às entidades privadas de fins lucrativos. O que se proíbe é o fomento praticado pelo Estado sem prévia autorização legal (art. 19 da Lei federal nº 4.320/64) e a concessão de favores sem a estrita observância da respectiva disciplina legal. Assim, se houver lei especial autorizando a concessão de subvenção e, desde que atendidos os demais requisitos, especialmente aqueles fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal, o Poder Público pode, por meio de convênio, transferir recursos às empresas privadas para serem aplicados em atividades inerentes ao seu objeto social. Se não houver autorização legal, na linha do precedente Parecer AJG nº 1.121/2000, os recursos só poderão ser repassados às empresas privadas para serem empenhados em atividade não lucrativa, que mire o interesse da comunidade.

Dada a crescente complexidade das relações jurídicas abrigadas sob a denominação genérica de convênio, que não podem ser analisadas sob um mesmo prisma, como se iguais fossem – até porque a relação público-público não se assemelha à relação público-privada – é necessário refletir sobre os limites desse instrumento e, principalmente, se ele é adequado para regular as mais diversas parcerias entre a administração pública e os entes privados de fins lucrativos. Ou se, ao contrário, é ne-

39 “Destarte, o interesse público vislumbrado no aumento de arrecadação e na geração de empregos deve ser proporcional aos incentivos oferecidos aos beneficiários. Em razão disto, não será possível a concessão de incentivos exagerados, desproporcionalmente onerosos ao Poder Público em relação aos benefícios de interesse público proporcionados pela empresa. Esta proporção somente poderá ser aferida no caso concreto, onde será detidamente analisada a relação custo/benefício entre os incentivos concedidos pelo Poder Público e as contraprestações oferecidas pelo beneficiário” (ob. cit).

cessário caminhar para uma solução que contemple as particularidades dos ajustes que envolvem fomento público a empresas privadas e apartá-los das demais formas de cooperação celebradas pelo Estado, a exemplo do que se sucedeu com as parcerias firmadas com as entidades sem fins lucrativos abrangidas pela Lei federal nº 13.019/2014, reguladas pelo Decreto nº 61.981/2016.

Não se trata apenas de trocar de rótulos, mas de traçar uma disciplina que dê segurança jurídica aos administradores públicos e às empresas privadas e, ao mesmo tempo, fomenta o desenvolvimento de atividades privadas consideradas de interesse público, mediante regras claras e procedimento que garanta a efetivação do princípio da isonomia.

4. Conclusão

- a) As parcerias entre a Administração e as entidades privadas com finalidade lucrativa permanecem reguladas pela Lei federal nº 8.666/93, em especial pelo artigo 116, e pelo Decreto nº 59.215/2013, estando afastada a incidência da Lei federal nº 13.019/2014.
- b) O conceito de convênio adotado pela PGE/SP é amplo e abrange tanto os ajustes entre entes públicos quanto entre estes e entidades privadas de fins lucrativos.
- c) É viável a realização de convênios com empresas privadas, sem previsão de repasse de recursos materiais ou financeiros.
- d) O fato de o conveniente ser uma empresa privada não impede a celebração do ajuste, em razão do disposto no artigo 154, § 4º, da Lei federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que faculta ao conselho de administração ou à diretoria autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa.
- e) Os convênios com empresas privadas não necessitam de prévia licitação, bastando, para atendimento dos princípios da isonomia e da impessoalidade, que se abra oportunidade para todos potenciais interessados em prestar os mesmos serviços em prol da comunidade, o que poderá ser feito por meio de comunicado público, sendo vedada a exploração do ajuste para fins publicitários do partícipe de direito privado.

- f) Convênios com empresas privadas devem sempre ser precedidos de comunicado público com ampla divulgação, de forma a assegurar igualdade de oportunidade a todas as interessadas.
- g) Admite-se, no âmbito da PGE/SP, a celebração de convênio com empresas privadas, com previsão de repasse de recursos financeiros e materiais a serem empenhados em atividade não lucrativa, em que se mire apenas o interesse da comunidade.
- h) O ordenamento jurídico nacional não proíbe a concessão de benefícios econômicos para empresas privadas, estando a subvenção econômica referida na Constituição Federal e disciplinada na Lei federal nº 4.320/64.
- i) A avença que implique concessão de subvenção econômica deve atender às condições exigidas para tanto, como (i) ter sido expressamente autorizada em lei especial (art. 19 da Lei federal nº 4.320/64); (ii) atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias; (iii) estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais (art. 26 da Lei Complementar nº 101/2000); (iv) no caso de empréstimos, os encargos financeiros, comissões e despesas congêneres não podem ser inferiores aos definidos em lei ou ao custo de captação (art. 27 da Lei Complementar nº 101/2000); (v) que a empresa privada apresente boas condições financeiras (art. 17 da Lei 4.320/64) e (vi) comprove capacidade jurídica e regularidade fiscal.
- j) A concessão de subvenção econômica deve ter como norte a obediência aos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública e deve estar lastreada em estudos prévios que demonstrem, no mínimo, os investimentos que deverão ser feitos pela empresa privada, sua capacidade de produção, de geração de empregos diretos e indiretos e de renda para a população, bem como a estimativa de impostos que poderão ser arrecadados.
- k) A concessão de benefícios desarrazoados a empresas privadas, sem a existência de benefícios proporcionais para a coletividade, fere o princípio da moralidade e pode configurar ato de improbidade administrativa.
- l) A outorga de benefícios aos particulares deve atender ao princípio da igualdade, o que impõe ao Poder Público a realização de um procedi-

mento administrativo transparente, regido por critérios objetivos de julgamento, ressalvada a hipótese de inexigibilidade de competição.

- m) O repasse direto de recursos públicos para a formação ou aquisição de bens de capital de empresas privadas é proibido pelo artigo 21 da Lei federal nº 4.320/64.
- n) Por meio de parcerias com empresas, em matéria de CT&I, as ICTs públicas poderão (i) compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações; (ii) permitir a utilização de seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações existentes em suas próprias dependências e (iii) permitir o uso de seu capital intelectual em projetos de pesquisa, desenvolvimento e inovação.
- o) Para atender às prioridades das políticas industrial e tecnológica nacional, a lei permite aos entes públicos conceder a empresas brasileiras recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura destinados a apoiar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação.
- p) No que concerne especificamente à concessão da subvenção econômica, em matéria de CT&I, a lei admite que os recursos sejam destinados para despesas de capital e correntes, desde que voltadas preponderantemente à atividade financiada.
- q) O “contrato” de concessão de subvenção econômica tem natureza jurídica de convênio, segundo o TCU (Acórdão 7436/2016 – Primeira Câmara).
- r) Embora sejam apropriadas para disciplinar a relação público-público, as disposições do Decreto nº 59.215/2013 revelam-se insuficientes para regular a relação público-privada, especialmente quando o parceiro privado persegue finalidade lucrativa.
- s) Dada a diversidade e a crescente complexidade das relações jurídicas abrangidas sob a denominação genérica de convênio, é de se cogitar sobre a conveniência de se estabelecer uma regulamentação própria para as avenças com empresas privadas, quando envolverem fomento a atividades privadas consideradas de interesse público.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Parecer nº 11/2000*, in: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002, vol. 55.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

ESTEFAM, Mara Christina Faiwichow. *Da Seleção de Entidades Privadas nos Convênios Administrativos*, in: Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – volume 5 – Número 1 (Jan/Dez 2014).

HAVRENNE, Michel François Drizul. *Breves Anotações sobre os Convênios Administrativos*, in: Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, vol. XVII, 2010.

MACHADO JR., J. Teixeira & REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal*, 33. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBAM, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. Vários colaboradores. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não paternalista*, in: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, vol. 65.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque & BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes, *Da concessão de benefícios econômicos pelo poder público à empresa privada, como incentivo à industrialização*, http://www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Artigos_Testes_Estudos/Tese_incentivo_empresas.pdf.

Convênios com fundações governamentais de direito privado e empresas estatais

Patricia Helena Massa¹

Renata Santiago Pugliese²

Sumário: 1. Breves considerações sobre o tema: a posição institucional quanto à viabilidade de celebração do ajuste. 2. Da ausência de regramento específico sobre o tema e da possibilidade de repasse de recursos para entidades da administração indireta. 2.1. Da possibilidade de celebração de convênio de despesa com entidades da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado. 2.2. Das regras aplicáveis ao ajuste. 3. Propostas de consolidação de entendimento. Bibliografia.

1. Breves considerações sobre o tema: a posição institucional quanto à viabilidade de celebração do ajuste

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo possui entendimento firme³ quanto à possibilidade de celebração de convênio com pessoas

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

3 Os diversos precedentes da Assessoria Jurídica do Governo foram compilados no item 7 do parecer AJG nº 91/2007: “7. Os precedentes desta Assessoria Jurídica são vários, todos em relação à celebração de convênios com pessoas jurídicas de direito privado (muitas com finalidade lucrativa), **sem ônus para o Estado e sem exclusividade**, tendo por objeto a cooperação visando à capacitação de servidores, na área de informática, mediante a realização de cursos, palestras etc. (Pareceres AJG nºs 1012/05, cópia anexa, 0821/05,

jurídicas de direito privado com finalidade lucrativa, ainda que não integrantes da administração indireta, desde que sem ônus para o Estado – ou seja, sem repasse de recursos para o parceiro privado – e sem exclusividade, o que pressupõe a prévia realização de chamamento público para escolha do conveniente ou celebração de ajuste com todos os interessados.

Com relação às organizações da sociedade civil (conceito que alberga as fundações governamentais de direito privado⁴), a celebração de convênio com repasse de recursos não apenas é possível, como foi objeto de recente e detida regulamentação pela Lei federal nº 13.019/2014.

Em decorrência, a celebração de convênio com entidades da administração indireta sem transferência de recursos pelo Estado e, no caso das fundações governamentais de direito privado, também com repasse de recursos, não parece encontrar nenhuma resistência do ponto de vista jurídico, senão ressalvas pontuais.

De fato, o questionamento quanto à viabilidade de celebração de convênio apenas se faz presente quando as entidades privadas convenientes possuem natureza empresarial – seja prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica em sentido estrito – e há pretensão de repasse de recursos pelo Estado, em especial quando o escopo do convênio está inserido na atividade econômica usualmente desenvolvida

0762/05, 0712/05, dentre outros); a compilação, divulgação, com posteriores atualizações da legislação e atos regulamentares que incidem sobre a atividade da construção civil no Estado de São Paulo, bem como a divulgação das licitações públicas no Estado na área de edificação e construção pesada, no *site* da internet da empresa Press Comunicações Ltda. (Parecer AJG nº 0687/03); a implementação de ações sociais de combate à fome, mediante a doação pela empresa de 60.000 kg de produtos alimentícios, de sua produção, para entidades assistenciais, indicadas pela Pasta, bem como ministrar curso de capacitação – Programa Nutrir para Instituições Sociais, para profissionais indicados pela SEADS (Parecer nº 0725/03); a cooperação material para o reforço do policiamento comunitário junto à zona rural, mediante a disponibilização de veículo e doação de bens (Parecer AJG nº 0932/03, cópia anexa). Por meio do Parecer AJG nº 1688/2005 foi analisada a viabilidade de edição de decreto, integrado por instrumento-padrão, autorizando a Secretaria da Segurança Pública a celebrar convênios com entidades públicas ou privadas visando à colaboração em atividades de segurança pública (cópia anexa).”

4 Para melhor entendimento do conceito de fundações governamentais de direito privado, recomendável a leitura do despacho de aprovação do Parecer AJG nº 139/1997, que aborda a questão de forma profunda e didática.

pela entidade, sendo um objeto, em tese, licitável pela Administração Pública.

Embora o tema ainda não tenha sido objeto de profunda análise pela Procuradoria Administrativa, encontramos alguns precedentes da extinta Assessoria Jurídica do Governo (atribuição atualmente desempenhada pela Assessoria Jurídica do Gabinete) e da Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria pela possibilidade de celebração do Ajuste.

Em linhas gerais, entende-se que, para celebração de convênio de despesa⁵ com empresas estatais, basta a convergência de interesses na execução do objeto – consagrada na aderência do escopo do convênio ao objeto social da Companhia – e a ausência de previsão de pagamento com caráter retributivo. Para essa espécie de convênios, entende-se possível apenas o ressarcimento dos custos operacionais necessários à execução do convênio, como consignado no item 13.6 do Parecer AJG nº 613/2011:

13.6. Considerando a natureza jurídica do instrumento em exame (convênio), observo que é juridicamente inviável o pagamento a título de remuneração, taxa de gerenciamento ou taxa de administração de qualquer atividade desenvolvida pela DERSA. Cabe ao Estado apenas ressarcir os custos operacionais em que a DERSA incorrer nas atividades relacionadas à execução do objeto do ajuste. A natureza de mero ressarcimento de despesas (reembolso) deverá ser claramente identificável nas prestações de contas a serem apresentadas. Vale dizer, admite-se o reembolso de despesas assumidas pela DERSA para o desempenho de suas atividades contempladas no ajuste e no plano de trabalho, sendo inviável, como se disse, qualquer forma de remuneração ou vantagem pecuniária. (grifo no original)

Por fazerem referência a elementos constantes do processo administrativo dos casos concretos enfrentados, não resta claro, da análise dos precedentes, quais custos operacionais podem ser ressarcidos: se apenas o custo de eventuais contratações ou se os custos administrativos neces-

5 Convênio em que o Estado atua como Concedente, repassando recursos ao outro partícipe (Conveniente).

sários à execução do objeto, como o gasto material e de pessoal para a realização de licitações.

Por outro lado, quanto ao cabimento dessa espécie de ajuste, verifica-se, da análise dos precedentes, em especial dos relacionados à DERSA⁶ e à EMAE⁷, a preocupação em assinalar a aderência do objeto do convênio ao serviço público desempenhado pela Companhia.

Com efeito, apenas no recente precedente envolvendo a CPOS – empresa estatal que atua no ramo da construção civil – defende-se, de forma expressa, a existência de discricionariedade da Administração para celebrar convênio ou contrato com suas empresas estatais, independentemente de ser prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica em sentido estrito.⁸

Entretanto, por se tratar de precedentes analisados a partir de casos específicos, propomos a seguir uma análise vertical do tema, partindo da legislação em vigor para formular propostas de orientação.

6 No Parecer GPG/Cons nº 43/2008, que aborda questionamento da DERSA quanto à necessidade de ressarcimento da Companhia por custos administrativos diante da concessão da obra executada no âmbito de convênio, a parecerista sustenta ser a DERSA mero instrumento de descentralização, ressaltando a ausência de perspectiva de resultado lucrativo. Ao cabo, conclui pela necessidade de ressarcir a Companhia pelos custos efetivamente vinculados à execução do objeto, em cumprimento ao convênio celebrado. Por sua vez, o Parecer AJG nº 613/2011, que conclui pela viabilidade de celebração do ajuste, vale-se de argumentos expendidos no Parecer GPG/Cons nº 43/2008, no sentido de ser a DERSA “mera ‘executora’, ficando-lhe atribuída a execução, em seu nome, mas com recursos do Estado, de serviços públicos relativos ao empreendimento, e, nessa qualidade, poderia a referida empresa ser ressarcida dos recursos próprios e dos custos administrativos alocados à obra, em cumprimento às disposições do aludido convênio”.

7 No Parecer AJG nº 745/2009, destaca-se a justificativa apresentada pela EMAE, no sentido de a área para implantação do Parque estar incluída em seu contrato de concessão, o que justificaria a assunção da responsabilidade pela gestão do projeto.

8 De acordo com o Parecer SUBG/Cons nº 38/2016 e 43/2016, “o Estado cria uma empresa estatal por considerar que ela atuará com maior eficiência na consecução de determinado objetivo. Logo, nada mais lógico do que o Estado ajustar com as entidades a ele vinculadas, seja por contrato ou convênio, a finalidade pretendida. A escolha do instituto, evidentemente, ensejará a aplicação de determinado regime jurídico à relação, que influenciará, por exemplo, a possibilidade de previsão de lucro, a fixação de cláusula penal e a previsão do prazo do ajuste. Por esse motivo, antecedendo à decisão, deverão ser sopesadas as vantagens e desvantagens de cada modelagem”.

2. Da ausência de regramento específico sobre o tema e da possibilidade de repasse de recursos para entidades da administração indireta

Os convênios administrativos são regulados, de forma geral, pelo artigo 116 da Lei federal nº 8.666/93 e pelo Decreto estadual nº 59.215/2013.

Embora no âmbito federal a matéria tenha sido objeto de minuciosa regulamentação, o Estado de São Paulo se limitou a definir, por Decreto, o procedimento necessário à celebração dos ajustes, ficando a cargo das consultorias jurídicas dos órgãos convenientes e à Assessoria Jurídica do Gabinete (AJG) delimitar suas balizas.

Ocorre que, para a execução de seu *mister*, os Procuradores se valem, dentre outras fontes, de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que, em sua maioria, foram firmados com base na regulamentação federal, que, inequivocamente, não vincula o Estado de São Paulo.

Afinal, diante da autonomia administrativa dos estados consagrada no artigo 25 da Constituição da República, afora as normas gerais previstas na Lei federal nº 8.666/93, não está o Estado vinculado às regras federais relativas a convênios.

Diante desse cenário, para avaliar adequadamente a celebração de convênios entre a administração direta e suas entidades com personalidade jurídica de direito privado – empresas estatais e fundações governamentais de direito privado –, necessário se distanciar da abordagem proposta pela atual doutrina específica sobre convênios. Para tanto, propomos avaliar a legislação em vigor e os espaços interpretativos para disciplina da questão.

2.1. Da possibilidade de celebração de convênio de despesa com entidades da administração indireta com personalidade jurídica de direito privado

A Lei federal nº 8.666/93, em seu artigo 116, §1º, registra apenas a necessidade de fixação de metas, etapas e cronograma de execução no Plano de Trabalho, nada disciplinando sobre as hipóteses de cabimento do convênio.

Da mesma forma, o Decreto estadual nº 59.215/2013, que disciplina a celebração de convênios no Estado, se limita a tratar de questões procedimentais, tais como a autoridade competente para autorizar a celebração do convênio, os elementos essenciais para instrução do processo e o conteúdo mínimo do plano de trabalho (repetindo, neste ponto, a lei federal) e do termo de convênio.

A caracterização do instituto como meio adequado para reger parcerias entre os entes federados e as pessoas a ele vinculadas apenas foi positivada na recente Lei federal nº 13.019/2014, que, em seu artigo 84, parágrafo único, inciso I, assim dispõe:

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 – *omissis* (grifo nosso)

A legislação específica de convênios, portanto, não apresenta qualquer regra quanto ao seu cabimento.

No que toca à legislação financeira, a transferência voluntária de recursos está disciplinada no artigo 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que veda a destinação de recursos sem prévia autorização por lei específica para cobrir **necessidades gerais** de fundações e empresas estatais:

Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir **necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas** deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se a toda a administração indireta, inclusive **fundações públicas e empresas estatais**, exceto, no exercício de suas atribuições precípua, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil.

§ 2º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição

de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital. (grifos nossos)

No mesmo sentido são os artigos 18 e 19 da Lei federal nº 4.320/1964, que, ao disporem sobre subvenções econômicas, se referem a repasses para cobertura de *deficit*, não ao custeio de projeto específico, como é o caso dos convênios.

Art. 18. A cobertura dos *deficit* de manutenção das empresas públicas, de natureza autárquica ou não, far-se-á mediante subvenções econômicas expressamente incluídas nas despesas correntes do orçamento da União, do Estado, do Município ou do Distrito Federal.

Parágrafo único. Consideram-se, igualmente, como subvenções econômicas:

- a) as dotações destinadas a cobrir a diferença entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros materiais;
- b) as dotações destinadas ao pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais.

Art. 19. A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.

Portanto, não há, na legislação financeira aplicável ao Estado, previsão normativa que proíba, de forma expressa, o repasse de recursos financeiros para fundações e empresas estatais voltados à execução de projeto de interesse da Administração Direta.

Com efeito, a única limitação à livre celebração de convênios com as entidades da administração indireta parece decorrer do artigo 173 da Constituição da República e da legislação societária.

De acordo com o disposto no artigo 173, §1º, inciso II, e §2º, da Constituição da República, aplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, estas deverão se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Ademais, por força do artigo 238 da Lei Federal nº 6.404/76, o ente controlador da empresa estatal tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador, dentre os quais o de não levá-la a favorecer outra sociedade em prejuízo dos acionistas minoritários e de não contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, em condições de favorecimento ou não equitativas.

No mesmo sentido, o comando dirigido aos administradores da companhia, previsto no artigo 245 da Lei federal nº 6.404/76, que veda o favorecimento da sociedade controladora e determina que zelem “para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado”.

A preocupação com a comutatividade dos ajustes entre empresa controlada e controladora foi reafirmada na recém editada Lei federal nº 13.303/2016, que, no artigo 8º, inciso VII, exige que as empresas públicas e sociedades de economia mista elaborem e divulguem “política de transações com partes relacionadas, em conformidade com os requisitos de competitividade, conformidade, transparência, equidade e comutatividade, que deverá ser revista, no mínimo, anualmente e aprovada pelo Conselho de Administração.”

Por outro lado, não se pode olvidar que a Lei federal nº 6.404/76, em seu artigo 238, reconhece a possibilidade de as atividades da companhia serem orientadas “de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação”.

Exige-se do intérprete, portanto, uma solução intermédia, que privilegie a vocação das empresas estatais e considere a determinação constitucional de tratamento isonômico com relação às empresas privadas não estatais.

Com relação à primeira premissa, valioso o escólio de Mário Engler Pinto Junior, que afirma inexistir, no modelo constitucional brasileiro, “hipótese jurídica de a companhia controlada pelo Estado guiar-se exclusivamente pelos impulsos de mercado e de forma desvinculada do interesse público que lhe é peculiar”⁹. E acresce:

9 PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal – função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 228.

[...] a presença de acionistas privados no capital da empresa não altera a natureza e a intensidade do respectivo interesse público. A diferença entre ambas [empresas públicas e sociedades de economia mista] reside na forma de conciliar o interesse público com a finalidade lucrativa inerente ao tipo societário ou, mais especificamente, na fixação de um limite ao sacrifício à lucratividade da companhia para o cumprimento de sua missão pública.¹⁰

Assim, sob o prisma da vocação da entidade, desde que o convênio cuide da execução de projeto convergente com o interesse público que inspirou a criação da Companhia, plasmado em seu objeto social, nada obsta sua celebração, ainda que em prejuízo do lucro.

Com relação à segunda premissa, vale assinalar que conceder tratamento isonômico com relação às empresas privadas pressupõe não apenas deixar de conceder benefícios como também não causar prejuízos¹¹. Portanto, o Convênio não pode ser veículo de favorecimento da empresa nem da entidade contratante, devendo os interesses particulares daquela e os públicos dessa serem atendidos em igual medida.

Diante disso, parece adequado afirmar que a celebração de convênio de despesa com empresas estatais é possível desde que haja confluência de interesses na consecução do objeto conveniado – ínsito à natureza do ajuste – e não acarrete prejuízo ou benefício desproporcional para a empresa, o que apenas poderá ser avaliado no caso concreto.

A amplitude do cabimento dos convênios de despesa não permite concluir, entretanto, pela discricionariedade administrativa para optar entre a celebração de convênio ou contrato.

10 Idem, p. 233-234.

11 Como assinala Aragão (*In: Curso de Direito Administrativo*, p. 129), “os fins públicos institucionais podem justificar a mitigação (nunca a supressão) dos seus objetivos puramente lucrativos (ex.: um banco estatal pode fornecer créditos subsidiados a pequenos agricultores ou uma estatal de petróleo pode ter de construir um gasoduto de integração energética nacional atendendo a uma política governamental), mas os seus objetivos lucrativos não podem ser mitigados por interesses públicos diversos dos que determinaram sua criação (ex.: um banco estatal pode ter de não fechar uma agência deficitária por ser a única instituição financeira presente em toda uma região, mas não pode ser obrigado a não fechar agência simplesmente para não aumentar o desemprego na região)”.

De fato, o convênio possui características que o tornam econômica e gerencialmente mais interessante do que o contrato para a Administração Pública se relacionar com suas entidades da administração indireta: não encontra o alardeado limite temporal do inciso VIII do artigo 24 da Lei federal nº 8.666/93, o que permite a celebração de ajustes com qualquer empresa estatal¹², e não se submete às regras de alterabilidade da avença da Lei federal nº 8.666/93.

Por outro lado, não há, no convênio, a possibilidade de obtenção de lucro, devendo o beneficiário receber apenas o necessário à cobertura dos custos do ajuste, não podendo se remunerar com os recursos do convênio.

Portanto, a opção por contratar ou conveniar pressupõe a decisão gerencial da empresa de cooperar para a execução do objeto a despeito do lucro, o que, certamente, não está no âmbito decisório da Administração Direta.

O limite para a decisão gerencial da Companhia, por sua vez, parece residir na impossibilidade de sofrer prejuízo com o ajuste – o que deverá ser avaliado casuisticamente pela Companhia, eis que o prejuízo financeiro pode ser sopesado com outro ganho decorrente do convênio – e na compatibilidade com sua política de transações com partes relacionadas.

2.2. Das regras aplicáveis ao ajuste

Frente à ausência de regra específica, a juridicidade das propostas de convênio costuma ser avaliada à luz dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública: por força do princípio da impessoalidade, exige-se procedimento seletivo para escolha do conveniente; em decorrência da eficiência e economicidade, exige-se o detalhamento minucioso da despesa, de forma a evitar o gasto desnecessário de recursos na execução de objetos, e a realização de pesquisa mercadológica e procedimento simplificado para aquisição de bens e serviços pelos convenientes. Sustenta-se, ainda, que deflui da natureza do instrumento a

12 Embora haja quem defenda a possibilidade de contratação ampla das empresas estatais (SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 108-109).

impossibilidade de pagamento de taxa de administração e de reembolso de algumas despesas de custeio, inclusive a de pessoal.

Ocorre que as entidades da administração indireta já estão sujeitas a derivações publicísticas na sua atuação diuturna, pelo que devem ser submetidas a regras diferenciadas quando conveniam com entidades da administração direta.

No que toca à impessoalidade, a descentralização da atividade para fundação governamental ou para empresa estatal já denota o interesse do Estado em atuar *por meio* dessas entidades. Assim, sua escolha para celebrar convênios com o ente da Administração decorre da própria justificativa para sua criação, não havendo, por isso, espaço interpretativo para exigir a realização de chamamento público.

Oportuno ressaltar, entretanto, que, caso o ajuste não tenha relação com o objeto social da empresa estatal, mas decorra do exercício de responsabilidade social, sua escolha, como regra, parece exigir a participação em procedimento de seleção, em igualdade de condições com as demais empresas privadas.

As exigências decorrentes da eficiência e economicidade, por sua vez, também não parecem influir na celebração do ajuste com entidades da administração indireta, já que estas estão obrigadas à realização de procedimento licitatório (seja pela regra geral ou, com relação às estatais, pela disciplina conferida pela Lei federal nº 13.303/2016).

Nessa toada, e considerando que em convênio administrativo há mero reembolso de despesas, há que se preocupar apenas em detalhar adequadamente o projeto e indicar a responsabilidade pelo custeio de cada uma das parcelas.

Por fim, com relação às despesas reembolsáveis por meio do Convênio, a doutrina e jurisprudência convergem pela impossibilidade de pagamento de taxa de administração e algumas despesas administrativas das entidades, o que seria, para alguns, uma forma de remunerar o parceiro privado.

Ocorre que, diante do advento da Lei federal nº 13.019/2014, que disciplina a celebração de ajustes com organizações da sociedade civil, a impossibilidade de pagamento de determinadas despesas deve ser repensada.

Com efeito, por força do artigo 46 da Lei federal nº 13.019/2014, passou-se a admitir, com relação às OSCs, o pagamento de diversas despesas decorrentes da realização do convênio.

Art. 46. Poderão ser pagas, entre outras despesas, com recursos vinculados à parceria:

I – remuneração da equipe encarregada da execução do plano de trabalho, **inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil**, durante a vigência da parceria, compreendendo as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, férias, décimo terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais e trabalhistas;

a) (revogada);

b) (revogada);

c) (revogada);

II – diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija;

III – **custos indiretos necessários à execução do objeto, seja qual for a proporção em relação ao valor total da parceria;**

IV – **aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.**

[...]

Ora, se à Administração é lícito repassar recursos para organizações da sociedade civil para pagamento de pessoal próprio, custos indiretos¹³, aquisição de materiais permanentes e adequação de espaço físico, com mais razão há que se admitir esse tratamento com relação às fundações e empresas estatais, que podem receber recursos orçamentários para tais

13 De acordo com o Decreto regulamentador, os custos indiretos podem incluir, dentre outras despesas, “aquelas com internet, transporte, aluguel, telefone, consumo de água e luz e remuneração de serviços contábeis e de assessoria jurídica”.

finalidades¹⁴. De fato, apenas há que se ter cuidado com as empresas estatais não dependentes, de forma a evitar que o convênio camufle sua dependência.

Oportuno assinalar que o reembolso integral das despesas necessárias à execução do Convênio não descaracteriza sua natureza, eis que a entidade da administração indireta contribui com sua expertise para a execução do objeto.

3. Propostas de consolidação de entendimento¹⁵

Diante das considerações apresentadas, propomos o estabelecimento das seguintes diretrizes interpretativas:

1. A celebração de convênio com entidades da administração indireta prescinde, em regra, de realização de chamamento público;
2. A celebração de convênio com empresas estatais pressupõe a compatibilidade do ajuste com a política de transações com partes relacionadas da empresa;
3. O Convênio poderá prever reembolso de qualquer despesa de custeio da entidade da administração indireta, inclusive de pessoal, vinculada à sua execução, desde que seja mensurável. No caso de fundações governamentais de direito privado e de empresas dependentes, o reembolso apenas será possível se a entidade não receber recursos orçamentários para cobertura dessas despesas.

14 Nesse sentido o recente Parecer AJG nº 394/2016, da lavra da Procuradora do Estado Flávia Della Colleta Depiné, aprovado pelo Procurador Geral do Estado.

15 N.E.: Vale esclarecer que sobre o tema não há uma posição geral consolidada no âmbito dos órgãos superiores da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e, por isso, o texto apresenta argumentos e sugestões dos autores na tentativa de se aprimorar o instituto.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa Estatal – função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Convênios com municípios: inadimplemento do objeto e aplicação de sanções

Carolina P. Maia Rovina¹

Fernanda A. Braga Machado²

Maria Silvia de A. G. Goulart³

Sumário: 1. Natureza jurídica dos convênios. 2. Aplicação de sanções
3. Conclusão. 4. Apêndice. Bibliografia.

1. Natureza jurídica dos convênios

A definição da natureza jurídica do convênio enseja variadas teses com argumentos controversos em muitos pontos, especialmente acerca da modalidade da avença, em razão de elementos que poderiam caracterizar espécie de contrato administrativo, sendo convergentes as opiniões apenas quanto ao aspecto de que o acordo celebrado se constitui em instrumento jurídico de natureza obrigacional, que estabelece deveres específicos das partes, para a consecução de um fim comum.

O fim comum seria o fundamento inicial para a busca da definição da natureza jurídica do convênio. Porém, os desdobramentos relativos ao conceito de “fim comum” contribuem ainda mais para o distanciamento de uma definição unânime acerca da natureza do instrumento

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada pela Universidade do Rio de Janeiro (UERJ). Courseu extensão em Métodos para a Gestão da Justiça, na Fundação Getúlio Vargas (FGV).

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada pela Universidade Mackenzie.

3 Procuradora do Estado de São Paulo. Pós-graduada em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD). Integrante da Comissão de Direito Civil da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie.

jurídico, considerando que, em sentido amplo, os contratos administrativos também guardam em sua essência a consecução de “fim comum”, com o exaurimento de suas obrigações contrapostas.

A questão da natureza jurídica do convênio reflete na análise do tema “Convênios com o Município, Inadimplemento do objeto e Sanções”, justamente em razão das consequências jurídicas para as partes, nas hipóteses de inexecução total ou parcial do ajuste.

2. Aplicação de sanções

A legislação não prevê de forma expressa a possibilidade de ato sancionatório administrativo ao ente conveniente inadimplente, apenas a suspensão de pagamento dos repasses pendentes em convênio, e consequente exigência de devolução dos valores recebidos.

O entendimento consignado no Parecer PA 32/2008, da lavra da Dra. Patricia Ester Fryszman, regularmente aprovado pelo então Procurador Geral do Estado, Dr. Marcos Fabio de Oliveira Nusdeo, registra que a impossibilidade de aplicação de sanção unilateral pelo Estado, decorre da natureza jurídica dos convênios, conforme se verifica da leitura do item a seguir reproduzido:

(...)

12.1 – Em consonância com a lição doutrinária colacionada temos que, por exemplo, em se tratando de convênio celebrado entre o Estado de São Paulo e outra entidade, para o fim de ser por esta ministrado curso de qualificação de trabalhadores, e havendo descumprimento das obrigações de tal entidade, não é viável ao Estado impor unilateralmente à entidade as sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/93, por não ser a imposição de tais sanções administrativas compatível com a natureza do convênio.

(...)

A orientação institucional, no sentido de “*não ser a imposição de tais sanções administrativas compatível com a natureza do convênio*”, sugere a ausência de reciprocidade de obrigações entre os partícipes, típicas da relação contratual, da qual decorre o direito de se exigir o cumprimento das mesmas.

Portanto, partindo da premissa de que o convênio se caracteriza como acordo de vontade para consecução de fim comum, caracterizado pela existência de interesses convergentes, não contrapostos, é possível concluir que as obrigações não são assumidas entre as partes, mas com a própria execução do objeto almejado.

Assim, a imposição de obrigação com caráter sancionatório, no contexto legal em vigor, fica limitada à responsabilização por ato que tenha provocado dano ao erário, ou conduta diversa com eventual repercussão em seara criminal, mediante decisão oriunda da justiça comum, ou do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, respeitadas as respectivas competências.

As providências administrativas para apuração de responsabilidades passíveis de penalização em âmbito externo ao ajuste (Tribunal de Contas, Ministério Público Estadual), bem como as medidas acautelatórias preventivas voltadas ao impedimento de situação reincidente (inscrição no Cadin e na relação de Municípios inadimplentes), sendo eficazmente adotadas, além de oferecerem a retribuição punitiva para o Município inadimplente, exercem função preventiva e reparadora, respectivamente.

A importância do acompanhamento, e da fiscalização das etapas de execução do objeto, pelo órgão concedente do repasse financeiro, responsável pela aprovação formal da prestação de contas apresentada pelo Município, é essencial para se evitar ocorrência de situações que possam gerar a inexecução total do objeto.

O plano de trabalho se constitui como documento de extrema importância para agilidade e eficácia da fiscalização da execução do objeto, devendo sua elaboração ser cuidadosa e detalhada, possibilitando a clara identificação de todas as suas etapas e obrigações delas advindas, bem como a interferência direta para eventuais adequações passíveis de convalidação, ou imediata medida de rescisão do ajuste.

A aprovação da prestação de contas é condição legal para o recebimento, pelo conveniente beneficiário, de parcela relativa ao repasse financeiro vinculado ao convênio, conforme prevê o §3º, do artigo

116, da Lei federal nº 8.666/93⁴, sendo certo que o § 2º, do artigo 11, do Decreto nº 59.215, de 21 de maio de 2013⁵, com a nova redação conferida pelo artigo 1º, II, do Decreto nº 62.032, de 17 de junho de 2016, condiciona a liberação dos recursos aos Municípios após a conclusão do objeto, ou parceladamente, após a medição de cada etapa concluída.

O ato que aprova a prestação de contas poderá ser invalidado em razão de comprovação tardia de fato irregular, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa nos moldes prescritos nos artigos 57 e seguintes da Lei nº 10.177/98.

As irregularidades que podem provocar inexecução de um convênio são inúmeras, cabendo destacar o desvio de finalidade, as despesas anteriores ou posteriores à vigência do convênio, a alteração unilateral do objeto, a celebração de mais de um convênio para o mesmo objeto, a não utilização pelo Município no objeto conveniado, dos rendimentos

4 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.

(...)

§ 3º As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:

I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública;

II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas;

III - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.

5 Artigo 11 – Os instrumentos de convênio deverão ser minutados nos órgãos ou nas entidades de origem e vazados em linguagem técnica adequada, observando, no que couber, as disposições da Lei Complementar nº 863, de 29 de dezembro de 1999.

(...)

§ 2º – Nos casos previstos no § 2º do artigo 8º deste decreto, a liberação dos recursos será feita somente após a conclusão do objeto por parte do beneficiário, ou parceladamente, após a medição de cada etapa concluída, obedecendo aos respectivos projetos básicos, fases de execução, cronogramas de desempenho e sempre mediante comprovação por órgão ou agentes técnicos.

da aplicação financeira dos recursos recebidos do Estado, dentre outras casuísticas, passíveis de providências voltadas à rescisão do convênio

Verifica-se, então, que a legislação não prevê de forma expressa a possibilidade de ato sancionatório administrativo, porém, autoriza em casos de rescisão de convênios a suspensão do pagamento dos repasses pendentes, com a exigência de devolução dos valores recebidos.

Assim, as possíveis consequências por inexecução de convênio celebrado com Município, no panorama legislativo atual, se limitam essencialmente: (i) na rescisão unilateral do ajuste, com possibilidade de parcelamento do débito apurado; (ii) no impedimento para celebrar convênios em razão da inscrição do ente político, com fundamento no parágrafo primeiro, do artigo 6º, da Lei nº 12799/2008, no Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais – Cadin⁶, e de inclusão de irregularidade no Certificado de Regularidade do Município para celebrar Convênios – CRMC⁷; (iii) além da deflagração da excepcional medida de Tomada de Contas Especial, mecanismo que poderá conferir à Administração, instrumento com eficácia de título executivo, para obtenção do valor consolidado devido, com acréscimos legais e multa sancionatória.

Cumprido destacar que a pesquisa de jurisprudência realizada não resultou em decisões específicas relativas à aplicação de sanções administrativas no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sendo que o

6 “Artigo 6º – É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, para:

I – celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam o desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros;

II – repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos;

III – concessão de auxílios e subvenções;

IV – concessão de incentivos fiscais e financeiros.

§ 1º – A existência de registro no CADIN ESTADUAL constituirá impedimento à realização dos atos a que se referem os incisos I a IV deste artigo.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica à concessão de auxílios a Municípios atingidos por calamidade pública reconhecida pelo Governo do Estado e às transferências voluntárias de que trata o § 3º do artigo 25 da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000.”

7 Criado como documento único pelo Decreto nº 52.479/2007, e regulamentado pela Resolução Conjunta SGP/SEP – 1, de 17-1-2008, para demonstrar a regularidade fiscal e jurídica do município.

assunto foi tratado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, conforme será abordado mais adiante.

Contudo, os instrumentos sancionatórios se apresentam como meios eficazes não apenas para recompor o erário estadual, como também para reprimir posturas reiteradas dos Municípios inadimplentes, razão pela qual o acompanhamento e a fiscalização de cada etapa de execução do objeto conveniado parece ser iniciativa essencial para garantir a consecução do fim comum inicialmente avençado.

Entretanto, embora polêmico, entendemos possível a adoção de medidas com efeitos sancionatórios no âmbito dos convênios celebrados com os Municípios.

Com efeito, ainda que se parta da premissa assumida pela doutrina clássica, de que os convênios constituem instrumento em que sobreleva um caráter cooperativo e não contraprestacional – aparentemente incompatível com a aplicação de penalidades – há diversos argumentos que podem justificar a inserção, nas minutas de parcerias mantidas pelo Poder Público Estadual, de cláusula que preveja a cominação de sanção ao município inadimplente.

A uma, destaca-se que as sanções, a par de possuírem um caráter sabidamente punitivo, têm função **preventiva**, voltada a induzir/reforçar o adimplemento das responsabilidades avençadas em convênio, pelos parceiros potenciais e atuais da Administração Pública conveniente. Significa dizer que a aplicação de sanções, em convênios, não se justifica como mera **reprimenda** à violação de uma “obrigação”; mas como mecanismo assecutoratório do cumprimento de uma responsabilidade previamente avençada, que corresponde ao interesse público perseguido pelos partícipes.

A duas, pois se, por um lado, o caráter obrigacional prevalece no regime dos tradicionalmente denominados *contratos* – conferindo, aos contratantes, uma série de mecanismos para exigir o cumprimento da prestação por sua contraparte e para sancionar os inadimplentes – a cooperação ínsita aos convênios faz com que o Princípio da Boa-Fé Objetiva (em seu *subprincípio* da Tutela da Confiança Legítima) incida com mais força nesta modalidade de avença, tornando ainda mais reprovável o *inadimplemento* da(s) responsabilidade(s) nele(s) avençada(s) e embasando a previsão de mecanismos que permitam a tutela específica dos

interesses desrespeitados pelo ente conveniente-adimplente. Nesse sentido, decidiu o STF que (ACO 970 tutela antecipada / PA – PARÁ – voto do Min. Marco Aurelio):

É certo que convênio e contrato administrativo não se confundem. A distinção entre ambos está assentada na doutrina especializada sobre o tema (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, p. 284). Porém, ao contrário do que alega a União, talvez justamente por isso que o Princípio da Boa-Fé incide com maior força no âmbito dos convênios administrativos, pois nestes, ao contrário dos contratos, existem interesses paralelos e comuns. Nos convênios, a cooperação é o elemento fundamental, o que ressalta ainda mais a necessidade de que as partes atuem com lealdade no cumprimento de todos os seus termos”. (g.n)

A três, pois não se pode olvidar que o próprio interesse público subjacente aos convênios (que justificou a sua celebração) confere, ao conveniente que regularmente adimpliu para com suas responsabilidades, o poder-dever de instar seu *parceiro* ao cumprimento dos deveres previamente estabelecidos – inclusive, se necessário for, impondo sanções – como forma de permitir a realização daquele interesse público, por meio da concretização das metas e objetivos consolidados no Plano de Trabalho.

Expostas as premissas fundantes para que se considere viável, ao menos em tese, a previsão de cláusulas sancionatórias em convênios celebrados pelo Poder Público Estadual e Municípios, destaca-se que o próprio artigo 116 da Lei nº 8.666/93 estabelece que o regime jurídico dos contratos administrativos se aplica aos convênios, **no que couber**. Portanto, não há óbice a que, **se os entes convenientes acordarem neste sentido**, celebrem convênio mais *rígido*, que contenha cláusula sancionatória **como forma de reforço à excludoriedade das responsabilidades pactuadas**.

Exatamente neste sentido, já decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), em acórdão lavrado quando do julgamento do RMS 30634 / SP, cujo excerto ora se transcreve, em reforço à tese aqui sustentada:

Desse modo, 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.

Há, nesta discussão, um aspecto que merece destaque. Um dos fundamentos que usualmente são utilizados para rechaçar a possibilidade de previsão de cláusula sancionatória em convênios celebrados entre Estado e Município é a violação do pacto federativo – entendendo-se que a ausência de hierarquia entre os entes federativos constituiria óbice a que um dos convenientes impusesse sanções ao outro.

No entanto, considerando que:

(i) eventual previsão de cláusula sancionatória necessariamente decorrerá de **consenso** entre os convenientes – em especial considerando-se o caráter cooperativo da avença – estando, portanto, inserida na sua **autonomia**;

(ii) o fundamento basilar da previsão de cláusula sancionatória não é garantir a posição (vantajosa) de **um dos convenientes, mas assegurar a efetiva realização do interesse público subjacente ao convênio**;

(iii) o fundamento legal para a fixação de cláusula sancionatória **não** seria o artigo 87 da Lei nº 8.666/93 – que consagra a possibilidade de a sanção ser unilateralmente imposta pelo Estado;

(iv) se trata de avença pactuada entre dois entes públicos em igualdade de condições, podendo incidir, na espécie, a partir de **consenso** dos convenientes, e por força da disposição do artigo 54⁸ c/c 116⁹ da Lei nº 8.666/93, as disposições do Código Civil relativas ao inadimplemento das obrigações (artigos 389 e seguintes do Código Civil); conclui-se que a eventual previsão de cláusula sancionatória, em convênios Estado – Município, não malfeire (ao menos em abstrato) a autonomia administrativa, pois não se tratará de *cláusula exorbitante*, tendente a colocar um dos contratantes em posição de superioridade com relação ao outro;

8 Que prevê a aplicação supletiva das disposições de direito privado às avenças públicas.

9 Que prevê que as disposições da Lei nº 8.666/93 serão aplicáveis aos convênios, no que couber.

mas de disposição que visa a assegurar a tutela do interesse público (comum) subjacente ao convênio, por qualquer dos convenientes.

De se destacar que, ainda que se afigure viável (em tese) a previsão de cláusula sancionatória em convênios entabulados com municípios, esta deverá observar o princípio da proporcionalidade (correspondendo à gravidade do inadimplemento do conveniente-infrator) e visar à concretização do interesse público subjacente à avença.

Assim, a princípio, entende-se que a inserção de cláusula regulando a cominação de sanções ao conveniente faltoso somente se afiguraria viável em convênios com repasse, nos quais se vislumbre que o inadimplemento gerou prejuízo ao(s) conveniente(s)-adimplente(s). Nos convênios sem repasse, e nos casos que, do inadimplemento, não exsurgir prejuízo aos demais partícipes do convênio, a imposição de sanção consubstanciaria medida por demais gravosa, quando cotejada com a falta perpetrada.

3. Conclusão

Nada obstante se tenha concluído pela possibilidade, em tese, de ser incluída, nos convênios entabulados entre o Poder Público Estadual de São Paulo e Municípios, cláusula que preveja a imposição de sanções ao conveniente-*inadimplente*, destaca-se que tal previsão se revelaria despicinda sem uma efetiva fiscalização da execução das *parcerias*.

Assim, como forma de se conferir maior efetividade aos convênios celebrados pela Administração Estadual de São Paulo e Municípios, propõe-se sejam acrescentadas, aos instrumentos firmados, cláusulas nos moldes daquelas propostas no Apêndice, que atribuam maiores poderes fiscalizatórios aos interessados:

01 – prevendo a aplicação de sanção ao conveniente-inadimplente, como forma de assegurar a consecução do interesse público subjacente ao convênio; e a assunção, pelo Estado, da execução do objeto pactuado, sub-rogando-se nos direitos e obrigações relacionados ao objeto do convênio (vide Apêndice A);

02 – vinculando a execução de repasses à execução regular de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro; e vedando a utilização, pelo Município, dos recursos repassados pelo Poder Público

Estadual, em descompasso com o desiderato do convênio e as condições nele estabelecidas (vide Apêndice B);

03 – prevendo utilização das minutas padrão da PGE-SP pelo município, em eventuais contratações de serviço/aquisições realizadas no escopo do convênio atribuindo, às áreas técnicas da Pasta/Autarquia, a responsabilidade de analisar, sob o ponto de vista técnico, o Projeto Básico, planilha orçamentária e cronograma físico-financeiro apresentados pelo Município antes da licitação (vide Apêndice C); e

04 – prevendo, nos convênios voltados à execução de obras e serviços de engenharia, que não será possível a celebração de termo aditivo que tenha por objeto a suplementação dos valores a serem repassados pelo Poder Público Estadual no intuito de custear eventuais aditivos e acréscimos contratuais – os quais, neste caso, deverão ser suportados exclusivamente pelo Município, sendo considerados como contrapartida sua na avença. (Apêndice D)

Por fim, esclarecemos que sobre o tema não há posição institucional firmada pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, tratando-se de sugestões argumentativas na tentativa de se obter o aprimoramento do instituto e, assim, alcançar os melhores resultados possíveis no âmbito dos convênios celebrados com os Municípios.

4. Apêndice – minutas de cláusulas

Apêndice A – Minuta de cláusula¹⁰ prevendo a aplicação de sanção (multa) ao conveniente-inadimplente, por ocasião da rescisão do convênio; e a possibilidade, nestes casos, de o Estado assumir a execução do objeto pactuado, sub-rogando-se na cobrança dos valores dispendidos perante o Município

CLÁUSULA ____: DA EXTINÇÃO DO CONVÊNIO

O CONVÊNIO poderá ser extinto antes do prazo da sua vigência, por escrito, pela denúncia, por acordo entre as partes ou rescisão.

¹⁰ Cláusula inspirada naquela constante da minuta-padrão de convênios com Municípios elaborada pela PGE/RJ.

§1º *A denúncia deverá ser comunicada por escrito, mediante notificação prévia de 30 (trinta) dias de antecedência, somente produzindo efeitos a partir desta data, sendo imputadas as responsabilidades das obrigações decorrentes do prazo em que tenha vigido e creditados os benefícios adquiridos no mesmo período, sem prejuízo do dever de indenizar os prejuízos causados, que deverão ser avaliados e quantificados.*

§2º *O CONVÊNIO poderá ser extinto pela vontade das partes, pela superveniência de norma legal ou de fato que o torne material ou formalmente inexecutável o cumprimento das obrigações*

§3º *Constitui motivo para rescisão deste CONVÊNIO, independentemente de sua formalização, o descumprimento de quaisquer de suas cláusulas ou das normas estabelecidas na legislação vigente e, exemplificativamente, quando constatadas as seguintes situações:*

I – utilização dos recursos em desacordo com o Plano de Trabalho;

II – aplicação dos recursos no mercado financeiro em desacordo com a legislação vigente;

III – constatação de irregularidade de natureza grave e insanável, no decorrer de fiscalizações ou auditorias;

IV – descumprimento da responsabilidade de manter atualizadas todas as informações referentes à execução do CONVÊNIO, impossibilitando, assim, a geração de relatórios de Execução Físico-Financeiro ao término de cada período/etapa, conforme previsto em cronograma, mesmo após notificado o CONVENIENTE para regularização, sem manifestação ou com manifestação não aceita pelo CONCEDENTE.

§4º *A rescisão do CONVÊNIO importará na devolução dos recursos não utilizados, no prazo de ___ (___) dias, acrescidos de correção monetária e juros moratórios, incidentes na forma deste convênio; e do pagamento de multa de ___ (DEFINIR PERCENTUAL) sobre os recursos não utilizados ou comprometidos com atividades em execução.*

§5º *O CONVENIENTE deverá restituir o valor integral dos repasses efetuados pelo CONCEDENTE, na forma estabelecida no §4º deste artigo, mesmo nos casos de inadimplemento parcial do convênio, quando a parcela executada não puder ser aproveitada.*

§6º *A rescisão do CONVÊNIO será antecedida de intimação do BENEFICIÁRIO/CONVENENTE, cabendo ao CONCEDENTE indicar o inadimplemento cometido, os fatos e os fundamentos legais.*

§7º *Ao BENEFICIÁRIO/CONVENENTE será garantido o contraditório e a defesa prévia.*

§8º *A intimação do BENEFICIÁRIO/CONVENENTE deverá indicar o prazo e o local para a apresentação da defesa.*

§9º *Será emitida decisão conclusiva sobre a rescisão do CONVÊNIO pela autoridade competente, devendo ser apresentada a cabível motivação, com a demonstração dos fatos e dos respectivos fundamentos jurídicos.*

§10º *Na hipótese de rescisão do convênio, poderá o CONCEDENTE assumir a execução do objeto pactuado, sub-rogando-se nos direitos e obrigações relacionados ao objeto do convênio.*

Apêndice B – Minuta de cláusulas prevendo a vinculação de repasses à execução regular de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro; e vedando a utilização, pelo Município, dos recursos repassados pelo Poder Público Estadual, em descompasso com o desiderato do convênio e as condições nele estabelecidas;

CLÁUSULA ____: DAS VEDAÇÕES

Este CONVÊNIO deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas pactuadas e a legislação pertinente, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução ou execução parcial, sendo vedado ao CONVENENTE:

(inserir outras vedações)

Inciso X – utilizar os recursos repassados pelo CONCEDENTE com finalidade diversa da estabelecida no Plano de Trabalho, ainda que em caráter de emergência;

Inciso Y – realizar despesas com taxas bancárias, multas, juros ou atualização monetária, inclusive referentes a pagamentos ou recolhimentos efetuados fora dos prazos, ressalvadas as hipóteses constantes de legislação específica.

CLÁUSULA ____: A EXECUÇÃO FÍSICO-FINANCEIRA DO CONVÊNIO

A Execução Físico-Financeira do CONVÊNIO será objeto de exames conclusivos e circunstanciados pelo Gestor do Convênio, que verificará se houve o cumprimento das metas, assim como apreciação todos os elementos informados pelo BENEFICIÁRIO/CONVENIENTE.

Parágrafo Único: A aprovação da Execução Físico-Financeiro de cada período/etapa do CONVÊNIO é condição prévia para a realização de qualquer transferência financeira a cargo do CONCEDENTE.

Apêndice C – Minuta de cláusula prevendo a obrigação do CONVENIENTE de utilizar as minutas padrão da PGE-SP, em eventuais contratações de serviço/aquisições realizadas no escopo do convênio; e atribuindo, às áreas técnicas da Pasta/Autarquia, a responsabilidade de analisar, sob o ponto de vista técnico, o Projeto Básico, planilha orçamentária e cronograma físico-financeiro apresentados pelo Município antes da licitação.

CLÁUSULA ____ – DA CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS¹¹

O CONVENIENTE deverá observar, quando da contratação de terceiros para execução de obras, serviços ou aquisição de bens vinculados à execução do objeto deste Convênio, as disposições contidas na Lei nº 8.666, de 1993, e as normas estaduais pertinentes às licitações e contratos administrativos, em especial a Lei nº 6.544/89, inclusive os procedimentos ali definidos para os casos de dispensa e/ou inexigibilidade de licitação.

§1º O CONVENIENTE deverá utilizar as minutas-padrão da PGE-SP, em eventuais contratações de serviço/aquisições realizadas no escopo do convênio;

§2º O edital de licitação para consecução do objeto conveniado somente poderá ser publicado pelo CONVENIENTE após a assinatura do presente instrumento e aprovação do projeto básico/termo de referência e das minutas de Edital e de Contrato que serão utilizadas pelo CONCEDENTE.

¹¹ Cláusula inspirada naquela constante da minuta-padrão de convênios com Municípios elaborada pela AGU.

§3º *Para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o uso da modalidade pregão, nos termos da Lei Federal nº 10.520, de 2002, e Decreto Estadual nº 47.297/02, preferencialmente na forma eletrônica, de acordo com o Decreto Estadual nº 51.469/07, cuja inviabilidade de utilização deverá ser devidamente justificada pela autoridade competente do CONVENENTE.*

§4º *O CONCEDENTE deverá verificar o procedimento licitatório realizado pelo CONVENENTE, no que tange aos seguintes aspectos:*

I – contemporaneidade do certame;

II – compatibilidade dos preços do licitante vencedor com os preços de referência; e

III – enquadramento do objeto conveniado com o efetivamente licitado.

§5º *O CONVENENTE deverá fornecer declaração expressa, firmada pelo seu representante legal, atestando o atendimento às disposições legais aplicáveis ao procedimento licitatório.*

Apêndice D – Minuta de cláusula prevendo, nos convênios voltados à execução de obras e serviços de engenharia, que não será possível a celebração de termo aditivo que tenha por objeto a suplementação dos valores a serem repassados pelo Poder Público Estadual no intuito de custear eventuais aditivos e acréscimos contratuais – os quais, neste caso, deverão ser suportados exclusivamente pelo Município, sendo considerados como contrapartida sua na avença (sugiro que se trate de um parágrafo da cláusula que verse sobre os aditamentos ao convênio).

Parágrafo X – É defesa a celebração de termo aditivo que tenha por objeto a suplementação dos valores a serem repassados pelo CONCEDENTE, no intuito de custear eventuais aditivos e acréscimos contratuais, que deverão ser suportados exclusivamente pelo CONVENENTE, sendo considerados como contrapartida sua na avença.

Bibliografia

NETTO DE ARAÚJO, Edmir. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

Fundação de apoio na área da saúde: como estruturar a sua relação com o estado, por meio de convênio?

Carolina Adriana Mendes Martins Braga Ponte¹

Fábio Augusto Daher Montes²

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Parcerias na área da saúde. 3. Posicionamento institucional. 4. Como estruturar a parceria do Estado com as fundações de apoio na área da saúde, por meio de convênio? 5. Conclusão. Bibliografia.

1. Considerações iniciais

O Estado, para a consecução dos seus objetivos, pode associar-se com entidades privadas, ajustando, por meio de parceria³, a execução de determinados serviços.

A parceria com as entidades privadas é formalizada por meio dos seguintes instrumentos jurídicos: a) convênio administrativo⁴; b) contra-

1 Procuradora do Estado, em exercício na Consultoria Jurídica da Faculdade de Medicina de Marília e designada para responder pelo expediente da Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Marília. Especialista em Direito Econômico pela Universidade Estadual de Montes Claros e em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros.

2 Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – GVLaw. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

3 O termo “parceria” é tratado aqui em sentido amplo.

4 É necessário ressaltar que, por vezes, podem ser utilizadas outras terminologias, mas na essência trata-se de convênio.

to de gestão; c) termo de parceria; d) termo de colaboração; e) termo de fomento; f) acordo de cooperação⁵.

O objetivo deste trabalho não é tratar das diversas formas de parceria, mas apenas dos convênios com as fundações de apoio. Assim, não será abordado o contrato de gestão celebrado com entidades privadas qualificadas como organizações sociais – OS, nem o termo de parceria firmado com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP. De igual modo, este artigo não cuidará do termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação celebrados com organizações da sociedade civil – OSC.

De acordo com Maria Sylvia Di Pietro⁶, as fundações de apoio “são constituídas por particulares e colocam entre seus objetivos, o de colaborar com órgãos integrantes da Administração Pública. Elas são criadas e existem única e exclusivamente com esse objetivo.”⁷.

Importante ressaltar que as fundações de apoio podem apoiar entidades públicas em diversas áreas de atuação.

No entanto, tendo em vista a necessária delimitação do tema, o presente artigo ficará restrito ao estudo do convênio adequado para formalizar a parceria do Estado com fundações de apoio especificamente na área da saúde.

2. Parcerias na área da saúde

A saúde é direito fundamental de todos e deve ser garantido pelo Estado, por meio da implementação de políticas públicas, visando: a) reduzir o risco de doença e outros agravos; b) universalizar e igualar o acesso às ações e serviços de saúde (artigo 196 da CF/88).

5 O convênio é disciplinado pelo artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93 e por meio de Decretos dos entes federativos. A Lei Federal nº 9.637/98 e a Lei Federal nº 9.790/99 tratam, respectivamente, do contrato de gestão e do termo de parceria. O termo de colaboração, o termo de fomento e o acordo de cooperação são instrumentos disciplinados na Lei Federal nº 13.019/14.

6 DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 313.

7 No mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 345.

A Constituição Federal prevê a possibilidade de participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde – SUS, a teor do disposto nos artigos 197 e 199⁸. Referida participação pode ser formalizada por meio de contrato de direito público (prestação de serviço público) ou convênio (parceria).

Por expressa disposição constitucional, as entidades privadas conveniadas ou contratadas deverão se submeter aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS⁹, nos termos do § 1º do artigo 199 da CF/88.

A Lei Federal nº 8.080/90 determina que o Estado somente poderá utilizar os serviços privados para execução de serviços de saúde, “quando suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área” (artigo 24).

A Lei Federal nº 13.019/14, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, excluiu expressamente do âmbito de sua aplicação os convênios celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos previstos no § 1º do artigo 199 da CF/88, que continuam regidos pelo artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93 (artigo 3º, inciso IV, c.c artigo 84, parágrafo único, II, da Lei Federal nº 13.019/14).

Portanto, as parcerias do Estado com as fundações de apoio na área da saúde não foram albergadas pela Lei Federal nº 13.019/14, de modo que, por meio de interpretação literal, continuam apenas regidas pelo artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93.

No âmbito do Estado de São Paulo, essa parceria é formalizada por meio de convênio entre a Secretaria de Saúde e entidades autárquicas, com interveniência das fundações de apoio. Esse é o modelo adotado, a título exemplificativo, na Faculdade de Medicina de Marília – FAME-

8 Da mesma forma, o art. 220, da Constituição do Estado de São Paulo contempla a possibilidade de serviço de saúde ser prestado por terceiros.

9 O artigo 198 da CF/88 e a Lei Federal nº 8.080/90, em seu artigo 7º, definem os princípios e diretrizes do sistema único de saúde.

MA¹⁰, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo – HCFMRP e no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Botucatu – HCFMB, todos autarquias estaduais que celebram convênios com a Secretaria de Saúde, com interveniência de suas respectivas fundações de apoio.

Entretanto, no presente trabalho, quando precisarmos fazer alguma referência à situação prática, recorreremos ao convênio firmado entre a Secretaria de Saúde e a FAMEMA, com interveniência da Fundação de Apoio à Faculdade de Medicina de Marília – FAMAR.

3. Posicionamento institucional

Neste tópico, abordaremos o posicionamento da Procuradoria Geral do Estado a respeito dos convênios com as fundações de apoio.

A Assessoria Jurídica do Governo – AJG¹¹, nos Pareceres AGJ nºs 445/96, 427/98¹² e 961/03¹³, firmou entendimento no sentido da possibilidade da participação complementar das “fundações de apoio”¹⁴, entidades privadas, no Sistema Único de Saúde.

Nos mencionados pareceres ficaram consignados os parâmetros constitucionais e legais para a participação de entidades privadas no Sis-

10 Destacamos que, até o ano de 2015, a FAMEMA geria as unidades hospitalares, sendo que com a criação da autarquia Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Marília – HCFAMEMA (Lei Complementar Estadual nº 1.262/15) referidas unidades passaram a integrar a estrutura do HCFAMEMA, de forma que provavelmente o próximo convênio deverá ser firmado com esta autarquia.

11 Atualmente, o órgão corresponde à Assessoria Jurídica do Gabinete, nos termos da Lei Complementar Estadual nº 1.270/15.

12 Os Pareceres AGJ nºs 445/96 e 427/98 foram proferidos pela Procuradora do Estado Maria Christina Tibiriçá Bahbouth e aprovados pelo Procurador do Estado Assessor Chefe Elival da Silva Ramos.

13 Proferido pela Procuradora do Estado Maria Christina Tibiriçá Bahbouth, aprovado pela Procuradora do Estado Assessora Chefe Teresa Serra da Silva.

14 Por ocasião da celebração de convênios entre: a) o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de São Paulo (autarquia) e a Fundação Faculdade de Medicina (fundação de apoio) – Parecer nº 445/1996; b) o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo – HCFMRP-USP (autarquia estadual) e a Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto – FAEPA (fundação privada) – Pareceres nºs 427/1998 e 961/2003.

tema Único de Saúde, a saber: a) quando as disponibilidades da Administração Pública forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de determinada área (artigo 24, *caput*, da Lei Federal nº 8.080/90); b) a participação será materializada por meio de contratos ou convênios administrativos (artigo 199, § 1º, da CF/88); c) será dada preferência às entidades filantrópicas e àquelas sem fins lucrativos (artigo 199, § 1º, da CF/88); d) a entidade deverá possuir serviços próprios de assistência à saúde (artigo 20, § 6º, do Código de Saúde do Estado de São Paulo – Lei Complementar Estadual nº 791/95).

No Parecer AJG nº 427/98 ficou assentada a distinção entre contrato e convênio para formalizar a participação das fundações de apoio no Sistema Único de Saúde:

14. Evidente, que as “fundações de apoio” poderão participar do Sistema Único de Saúde desde que e na medida em que possuem serviços médico-hospitalares a prestar ao Estado. Se tal prestação for remunerada pelo Poder Público (preço) o instrumento legal a ser entabulado entre as partes será o contrato, após prévio procedimento licitatório. Se a “fundação de apoio” prestar um serviço médico-hospitalar ao Estado gratuitamente e o Poder Público auxiliar tal benesse com qualquer tipo de recurso, os partícipes poderão celebrar um convênio.

15. Denote-se que há precedentes nas áreas de educação e da agricultura, tanto no âmbito federal quanto estadual, das denominadas “fundações de apoio” utilizarem e gerenciarem recursos públicos, sem oferecer qualquer serviço ou apoio à Administração Pública. Pelas considerações ora expostas, tal prática, por não se coadunar com a lei, tem sido repudiada pelos Tribunais de Contas da União e deste Estado.

No Parecer AJG nº 961/03, concluiu-se que os ajustes firmados com a entidade de apoio constituem uma das formas de participação da iniciativa privada nos serviços de saúde, qual seja: a “prestação de serviços de apoio e de cooperação aos órgãos ou entidades públicos, objetivando o aprimoramento do serviço de saúde”¹⁵. Indo além, afirmou que “a Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto – FAEPA não atua

15 Item 16.

como uma entidade privada comum, eis que suas contas são controladas pelo Tribunal de Contas do Estado e seus atos respeitam os princípios constitucionais sobre aquisição de bens e serviços e contratação de pessoal”¹⁶.

A Procuradoria Administrativa, no Parecer PA nº 201/2008¹⁷, entendeu que nos convênios firmados com fundações de apoio pode existir cláusula permitindo a utilização, pela entidade de apoio, de bem público necessário para a consecução do objeto do ajuste. No entanto, a fundação de apoio não pode “ceder a terceiros o espaço público assim utilizado, ainda que a título oneroso e mesmo que o proveito dessa cessão reverta, no todo ou em parte, aos cofres públicos”.

Por sua vez, no Parecer nº 104/2010¹⁸, a Procuradoria Administrativa, reiterando o entendimento já exposto nos precedentes Pareceres PA nºs 229/2008 e 150/2009, firmou orientação no sentido de que não há autorização legal para a participação de representantes do Estado nos órgãos de administração das entidades de apoio:

14. Não se cuida aqui de negar qualquer direito constitucional de associação a quem quer que seja. A questão não é essa. O ponto é que não se pode, sem autorização legal, admitir que o Poder Público indique representantes para participar dos órgãos de gestão de entes privados não integrantes da Administração Pública e que com ela mantêm mera relação de colaboração. A FUNDEPAG não tem como exigir que a Secretaria da Agricultura indique representantes oficiais do Governo do Estado para seu Conselho Consultivo. Eventual participação de servidores públicos na gestão desses entes decorre da vontade pessoal de cada um deles e se sujeita ao regramento vigente a eles aplicável. Sua atuação dar-se-á em nome próprio e não na qualidade de representantes do Governo do Estado. Não pode o Estatuto da Fundação obrigar a participação de representantes do Estado. Não há nenhum dever do Estado de participar dessa gestão.

16 Item 23.

17 Parecer proferido pela Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos, aprovado pelo Procurador Geral do Estado Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo.

18 Parecer proferido pela Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos, aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto Marcelo de Aquino.

Recentemente, a Subprocuradoria Geral do Estado da Consultoria Geral¹⁹ entendeu que autarquia pode firmar “contrato de gestão para as atividades dirigidas às áreas previstas no artigo 1º da Lei Complementar Estadual nº 846/98, desde que não seja transferida a gestão de todos os seus equipamentos”. Além disso, foi acolhida a recomendação para que em todos os convênios que tenham como objeto a gestão de equipamento público sejam aplicadas, no que couber, as limitações e obrigações previstas na Lei Complementar Estadual nº 846/98.

Pois bem. Com base na recomendação acima, pretendemos neste artigo defender a incidência das regras da Lei Complementar Estadual nº 846/98 nos convênios firmados com fundações de apoio na área da saúde.

4. Como estruturar a parceria do Estado com as fundações de apoio na área da saúde, por meio de convênio?

Atualmente, conforme já afirmamos linhas atrás, o Estado de São Paulo utiliza o convênio para formalizar a sua relação com as fundações de apoio na área da saúde. Tomando como exemplo o modelo²⁰ da Faculdade de Medicina de Marília – FAMEMA, o convênio²¹ é celebrado entre o Estado de São Paulo, por intermédio de sua Secretaria de Estado da Saúde e a FAMEMA, com a interveniência da Fundação de Apoio à Faculdade de Medicina de Marília – FAMAR, para repasse de verbas do Sistema Único de Saúde – SUS. Os repasses são realizados integralmente à fundação de apoio, para aplicação em ações e serviços nas unidades hospitalares, que integram a estrutura do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Marília – HCFAMEMA²².

Portanto, a entidade privada é a responsável pela gestão de todos os recursos financeiros repassados, não tendo a FAMEMA controle direto e imediato sobre a aplicação dos referidos recursos.

19 Parecer-SubG Cons nº 33/2016 de autoria do Procurador do Estado Fábio Augusto Daher Montes, aprovado pelo Procurador Geral do Estado Elival da Silva Ramos.

20 Adotado desde o ano de 2008.

21 Atualmente, convênio Secretaria de Estado da Saúde nº 007/2014.

22 Reiteramos que, antes da criação do HCFAMEMA, Lei Complementar Estadual nº 1.262/15, as unidades hospitalares pertenciam à Administração Direta e eram geridas pela FAMEMA.

Como é cediço, os convênios são regidos, no que couber, pela Lei Federal nº 8.666/93, nos termos do seu artigo 116, e pelos eventuais Decretos editados pelos entes federativos.

No entanto, a aplicação da legislação acima mencionada não é suficiente para disciplinar a relação com as fundações de apoio²³, já que não há regras jurídicas a respeito, por exemplo, do limite de gastos com pessoal, da publicação de relatórios financeiros, do limite da remuneração de seus dirigentes, da fiscalização do convênio, da proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido.

Diante disso, questiona-se: seria possível replicar nesses convênios as regras de governança e limitações de outras leis que tratam de ajustes com a mesma natureza?

Entendemos que sim. É possível a aplicação, naquilo que for compatível, das regras e outras leis que cuidam de parcerias do Estado com entidades privadas.

Ora, apesar de não ser obrigatória tal aplicação, não há impedimento para a incorporação de regras ao termo de convênio que irá reger a parceria, já que as suas cláusulas são estipuladas pela Administração Pública, que deve elaborá-las de acordo com o interesse público e norteada pelos princípios que regem a Administração Pública, previstos no artigo 37, *caput*, da CF/88.

Tal posicionamento também tem respaldo nos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho²⁴ que, ao tratar do regime de convênios administrativos, assim leciona:

Não há legislação específica sobre tal regime, mas como os convênios são pactos nos quais as partes manifestam suas vontades e expressam seus direitos e obrigações, nada impede se continue adotando a mesma sistemática, de resto já utilizada há muito tempo. Na verdade, é o **instrumento pactuado que serve de *lex inter partes***, com uma ou outra

23 Não se pode olvidar que os valores repassados às fundações de apoio são bastante expressivos. A título exemplificativo, no referido convênio nº 007/2014 é estimado o repasse anual de R\$ 24.360.775,80, com a previsão de repasse de recursos complementares.

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 358.

especificidade própria do direito público em razão da presença de pessoa governamental. (destacamos)

Outrossim, o parceiro privado tem a liberdade de acatar ou não os termos do convênio, pois ele não é obrigado a celebrar o ajuste. No entanto, ao assinar o convênio, a entidade privada não poderá questionar as suas cláusulas, salvo no caso de eventual ilegalidade²⁵.

No caso específico aqui tratado, a Lei Complementar Estadual nº 846/98, que disciplina o contrato de gestão, poderia ter suas regras replicadas nos convênios firmados com fundações de apoio na área da saúde.

A replicação das regras da Lei Complementar Estadual nº 846/98 seria reforçada pela natureza dos institutos, já que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.923/DF, entendeu que o contrato de gestão tem natureza jurídica de convênio²⁶.

Podemos relacionar as inúmeras vantagens²⁷ na replicação das obrigações e limitações trazidas pela Lei Complementar Estadual nº 846/98 aos convênios firmados com fundações de apoio, a saber: participação de membros da comunidade no Conselho de Administração da entidade²⁸; obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do ajuste²⁹; vedação de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese³⁰; no caso de extinção da entidade, previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades ao patrimônio

25 Que inclusive deverá ser objeto de controle por parte da própria Administração, conforme Súmula nº 473/STF: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

26 Esse também é o entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira e José dos Santos Carvalho Filho (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 342, e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 360).

27 Sem prejuízo da existência de outras vantagens.

28 Art. 2º, I, “c” e “d”, da Lei Complementar Estadual nº 846/98.

29 Art. 2º, I, “f”, da Lei Complementar Estadual nº 846/98.

30 Art. 2º, I, “h”, da Lei Complementar Estadual nº 846/98.

de outra entidade no âmbito do Estado, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio do Estado, na proporção dos recursos e bens por este alocados³¹; estipulação dos limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da entidade, no exercício de suas funções³²; apresentação pela entidade de relatório pertinente à execução do ajuste, acompanhado da prestação de contas do exercício³³; previsão de comissão de avaliação para analisar periodicamente os resultados atingidos³⁴; aprovação pelo Conselho de Administração da proposta de orçamento da entidade, do programa de investimentos, dos demonstrativos financeiros e contábeis, e das contas anuais da entidade, com a consequente fiscalização do cumprimento das diretrizes e metas definidas³⁵; adoção pela entidade de regulamento próprio para a contratação de obras e serviços, bem como para compras e alienações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos³⁶; vedação aos dirigentes de acumular cargo de chefia ou função de confiança no SUS³⁷; processo seletivo para contratação de pessoal conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, observando os princípios do artigo 37, *caput*, da CF/88³⁸.

É necessário consignar que referidas regras concretizam os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, previstos no artigo 37, *caput*, da CF/88 e no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo³⁹.

31 Art. 2º, I, “i”, da Lei Complementar Estadual nº 846/98.

32 Art. 8º, II, da Lei Complementar Estadual nº 846/98.

33 Art. 9º, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 846/98.

34 Art. 9º, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 846/98.

35 Art. 4º, II e IX, da Lei Complementar Estadual nº 846/98.

36 Art. 4º, VII, da Lei Complementar Estadual nº 846/98 e ADI nº 1.923 do STF.

37 Art. 5º, da Lei Complementar Estadual nº 846/98 e ADI nº 1.923 do STF. Idêntica vedação consta do artigo 26, § 4º, da Lei Federal nº 8.080/90.

38 ADI nº 1.923 do STF.

39 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)”

“Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.”.

Embora todas as vantagens acima elencadas sejam importantes, a fixação de limites e critérios para a despesa com a remuneração e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da entidade privada (art. 8º, II, da Lei Complementar Estadual nº 846/98) ganha destaque, pois moraliza a parceria, impedindo que a entidade utilize recurso público para pagamento de salários e vantagens exorbitantes. Além disso, veda que o Poder Público se utilize das fundações de apoio tão somente para a contratação irregular de mão de obra, já que, em tese, a entidade privada poderia gastar todo o recurso repassado exclusivamente para pagamento de pessoal.

Também merecem realce as regras a respeito do acompanhamento e da fiscalização dos resultados alcançados com a execução do ajuste⁴⁰; da obrigatoriedade da entidade ter regulamento próprio para a contratação de obras e serviços, bem como para compras e alienações, estabelecendo regras objetivas e impessoais para a utilização de recursos públicos; da vedação de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese. Todas essas regras conferem maior transparência, moralidade, eficiência, e legitimidade às parcerias.

O acolhimento da tese aqui defendida afastaria algumas críticas às fundações de apoio levantadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹, haja vista que as regras da Lei Complementar Estadual nº 846/98 acima expostas são “altamente moralizadoras”⁴².

Entendimento diverso, não admitindo a veiculação, no ajuste, de regras da Lei Complementar Estadual nº 846/98, implicaria a celebração de convênio observando-se apenas os parâmetros vagos e genéricos contidos no artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93, sem as vantagens acima mencionadas, diante da inexistência de um regramento detalhado cogente, em evidente prejuízo ao interesse público.

40 O foco é o controle por resultados, tendo em vista a busca pela eficiência e qualidade da prestação de serviços públicos.

41 DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 315-319.

42 DI PIETRO, op. cit., p. 322.

5. Conclusão

No decorrer do presente artigo, procuramos contextualizar as parcerias com fundações de apoio na área da saúde e sintetizar o atual posicionamento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo a respeito do tema.

Sem pretendermos esgotar a matéria, tentamos responder ao questionamento, qual seja, como estruturar os convênios do Estado com as fundações de apoio na área da saúde?

Ao final da exposição do tema, alcançamos as seguintes conclusões: (i) a normatização vigente a respeito de convênios é vaga e genérica, sem regramento detalhado cogente, em evidente prejuízo ao interesse público; (ii) a Administração Pública deve estipular os termos dos convênios, com esteio nos princípios constitucionais previstos no seu artigo 37, *caput*, e o parceiro privado pode concordar ou não com as cláusulas do convênio, haja vista que a entidade privada não é obrigada a assinar o ajuste; (iii) a Lei Complementar Estadual nº 846/98, que disciplina o contrato de gestão, pode ser aplicada, no que couber, aos convênios firmados com fundações de apoio na área da saúde, com a consequente inserção das disposições legais nas cláusulas do convênio firmado com a entidade privada parceira.

Bibliografia

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. Coordenadores. *Terceiro Setor e Parcerias na Área de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

Limites da fiscalização exercida pelo ente repassador de recursos em convênios

Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado¹

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto²

Sumário: 1. Introdução. 2. Convênios como instrumento do federalismo de cooperação. 2.1. Controle sobre os recursos repassados por convênios. 3. Breves linhas acerca das rotinas adotadas pela União Federal. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Os convênios são definidos classicamente pela doutrina³ como a forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de um interesse comum, mediante mútua colaboração⁴.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Cursa Especializações em Direito e Economia, na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, e em Economia e Gestão, na Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas – EESP/FGV. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie e em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw. Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie.

3 Apesar do ainda dominante entendimento de que convênios e contratos são instrumentos distintos e que a principal característica a determinar essa distinção está na natureza dos interesses que animam os citados ajustes, a natureza jurídica do convênio, assim como o regime jurídico que lhe é aplicável têm sido alvo de importantes e pertinentes reflexões no âmbito doutrinário. Não obstante, para efeito do presente trabalho, essa discussão não é relevante razão pela qual adotaremos o conceito clássico, sem, contudo, deixar de sublinhar essa importante tendência.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 352.

O objeto do presente artigo circunscreve-se aos ajustes financeiros⁵ celebrados entre entes públicos e, mais especificamente, à extensão do necessário controle sobre os recursos repassados para a consecução do objeto conveniado.

Analisaremos a questão a partir da normativa vigente sobre o tema no Estado de São Paulo e na União, pretendendo, ao final, oferecer contribuições para uma boa prática na modelagem e gestão dos convênios.

2. Convênios como instrumento do federalismo de cooperação

Os convênios entre entes da Administração Pública são mecanismos de cooperação entre governos que poderão, ou não, prever o repasse de recursos de um conveniente para outro.

Tem sua raiz na necessidade de conjugação de esforços para ampliação da capacidade administrativa dos entes com o objetivo de assegurar maior efetividade no cumprimento das incontáveis atribuições que lhe são impostas pela Constituição. O convênio insere-se, portanto, na lógica do federalismo de cooperação.

Esse arquétipo prestigia uma maior aproximação entre os entes que são instados a operar conjuntamente na medida em que as funções são exercidas de forma comum ou concorrente levando a uma maior eficiência na atuação pública.

Marcelo Novelino explicita o contexto em que esse modelo ganha força:

Este modelo se justifica a partir de uma alteração de paradigma acerca da atuação do Estado. A atitude absenteísta, típica do Estado Liberal, cede passagem para uma atuação intervencionista, característica do Es-

5 Segundo Gustavo Alexandre Magalhães, em seu livro *Convênios Administrativos – Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*, “*Os convênios financeiros envolvem a transferência de recursos de natureza pecuniária de um partícipe para outro. Trata-se de instrumento de descentralização administrativa utilizada entre entes públicos ou mesmo entre um ente da Administração Pública e um particular. (...) Já os convênios não financeiros não envolvem a transferência de recursos entre os partícipes*” (página 206). Embora a conceituação de convênio de natureza financeira seja encontrada no inciso I do parágrafo 1º do art. 1º do Decreto Federal nº 6.170/07, convém ressaltar que esse mesmo tipo de ajuste é encontrado no âmbito dos demais entes federativos.

tado de Bem-Estar Social ou Estado Providência. Neste novo paradigma, o Estado passa a atuar em áreas que até então não lhe competiam, como legislar sobre relações de trabalho, sobre o domínio econômico e social etc. Como consequência, e ante a complexidade das novas atribuições estatais, o federalismo de cooperação estabelece áreas de atuação comuns e concorrentes entre as suas entidades, de modo a concretizá-las, ao menos idealmente, de maneira satisfatória. Consagrado na Alemanha, este modelo passou a ser adotado nos Estados Unidos após a crise da bolsa de Nova York (1929). É também o modelo adotado pela Constituição Brasileira de 1988 (CF, art. 24, entre outros)⁶.

Helena Tavares Torres, ao abordar o tema sob o enfoque financeiro, observa que:

O federalismo brasileiro assume um modelo cooperativo, fundado na *solidariedade* e na garantia do *bem-estar*, que são valores típicos do Estado Social. Por isso, o sistema nacional de federalismo cooperativo contempla as competências das fontes, acompanhadas da distribuição de competências impositivas e dos direitos de participação nos fundos especiais formados com arrecadação de tributos de unidades alheias, geralmente a União.

A *solidariedade* que informa esse sistema de financiamento entre os entes do federalismo é princípio que se deve efetivar, de sorte a garantir a unidade constitucional com o descentralismo das unidades federativas. Por isso, como destaca Gilberto Bercovici, a *solidariedade* é o principal elemento de 'legitimação político constitucional do federalismo'.⁷

Para o assunto que nos toca, é importante compreender o convênio como um dos instrumentos desse modelo cooperativo de federalismo e é a partir desse enfoque que o tema do controle deve ser assimilado.

A Constituição Federal, no parágrafo único do artigo art. 23 prevê que:

6 NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 670.

7 TORRES, Helena Taveira. *Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181561>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Ainda o artigo 241 da CF dispõe:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.⁸

Gustavo Alexandre Magalhaes explica que:

A atuação cooperada entre os entes da federação é essencial para a consecução das finalidades públicas inerentes à atuação da Administração Pública. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil descritos no artigo 3º da Constituição constituem fins de todas as pessoas políticas, os quais serão mais facilmente alcançados por meio da atuação conjunta dos entes federativos. O Federalismo de cooperação alastra-se por todas as partes do país, devido às carências múltiplas de serviços públicos e das demais atividades executadas pela Administração.⁹

Essa conjugação de esforços potencializa a atividade estatal porque pode prever o somatório de recursos públicos para a alocação em determinada finalidade administrativa ou o repasse de recursos ao ente que estará em melhor condição de executar o objeto do ajuste.

O convênio constitui, portanto, instrumento à disposição do Estado para a consecução de finalidade pública, em colaboração com outros

8 “Nesse contexto, é possível afirmar que a cooperação entre os entes federados é verdadeiro mecanismo de ampliação da legitimidade democrática e para a afirmação da eficiência da atividade administrativa do Estado brasileiro. O princípio federativo não se opõe, antes exige colaboração dessa ordem. Assim, Marçal Justen Filho lembra que o espírito de cooperação é a base da ideia de federação”. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p.27.

9 *In: Convênios Administrativos, Aspectos Polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. Editora Atlas 2012, p. 27.

entes, maximizando em quantidade e qualidade a aplicação do recurso público.

A lei geral de licitações dedicou-se pouco à normatização dos convênios, disciplinando de maneira geral¹⁰ o instrumento no artigo 116, e determinando a aplicação da Lei Geral, *no que couber*. Cabe, portanto, a cada ente a edição de norma especial sobre a matéria.

No âmbito da União, os convênios são regulados pelo Decreto nº 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial nº 507/2011, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria Geral da União.¹¹

No Estado de São Paulo, a celebração de convênios foi regulamentada pelo Decreto estadual nº 59.215/13 que determina que os ajustes formalizados tenham, dentre outros, *corpo clausulado, contendo cláusulas necessárias que, atendidas as peculiaridades da espécie, disponham sobre: l) forma de prestação de contas, independentemente da que for devida ao Tribunal de Contas do Estado* (artigo 11, §1º, item 3, alínea 'l').

Essa é a moldura normativa em que está inserido o convênio, dentro da qual investigaremos a extensão do controle que deve ser aplicado sobre os recursos públicos repassados de um ente para o outro para a realização do objeto do ajuste.

2.1. Controle sobre os recursos repassados por convênios

O repasse de recursos a título de auxílio financeiro de um ente político a outro denomina-se transferência voluntária e constituem as descentralizações de recursos que buscam a efetivação de ações que estão na esfera de competência do ente repassador.¹² A Lei de Responsabili-

10 “Busca o dispositivo dar cunho de norma geral ao assunto, uma vez que adota a expressão ‘Administração Pública’ no §1º e faz menção à Assembleia Legislativa e à Câmara Municipal do §2º (...) inteira razão se dá Jessé Torres quando, apreciando a matéria, considera que a índole de norma geral só pode ser admitida na observação das exigências mínimas a serem atendidas, não sendo impossível abstrair a competência de estados, municípios e Distrito Federal para também legislar sobre o tema.” (*in: Manual de Convênios Administrativos*. BITTENCOURT, Sidney. Editora Forum, 2012, p. 55).

11 Essa normativa será analisada com maior detalhamento no item III desse artigo.

12 BITTENCOURT, op. cit., p. 51.

dade Fiscal (LC 101/00) define transferência voluntária como *a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde* (art. 25).

Essa transferência de recursos financeiros tem, em verdade, natureza de descentralização de créditos orçamentários do órgão repassador destinados à execução do objeto do convênio.

O tema do controle da aplicação dos recursos públicos tem sede constitucional e decorre, primordialmente, do dever de prestação de contas previsto no artigo 70 da Constituição Federal:

Art. 70. (...)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Essa obrigação é reforçada pela Lei nº 8.666/93 que atribui à Administração Pública o poder de fiscalizar os contratos administrativos celebrados, conforme disposto no artigo 58, III¹³, prerrogativa que se aplica aos convênios, nos termos do artigo 116.¹⁴

O §3º, inc. I do artigo 116 prevê, ainda, a possibilidade de retenção de parcelas de repasse quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública.

Questiona-se, portanto, qual é a extensão do controle do órgão repassador sobre o recurso transferido?

13 Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: III - fiscalizar-lhes a execução.

14 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.

Para melhor ilustrar o problema, traremos à baila dois exemplos vivenciados pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para, a partir dos casos concretos, proceder ao exame da questão.

O primeiro caso cuidou de convênio firmado entre o Estado de São Paulo e um Município para transferência de recursos necessários à construção de um equipamento social. A municipalidade, ao realizar a licitação, adjudicou o objeto por valor superior ao constante do edital.

A consulta formulada questionava a possibilidade de aceitação, no momento da prestação de contas, do processo licitatório, considerando a inobservância dos preceitos da Lei nº 8.666/93. A municipalidade argumentou que a licitação era obrigação que lhe competia e que sobre o ente municipal recairia a responsabilidade por eventual irregularidade no certame.

Temos, portanto, uma primeira questão referente à extensão do controle exercido pelo ente repassador: **a licitação e a contratação efetivada pelo ente conveniente deve ser objeto de controle ou prevalece aqui apenas um controle do resultado (objeto efetivamente executado) mantendo-se a autonomia do ente conveniente?**

A resposta nos parece conduzir para a necessidade do controle. Tratando-se a natureza do recurso repassado de transferência voluntária, que se constitui em descentralização de crédito orçamentário, o órgão repassador deve se assegurar da observância da lisura do procedimento licitatório, cuja irregularidade eiva de vício a contratação e, por consequência, a aplicação do recurso¹⁵. A aplicação do recurso é, em verdade, execução orçamentária descentralizada e sobre ela deve recair o mesmo controle que seria aplicado caso se tratasse de execução direta.

15 “(...) ainda que não haja repercussão nos cofres públicos do Estado de São Paulo, conforme se depreende do próprio teor do ofício enviado pela Municipalidade (fls. 454/456), que garantiu assumir o valor das despesas que excederem o valor conveniado, a licitação padece de vício.

26. Assim, tendo em vista que o edital previu o valor máximo de R\$ 513.206,61 (quinhentos e treze mil, duzentos e seis reais e sessenta e um centavos) e que as propostas apresentadas pelos interessados, inclusive pelo licitante vencedor, ultrapassaram o valor estabelecido pelo orçamento-base, a Municipalidade deveria ter desclassificado as propostas conforme previsão do artigo 48, I e II, da Lei nº 8.666/93, e, na ausência de propostas dentro deste patamar, fixado prazo de 08 (oito) dias para apresentação de novas propostas (art. 48, §3º, da Lei nº 8.666/93) ou promovido a publicação de novo edital”. Parecer CJ/SH nº 073/2016.

Esse parece ser o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, como se verifica nos seguintes Acórdãos:

Ademais, a CDHU não pode se posicionar juridicamente como mera repassadora de verbas, eximindo-se de atos e omissões praticados pela entidade conveniada. Digo isso porque o artigo 116, § 3º, da Lei federal nº 8666/93 determina que as parcelas do convênio sejam liberadas pelo concessor somente quando houver estrita conformidade dos atos da conveniada com o plano de aplicação previamente aprovado, devendo as verbas correspondentes ficarem retidas até o efetivo saneamento de eventuais desacertos. Desse modo, de acordo com os incisos do parágrafo em referência, o concessor há de acompanhar de perto a execução e manter controle sobre a consecução do mote conveniado, agindo assim que for verificado desvio não justificado no cumprimento das etapas ou fases programadas, ou quando se configurarem práticas atentatórias aos princípios fundamentais da Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio ou, ainda, quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno. Por essa senda, não basta que a CDHU diga que se cuidava de atos de responsabilidade da Prefeitura. No caso vertente, sem que a Companhia adotasse qualquer medida preventiva ou saneadora, a Municipalidade, utilizando verbas do convênio, contratou terceiros através de instrumento eivado de vícios relevantes, como a falta de cláusulas tidas como essenciais (...) Sendo assim, não obstante o termo de convênio tenha recebido a chancela de aprovação deste Tribunal de Contas, avalio que os elementos colhidos na instrução processual não autorizam juízo favorável com relação à prestação de contas em exame.

TC-040238/026/12 – Órgão Público Concessor: Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU. Órgão Público Beneficiário: Prefeitura Municipal de Santa Cruz da Esperança. Relator: Renato Martins Costa. Publicado em 09/12/2014.

E por assim ser, não há outra conclusão, senão a de que, não só a conveniada descumpriu as normas inerentes quanto à matéria, como a concessionária também as descumpriu, porquanto tinha ela o poder – dever de acompanhar e fiscalizar toda a execução dos convênios, devendo, sim, responder pelo ato faltoso.

TC – 2228/009/08 Órgão Concessor: Prefeitura Municipal de Guapia-
ra. Órgão Beneficiário: Associação Cristã de Moços de Itapeva.
Relator: Dimas Eduardo Ramalho. Publicado em 09/12/2014.

O segundo caso que pretendemos trazer à discussão diz respeito a convênio firmado entre o Estado de São Paulo e um Município para transferência de recursos necessários para a execução de recapeamento asfáltico.

A consulta formulada questionava a possibilidade de aceitação do aditamento contratual, de natureza quantitativa, celebrado pelo Município, que ultrapassou o percentual de 25% indicado na Lei nº 8.666/93, na contratação levada a cabo para a execução do objeto ajustado.

Temos, portanto, uma segunda questão referente à extensão do controle exercido pelo ente repassador: o controle deve se dar sobre eventuais aditivos contratuais realizados pelo ente conveniente? A conclusão variaria se eventual acréscimo contratual fosse inteiramente custeado por recursos do ente conveniente?

Aqui parece-nos que o controle deve ser feito sobre eventual aditivo contratual realizado na contratação perpetrada para a execução do objeto conveniado sempre que o acréscimo for suportado por recurso do ente repassador.

Isso porque o §3º do artigo 116 da Lei nº 8.666/93 ao determinar a retenção das parcelas do convênio quando verificadas práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública confere ao ente repassador a obrigação de controle da lisura e adequação de todos os atos praticados na execução do convênio, no que se inserem eventuais aditivos contratuais.

Assim, em havendo descumprimento legal, compete ao ente repassador a glosa da parcela até que seja sanada a irregularidade, o que, a depender da hipótese, poderá levar à extinção do ajuste com a necessária devolução dos recursos repassados.¹⁶

16 “II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas”. (g.n)

No entanto, na hipótese proposta como caso-base, esse controle só será razoável na medida em que o aditamento pretendido ou perpetrado em desacordo com a legislação for suportado com recursos públicos do ente repassador. Essa deve ser medida da extensão do controle sob pena de usurpação de competência do ente conveniente, assim como da Corte de Contas a quem incumbe, constitucionalmente e em auxílio ao Poder Legislativo, a fiscalização quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade da aplicação de recursos públicos.

Nessa linha, caso o aditamento seja suportado com recursos do ente conveniente, eventual ilegalidade deverá ser objeto de controle pelos órgãos competentes.

Parece-nos, portanto, que o controle do órgão repassador está circunscrito aos atos que ensejam a aplicação de seus recursos.

Como dito, no âmbito do Estado de São Paulo, a normativa disciplinadora dos convênios ainda é bastante singela, não havendo regramento claro a respeito da extensão do controle a ser exercido pelo ente repassador sobre os recursos transferidos ao conveniente.

Diferentemente, a União, até mesmo pela extensão de sua atuação e pelo protagonismo da Corte de Contas federal, tem construído balizas mais claras sobre o tema, razão pela qual entendemos pertinente tecer um breve apanhado sobre as rotinas adotadas em sede federal para, no final, apresentar proposta de boas práticas na execução dos convênios, para enfrentar os desafios trazidos nesse artigo.

3. Breves linhas acerca das rotinas adotadas pela União Federal

Para a eficiente uniformização dos parâmetros estaduais, interessante observar alguns aspectos da regulamentação adotada no âmbito da União Federal, bem como pronunciamentos advindos do Tribunal de Contas da União, os quais podem auxiliar o caminho a ser percorrido para a fixação e adoção de boas práticas.

De prêmio, importante mencionar o regramento conferido pela Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507, de 24 de novembro de 2011, que dispõe detalhadamente sobre as normas relativas às transferências de recursos da União, mediante convênios e contratos de repas-

se, disciplinando, em seu capítulo V, o acompanhamento e a fiscalização da execução de ajustes em que a União figure como concedente¹⁷.

Em seus artigos 66 e 67, aludida Portaria estabelece, como regra, a realização de visitas ao local das obras pelo concedente, assim como permite a contratação de serviços de apoio técnico de terceiros para o acompanhamento da execução. Da leitura de tais dispositivos, deduz-se que a fiscalização pretendida não seria apenas aquela procedida pela verificação formal de relatórios de prestações de contas.

No mesmo sentido, o Decreto federal nº 7.983, de 8 de abril de 2013, estabelece regras e critérios para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, fixando, inclusive, diretrizes para a celebração de aditivos em obras e serviços de engenharia.

Por oportuno, importante destacar que, segundo entendimento pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, *as transferências voluntárias são instrumentos legais cuja titularidade permanece na esfera do Poder concedente, considerando as finalidades comuns e o interesse público recíproco. Nessa hipótese, apenas a execução é descentralizada, permanecendo federal a titularidade dos recursos, não obstante a transferência financeira para outra esfera*. Este é o ponto determinante para a fixação de competência do TCU, para controle de regularidade da aplicação dos recursos que a União repassa mediante convênio (art. 71, VI, CF).

Pois bem. Seguindo tal premissa, por meio do Acórdão nº 762/2013, proferido pelo seu órgão Plenário, o C. Tribunal de Contas da União pronunciou-se, expressamente, acerca de quais seriam os adequados e suficientes limites da fiscalização exercida pelo ente repassador de recursos federais.

O caso concreto tratou de pedido de reexame interposto pelo Ministério das Cidades – MiCi, representado pela Advocacia Geral da União, contra decisão que determinou a apresentação de *plano de ação*

17 Nos termos do artigo 1º, §2º, da referida Portaria Interministerial, considera-se concedente: “órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos financeiros e pela descentralização dos créditos orçamentários destinados à execução do objeto do convênio”.

com o objetivo de implementar ações para evitar a aplicação de recursos federais em contratos decorrentes de certames irregulares, tendo em vista a recorrência de indícios de irregularidade relativos ao procedimento licitatório das obras fiscalizadas, em especial quanto à restrição à competitividade da licitação devido a critérios inadequados de habilitação e julgamento e à ausência de previsão de critérios de aceitabilidade de preços unitário e global, os quais afrontam a Lei nº 8.666/1993 e possuem potencial de ocasionar prejuízo ao erário.

O órgão fiscalizado sustentou que (i) *não cabe à União – órgão concedente – o controle irrestrito sobre a legalidade dos certames licitatórios promovidos pelos demais entes federados sendo, pois, (ii) desnecessária a apresentação do plano de ação [mencionado], considerando que a Portaria Interministerial 507/2011 já prevê as competências dos agentes envolvidos nas transferências voluntárias.*

Aludido Acórdão traz dinâmica interessante, na medida em que analisa pontualmente cada um dos argumentos tecidos pelo Ministério das Cidades – MiCi, dentre os quais destacaremos apenas alguns, considerados relevantes para a finalidade do presente artigo. A conclusão construída foi no sentido de que a União (leia-se, ente repassador) possui prerrogativas para fiscalizar os procedimentos licitatórios cujo objeto ao final contratado seja suportado com recursos federais. Note-se que tal entendimento confere bastante amplitude aos limites fiscalizatórios, por entender como desejável e exigível a verificação dos termos dos editais de licitação lançados pelos convenentes¹⁸, cujo objeto ao final contratado será custeado com recursos federais.

Por primeiro, o MiCi traz à baila precedente do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o pedido de suspensão de liminar e de sentença nº 1.328-SP ajuizado contra tutela antecipada deferida pelo MM Juízo da 1ª Vara da 8ª Subseção Judiciária de Bauru – SP, mantida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no bojo de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal *com o escopo de assegurar a fiscalização da regular aplicação de verbas federais repassadas a entes públicos*

18 Nos termos do artigo 1º, §2º, II, da Portaria Interministerial, considera-se conveniente: “órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, consórcio público ou entidade privada sem fins lucrativos, com a qual a administração pública federal pactua a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco; também entendido como contratado no âmbito do Contrato de Repasse”.

federados ou entidades privadas, através de convênios ou contratos de repasse, inclusive quanto à regularidade de procedimentos licitatórios deflagrados para tanto.

Com efeito, um dos itens da decisão então recorrida teria determinado que o concedente fiscalizasse a boa e regular aplicação das verbas federais *inclusive quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios através dos quais serão ou estão sendo contratadas as obras, serviços e aquisição de bens, somente liberando a verba após a apresentação de cópia integral do processo licitatório e da lista de verificação de sua legalidade, pelo seu departamento jurídico, na linha do entendimento externado pelo TCU.*

Nada obstante, o pedido de suspensão foi deferido pelo Presidente do C. STJ, sob a seguinte fundamentação:

Quando repassa verbas diretamente, ou quando faz isso via Caixa Econômica Federal, a União tem evidentemente interesse em que cumpram sua destinação social. Esse interesse poderia até recomendar, como determinado na decisão judicial, que as verbas só fossem liberadas após o exame detalhado da contratação das obras e serviços, bem como da aquisição de bens que aqueles recursos visam custear. Salvo melhor entendimento, a lei precisaria ser expressa a esse respeito, e não é. Uma lei que dispusesse acerca de tal investigação prévia teria que prover a União, e os delegados seus, de meios para esse efeito. A obrigação imposta pela decisão judicial, sem que haja meios para cumpri-la, paralisa a Administração Federal. Com efeito, nenhum agente público repassará verbas federais sob o guante da responsabilidade pessoal que resultará do descumprimento da ordem judicial. Os prejuízos sociais daí decorrentes serão maiores do que aqueles que poderão advir de eventuais erros ou malfeitos.

Ao apreciar tal precedente trazido pelo MiCi, o Tribunal de Contas da União aduziu que referido pronunciamento não poderia ser adotado como representativo do entendimento do STJ e, mais que isso, *em virtude do princípio da independência das instâncias, o TCU não est[aria] subordinado ao posicionamento do Poder Judiciário, mormente o adotado em outros casos.* Este o primeiro ponto cuja reflexão é necessária para operadores do Direito.

Da mesma forma, a Corte de Contas entendeu que a fiscalização em limite mais aprofundado, abarcando, pois e inclusive, os procedimentos

licitatórios lançados pelos convenientes, cujo objeto será custeado com recursos federais, não macularia a autonomia dos demais entes federativos, *na medida em que [seria] interesse dos próprios beneficiários a correta e eficiente aplicação desse numerário*. Afirmou, ademais, que tal fiscalização representaria a atuação de verdadeiro sistema de freios e contrapesos, convergindo para o regime de mútua colaboração que rege os convênios.

Outro aspecto relevante foi o posicionamento da Corte de Contas acerca da atuação da Advocacia Geral da União, instituição que, com o devido paralelismo à Procuradoria Geral do Estado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, competindo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal (art. 131 da Constituição Federal).

Quanto ao ponto, o TCU entendeu que caberia ao MiCi *socorrer-se ao Sistema de Controle Interno para exercer essa competência fiscalizatória*, não fazendo referência específica à Advocacia Geral da União. Todavia, a partir de tal manifestação, questiona-se: se não à AGU, a quem caberia a análise da legalidade dos certames realizados pelo conveniente? Esta poderia ser realizada por órgãos técnicos do Ministério interessado? Qual seria o limite de tal verificação?

De fato, não se há de negar que os diplomas legais que regulamentam a atuação da Advocacia Pública, em seus diversos níveis, restringem sua atuação, não permitindo que os serviços de consultoria e assessoramento sejam prestados para outros entes federativos. Contudo, há de se elaborar uma solução conciliadora de tais posicionamentos.

De modo a padronizar a atuação da União Federal e evitar maiores celeumas, a atual Secretaria de Governo da Presidência da República, por intermédio da Comissão de Avaliação e Monitoramento das Parcerias, a partir de insumos advindos da Coordenação Geral de Assuntos Legislativos do Departamento de Assuntos Institucionais e das minutas elaboradas pela Comissão de Atualização dos Modelos de Convênios da Advocacia Geral da União, elaborou minuta padrão de convênio celebrado com entes públicos, com vistas à execução de programas de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua colaboração.

Nesse documento, há cláusulas específicas acerca de aspectos importantes da fiscalização exercida pelo concedente, dentre os quais: (i) acom-

panhamento *in loco*¹⁹, (ii) verificação do procedimento licitatório realizado pelo conveniente, com fixação dos seus limites²⁰, (iii) aprovação do projeto básico pelo concedente²¹ e (iv) fiscalização e avaliação das ações constantes do Plano de Trabalho, com possibilidade de assunção ou transferência da responsabilidade pela execução do objeto, na hipótese de paralisação ou ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade²².

19 Cláusula quarta – Das Obrigações Gerais e cláusula décima primeira – Do Acompanhamento e da Fiscalização.

20 Cláusula nona – Da contratação com terceiros – subcláusula quarta:

“CLÁUSULA NONA – DA CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS O CONVENIENTE deverá observar, quando da contratação de terceiros para execução de obras, serviços ou aquisição de bens vinculados à execução do objeto deste Convênio, as disposições contidas na Lei nº 8.666, de 1993, e demais normas federais pertinentes às licitações e contratos administrativos, inclusive os procedimentos ali definidos para os casos de dispensa e/ou inexigibilidade de licitação.

...

SUBCLÁUSULA QUARTA. O CONCEDENTE deverá verificar o procedimento licitatório realizado pelo CONVENIENTE, no que tange aos seguintes aspectos: I. contemporaneidade do certame; II. compatibilidade dos preços do licitante vencedor com os preços de referência; III. enquadramento do objeto conveniado com o efetivamente licitado, e IV. fornecimento de declaração expressa firmada por representante legal do CONVENIENTE ou registro no SICONV que a substitua, atestando o atendimento às disposições legais aplicáveis ao procedimento licitatório”.

21 “CLÁUSULA NONA – DA CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS – SUBCLÁUSULA PRIMEIRA”

22 “CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DO ACOMPANHAMENTO E DA FISCALIZAÇÃO

Incumbe ao CONCEDENTE exercer as atribuições de acompanhamento, fiscalização e avaliação das ações constantes do Plano de Trabalho, na forma do art. 5º, § 2º, e arts. 65 a 71 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, podendo assumir ou transferir a responsabilidade pela sua execução, no caso de paralisação ou ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade.

SUBCLÁUSULA PRIMEIRA. O CONCEDENTE designará e registrará no SICONV representante para o acompanhamento da execução deste Convênio, denominado gestor do Convênio, o qual anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à consecução do objeto, adotando as medidas necessárias à regularização das falhas observadas, verificando: I. a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos, na forma da legislação aplicável; II. a compatibilidade entre a execução do objeto, o que foi estabelecido no Plano de Trabalho e os desembolsos e pagamentos, conforme os cronogramas apresentados; III. a regularidade das informações registradas pelo CONVENIENTE no SICONV; e IV. o cumprimento das metas do Plano de Trabalho nas condições estabelecidas.

SUBCLÁUSULA SEGUNDA. A fiscalização pelo CONCEDENTE consistirá em:

I. atesto da aquisição de bens e da execução dos serviços realizados no âmbito do Convênio a cada medição, por meio da verificação da compatibilidade dos quantitativos apresentados nas medições com os quantitativos efetivamente executados, ressalvado o disposto no Título V, Capítulo VII – Do procedimento Simplificado de Fiscalização, Contratação, Execução

e Acompanhamento para Obras e Serviços de Engenharia de Pequeno Valor, da Portaria Interministerial nº 507, de 2011;

II. análise e aprovação das eventuais reformulações de projetos básicos quando houver modificação dos projetos de engenharia e das especificações dos serviços, desde que fundamentadas e justificadas em relatórios técnicos de engenharia elaborados pelo CONVENENTE, preferencialmente aprovadas pelo responsável técnico pela elaboração dos projetos de engenharia, observando todas as exigências estabelecidas pela Lei nº 8.666, de 1993, para alteração de contratos administrativos;

III. verificação da existência de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, quando se tratar de obras e serviços de engenharia.

SUBCLÁUSULA TERCEIRA. A fiscalização pelo CONVENENTE consiste na atividade administrativa realizada de modo sistemático, prevista na Lei nº 8.666, de 1993, com a finalidade de verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas em todos os seus aspectos, competindo-lhe, ainda:

I. manter profissional ou equipe de fiscalização constituída de profissionais habilitados e com experiência necessária ao acompanhamento e controle das obras e serviços;

II. apresentar ao concedente a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART da prestação de serviços de fiscalização a serem realizados, quando se tratar de obras e serviços de engenharia; e

III. verificar se os materiais aplicados e os serviços realizados atendem aos requisitos de qualidade estabelecidos pelas especificações técnicas dos projetos de engenharia aprovados.

SUBCLÁUSULA QUARTA. No exercício das atividades de fiscalização e acompanhamento da execução do objeto, o CONCEDENTE poderá:

I – valer-se do apoio técnico de terceiros;

II – delegar competência ou firmar parcerias com outros órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos, com tal finalidade; e

III – reorientar ações e decidir quanto à aceitação de justificativas sobre impropriedades identificadas na execução do instrumento.

SUBCLÁUSULA QUINTA. A fiscalização ocorrerá por meio de visitas in loco anuais e pelo encaminhamento semestral, pelo CONVENENTE, de relatórios de cumprimentos das metas físicas e de aplicação dos recursos.

SUBCLÁUSULA SEXTA. Constatadas impropriedades e/ou irregularidades decorrentes do uso dos recursos ou outras pendências de ordem técnica, obriga-se o CONCEDENTE a notificar, de imediato, o CONVENENTE, e a suspender a liberação de eventuais recursos pendentes, fixando o prazo estabelecido na legislação pertinente para saneamento ou apresentação de informações e esclarecimentos, podendo ser prorrogado por igual período.

SUBCLÁUSULA SÉTIMA. Recebidos os esclarecimentos e informações solicitados, o CONCEDENTE apreciará e decidirá quanto à aceitação das justificativas apresentadas.

SUBCLÁUSULA OITAVA. Findo o prazo da notificação de que trata a Subcláusula Quinta, sem a regularização ou aceitação das justificativas apresentadas, o gestor do Convênio do CONCEDENTE realizará a apuração do dano e comunicará o fato ao CONVENENTE, preferencialmente pelo SICONV, para que seja ressarcido o valor respectivo, sob pena de instauração de Tomada de Contas Especial.

SUBCLÁUSULA NONA. Aquele que, por ação ou omissão, causar embaraço, constrangimento ou obstáculo à atuação do CONCEDENTE e dos órgãos de controle interno e externo do Poder Executivo Federal, no desempenho de suas funções institucionais relativas ao acompanhamento e fiscalização dos recursos federais transferidos, ficará sujeito à responsabilização administrativa, civil e penal.

Em anexo à minuta-padrão, há, ainda, *check-list* elaborado pela Advocacia Geral da União, que visa a orientação da Administração quanto à instrução de tais processos administrativos.

Referida padronização confere maior estabilidade jurídica ao sistema, por meio da uniformização de procedimentos, e permite a incorporação de algumas diretrizes previstas nos regulamentos federais e em decisões oriundas das Cortes de Contas, trazendo, inclusive, os limites entendidos como adequados e suficientes, para a União, para fiscalização dos procedimentos licitatórios.

4. Conclusão

Ante as experiências aqui coligidas, e sem pretensão de solução de tema que representa verdadeira agrura para a Administração, é possível vislumbrar algumas boas práticas, dentre as quais poderiam ser citadas: (i) maior detalhamento da norma regulamentar que rege as transferências voluntárias de recursos do Estado; (ii) elaboração de minuta-padrão de convênio a ser adotada no âmbito do Estado de São Paulo, incluindo, por exemplo, cláusulas que obriguem a utilização das minutas-padrão de contratação institucionalmente aprovadas pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, bem como estabeleçam regra segundo a qual acréscimos decorrentes de eventual aditivo celebrado nos contratos de execução firmados pelo convenentes serão por estes custeados; (iii) aprovação formal de projetos básicos ou termos de referência por técnicos das Secretarias de Estado interessadas e (iv) prévia submissão das principais peças dos certames licitatórios aos órgãos técnicos das Pastas, de modo a verificar o atendimento às orientações institucionais traçadas, tais como a juntada de declaração de adoção de minutas-padrão institucionais e observância de regras relacionadas à orçamentação.

Bibliografia

DI. PIETRO. Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

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

BITTENCOURT, Sidney. *Manual de Convênios Administrativos*. 3. ed. Editora Fórum, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181561>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Plano de trabalho e controle de resultados: previsão *ex ante* ou *ex post* das obrigações conveniais

Edson Marcelo Veloso Donardi¹

Michelle Manaia Sanjar²

Rogério Augusto da Silva³

Sumário: 1. Introdução. 2. Plano de Trabalho: definição e requisitos. 2.1. Definição. 2.2. Requisitos. 3. O Papel das Consultorias Jurídicas. 3.1. O protagonismo da Administração. 3.2. A mitigação do risco jurídico-administrativo. 4. Estudo de casos 4.1. Primeiro caso. 4.2. Segundo caso. 4.3. Comentários gerais. 5. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

A palavra “Plano” pode ser conceituada como “projeto elaborado que comporta uma série de operações ou meios e que se destina a uma

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

3 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

determinada finalidade” ou ainda “conjunto de medidas, de ordem política, social, econômica etc., que visam a determinado objetivo”⁴.

Como se pode perceber, a ideia de “Plano” envolve prévio deliberar sobre uma determinada meta a ser alcançada e o elencar de forma expressa dos meios e caminhos para alcançar tal desígnio.

Veja-se que este prévio deliberar também encerra o desafio da inserção, no plano, de meios de aferição de resultados – “controle de resultados”, para que se possa efetuar a adequada avaliação do que está sucedendo na execução do plano, ou irá ocorrer na execução do plano, ou irá ocorrer ao final do plano, de sorte que se possa, se necessário, proceder às mudanças para que o objetivo originalmente projetado seja alcançado.

No caso específico dos chamados Convênios, cuidados no artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93, o “plano” que mencionamos é denominado de “Plano de Trabalho”, o qual como se verá abaixo, possui um delineamento bem específico. Se soma ao exposto que o aqui vertido não pode se esquecer do necessário declinar da visão das Consultorias da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, e neste caminho, no presente trabalho se buscou a apresentação, em linhas gerais, do que é o “Plano de Trabalho”, inclusive sendo apresentados casos práticos da utilização de meios de controle, bem como se buscou a apresentação de alguns modelos de impressos para exame e, se o caso, adaptação para as particularidades dos diversos órgãos da Administração Pública.

2. Plano de Trabalho: definição e requisitos

2.1. Definição

Plano de Trabalho é um tema desafiador sob a perspectiva do mundo jurídico, uma vez que ao mesmo tempo em que se trata de documento de cunho extremamente técnico é o documento central para que se alcance a finalidade almejada no instrumento de convênio, sendo que o ideal é

4 HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-0/html/index.htm#3>>. Acesso em: 22.02.2017.

que a minuta de ajuste seja elaborada de forma a melhor contemplar as especificidades e objetivos previstos no documento técnico abordado.

Nesse sentido, de acordo com a doutrina, plano de trabalho pode ser definido como:

O plano de trabalho centraliza todo o planejamento necessário para a execução do convênio, com o intuito de traçar um esboço das possíveis medidas a serem tomadas para que se torne possível a conquista de objeto avençado, reduzindo-se a possibilidade de insucesso.⁵

Por sua vez, de acordo com posicionamento apresentado pela 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União:

(...) o Plano de Trabalho não é uma mera carta de intenções; é, sim, importante ferramenta de controle gerencial pelo órgão concedente. É por meio do plano de trabalho que a Entidade, nos termos do §1º, do art. 116 da Lei 8.666/93, certifica-se da legalidade, legitimidade e economicidade do acordo celebrado, cria-se a possibilidade de atestar que as obras advindas da correta aplicação do plano de trabalho, estarão adequadas e prontas a cumprir sua função maior (...).⁶

Verifica-se, portanto, a importância do plano de trabalho como instrumento gerencial para que se atinja o interesse público visado pelo convênio por meio da eficiência e legalidade.

2.2. Requisitos

Dentro desse contexto, o artigo 116 da Lei nº 8.666/93 prevê que o plano de trabalho deve conter os seguintes elementos: I – identificação do objeto a ser executado; II – metas a serem atingidas; III – etapas ou fases de 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,

5 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 288.

6 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 899/2004, 2ª Câmara, decisão de 01.07.2004, decisão de 01.07.2004.

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.

Por sua vez, o artigo 5º do Decreto do Estado de São Paulo nº 59.215/13 repete as exigências do artigo 116 da Lei nº 8.666/93, acrescenta que o plano de trabalho deve demonstrar a conveniência e oportunidade da celebração do convênio e altera a redação do último requisito da lei, especificando que se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, o partícipe destinatário de recursos estaduais deve comprovar que dispõe de recursos próprios para complementar a execução do objeto, quando for o caso, ou seja, quando o custo total do empreendimento não for assumido pelo órgão concessor, o que é logicamente importante que seja esclarecido no plano de trabalho⁷.

Em relação ao primeiro requisito apresentado pela legislação em relação ao plano de trabalho, que consiste na descrição precisa do objeto, é importante observar que encontra como fundamento o fato de que a precisão na indicação do objeto impede ou ao menos dificulta, a ocorrência de desvio de finalidade. Parte-se do pressuposto de que é por meio da análise do objeto, em conjunto com a execução do convênio, que é avaliada a regularidade do repasse de recursos, de modo que o Tribunal de Contas da União entende que *“a alteração injustificada do plano de trabalho, sem a formalização de termo aditivo, pode ensejar a irregularidade de contas, com a imputação de débito e aplicação de multa ao responsável”*⁸.

O segundo requisito refere-se à definição de metas, ou seja, do marco almejado. Sobre esse ponto, é possível encontrar diversas decisões dos Tribunais Administrativos no sentido de que as metas não podem ser genéricas, sem estarem adequadamente descritos o objeto a ser executado, as metas a serem atingidas e as etapas ou fases de execução⁹.

7 Nesse sentido, TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repasses Públicos ao Terceiro Setor: Manual Básico, 2012, p. 40.

8 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1240/2006, 1ª Câmara, decisão de 26.07.2006.

9 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 479/2011, Plenário, decisão de 23.02.2011.

Julgados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo apontam, ainda, que as metas devem ser definidas qualitativa e quantitativamente, sendo apresentadas recomendações de que as metas sejam especificadas de forma detalhada¹⁰.

Observa-se, no entanto, que apesar da existência dos julgados acima, é possível encontrar julgados que penalizam com maior ou menor rigor a ausência de metas definidas no plano de trabalho no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

No julgamento do TC-002388/009/08 em março de 2016, o Plenário do Tribunal de Contas do Estado de Paulo julgou como regular um convênio cujo plano de trabalho não apresentava elementos quantitativos e qualitativos que assegurassem a conferência das metas do serviço prestado. Nesse caso, o Plenário entendeu que o convênio era regular, uma vez que a ausência de elementos do plano de trabalho não possui força bastante para fulminar o instrumento em análise e pode ser alçada ao simples campo das recomendações, como se observa no trecho transcrito abaixo:

As demais questões não possuem força bastante para fulminar o instrumento em análise e podem ser alçadas ao campo das recomendações. É o caso da ausência de elementos no plano de trabalho e outros requisitos exigidos no artigo 116 da Lei nº 8.666/93 capazes de possibilitar a conferência de metas, bem como a ausência de indicação do elemento econômico da despesa no termo de convênio e da comprovação da divulgação do extrato do ajuste.¹¹

Por outro lado, no julgamento do TC-014714/026/08 em abril de 2015, o Plenário do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo considerou irregular um convênio que não apresentava no plano de trabalho uma estipulação precisa de dados quantitativos e qualitativos das metas, como é possível aferir no seguinte parágrafo da decisão:

10 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repasses Públicos ao Terceiro Setor: Manual Básico, Dezembro de 2012, p. 40; TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, TC- 000430/002/14, 1ª Câmara, decisão de 04.04.2016.

11 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, TC-002388/009/08, Plenário, decisão de 31.08.2013.

A falta de estipulação precisa, no Plano de Trabalho, de dados quantitativos e qualitativos do estágio atual do objeto do Programa (atividades esportivas extracurriculares) e das metas correspondentes a serem atingidas pela entidade, o que limita ou mesmo impede, na prestação de contas, a análise da efetividade, eficácia e eficiência do ajuste.¹²

Ressalta-se, no entanto, que existiam outras irregularidades no convênio, não sendo possível afirmar que o tribunal de contas julgaria irregular o ajuste simplesmente pela ausência de dados específicos das metas, se a finalidade pública fosse atingida.

Assim, é possível concluir a partir da análise acima que a maior parte das decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo indicam a necessidade das metas serem detalhadas como uma recomendação, devendo ser analisado todo restante do contexto do convênio para avaliar eventual irregularidade na execução.

Em relação ao terceiro requisito do plano de trabalho, cronograma de desembolso, é apontado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo como o item que permite visualizar a implementação de um projeto em suas metas, etapas ou fases, os respectivos indicadores físicos e prazos correspondentes a cada uma delas¹³.

Por sua vez, o quarto requisito, plano de aplicação de recursos, é definido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo como a parte na qual é realizado o desdobramento da dotação e a sua consequente utilização em diversas espécies de gastos, porém, correspondentes aos elementos de despesa de acordo com a legislação vigente¹⁴.

O quinto requisito, cronograma de desembolso, é exposto, então, pelo mesmo Tribunal como o item no qual se registra o valor mensal a ser transferido pelo órgão/entidade responsável pelo programa e se registra o valor mensal a ser desembolsado pelo proponente, de acordo com a previsão de execução do projeto¹⁵.

12 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Processo nº TC-014714/026/08, Plenário, decisão de 11.03.2015.

13 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repasses Públicos ao Terceiro Setor: Manual Básico, Dezembro de 2012, p. 121/122.

14 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repasses Públicos ao Terceiro Setor: Manual Básico, Dezembro de 2012, p. 121/122.

15 TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. Repasses Públicos ao Terceiro Setor: Manual Básico, Dezembro de 2012, p. 121/122.

Nesse ponto, o sexto requisito refere-se à necessidade de previsão de início e fim da execução do objeto. Por sua vez, o sétimo requisito engloba a necessidade, nos casos em que o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, da 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.

Além dos requisitos acima, é apontado como necessário que seja apresentado junto com o plano de trabalho as licenças ambientais e aprovações de outros órgãos e entidades necessários. No caso de recursos hídricos, por exemplo, é necessário exigir em alguns casos o documento que comprova a outorga de uso de recursos hídricos.

Parte da doutrina entende também como necessário que seja apresentado com o plano de trabalho o projeto básico que será utilizado em eventual licitação decorrente do convênio celebrado. Nesse sentido, o entendimento de Gustavo Alexandre Magalhães:

(...) o plano de trabalho deve ser acompanhado por estudos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, além de possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.¹⁶

Nesse sentido, no âmbito da União, o artigo 37 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP 5 nº 507/2011 exige a apresentação de projeto básico ou termo de referência antes da celebração dos convênios, salvo nos casos de padronização do objeto a critério da autoridade concedente, mediante despacho fundamentado¹⁷.

16 MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 288.

17 “Art. 37. Nos convênios, o projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado antes da celebração do instrumento, sendo facultado ao concedente exigi-lo depois, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos. § 1º O projeto básico ou o termo de referência poderá ser dispensado no caso de padronização do objeto, a critério da autoridade competente do concedente, em despacho fundamentado. § 2º O projeto básico ou o termo de referência deverá ser apresentado no prazo fixado no instrumento, prorrogável uma única vez por igual período, a contar da data da celebração, conforme a complexidade do objeto. § 3º O prazo de que trata o § 2º não poderá ultrapassar 18 (dezoito) meses, incluída a prorrogação, se houver. § 4º O projeto básico ou o termo de referência será apreciado pelo concedente e, se aprovado, ensejará a adequação do Plano de Trabalho. § 5º Constatados vícios sanáveis no projeto básico ou no termo de referência, estes serão comunicados ao

Dentro desse contexto, o Plenário do Tribunal de Contas da União entende que o bem jurídico perdido com o descumprimento da norma citada acima, o prévio e razoável conhecimento do objeto, faz com que a falta seja considerada grave¹⁸. No entanto, o Decreto do Estado de São Paulo nº 59.215/2013, no seu artigo 8º, § 2º, exige a apresentação de projeto básico aprovado pela autoridade competente apenas nos casos de obras e serviços a serem executados pelos Municípios. Todavia, tendo em vista os entendimentos apresentados acima, o adequado é que a exigência seja ampliada para que abranja todos os casos de celebração de convênio para a execução de obras e/ou serviços.

Relacionando com o projeto básico, há também a questão envolvendo a necessidade de apresentação dos projetos executivos. Seguindo o pressuposto do bem jurídico protegido, prévio e razoável conhecimento do objeto, pode-se concluir também como recomendável a sua exigência, observando-se que nos termos do § 1º, do artigo 7º, Lei federal nº 8.666/93, a opção pelo desenvolvimento do projeto executivo durante a realização da obra ou a prestação dos serviços, deverá ser autorizada pela Administração.

Outro requisito apontado como necessário é em caso de obra ou benfeitoria em imóveis, comprovação pelo partícipe interessado do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do bem.

Por fim, é apontado como requisito associado ao plano de trabalho, a apresentação de orçamento detalhado em planilhas, tendo em vista o disposto no artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8666/93. Nesse sentido, os artigos 27 e 28 da Portaria Interministerial CGU/MF/MP 5

conveniente, que disporá de prazo para saná-los. § 6º Caso o projeto básico ou o termo de referência não seja entregue no prazo estabelecido no parágrafo anterior ou receba parecer contrário à sua aprovação, proceder-se-á à extinção do convênio, caso já tenha sido assinado. § 7º Quando houver, no Plano de Trabalho, a previsão de transferência de recursos para a elaboração do projeto básico ou do termo de referência, é facultada a liberação do montante correspondente ao custo do serviço.”

18 “(...) para o caso de obras, deve-se dispor no plano de trabalho já do próprio projeto básico da obra, ou documentação assemelhada (...). O bem jurídico perdido com o descumprimento da norma – o prévio e razoável conhecimento do objeto em que serão empregados os recursos – é relevante, e por si só, pode justificar que se considere a falta como de caráter grave” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1777/2006, Plenário, decisão de 27.09.2006).

nº 507/2011¹⁹ apontam que o preço orçado será apresentado pelo conveniente e será obtido a partir do custo acrescido da parcela de Benefícios e Despesas Indiretas BDI.

Em face da ausência de dispositivo dispondo sobre o assunto no Estado de São Paulo, o artigo mencionado acima, que vigora no âmbito da União, pode ser utilizado como parâmetro.

No que se refere aos requisitos apontados é importante destacar o entendimento da Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰ no sentido de que as exigências do artigo 116 da Lei nº 8.666/93 devem ser aplicadas no que couber em relação aos serviços contínuos, pois aparentemente o artigo não foi redigido para serviços contínuos, mas para projetos que envolvam serviços por escopo.

Além disso, tendo em vista a importância de todos os requisitos apontados e a necessidade de controle de resultados no âmbito dos convênios, é relevante observar uma série de recomendações que foram realizadas no âmbito do Tribunal de Contas da União para instrução dos processos relativos aos convênios:

1. Tornar obrigatória, antes da análise do projeto básico de engenharia pelo concedente, a realização de inspeção prévia ao local de realização das futuras obras para verificar a adequação do projeto básico e evitar o pagamento por obras, realizadas antes da assinatura do convênio;
2. Tornar obrigatória a juntada ao processo de convênio de pelo menos um documento orçamentário que comprove a existência da previsão orçamentária de contrapartida, além da declaração de sua existência;
3. Tornar obrigatória a análise técnica dos projetos básicos de engenharia, pelo concedente, antes da liberação dos recursos financeiros, e que

19 “Art. 27. O preço para a contratação de obras e serviços de engenharia executados com recursos do orçamento da União será obtido a partir do custo acrescido da parcela de Benefícios e Despesas Indiretas BDI.

(...)

Art. 28. O preço orçado será proposto pelo conveniente com vistas à execução do objeto conveniado.”

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 239.

esta análise seja realizada por pessoas qualificadas (engenheiros civis ou arquitetos);

4. Tornar obrigatório o envio, pelo conveniente, antes da liberação dos recursos financeiros, dos documentos da licitação realizada – publicação do aviso da licitação nos jornais, orçamento da empresa vencedora, contrato da empresa vencedora, cronograma físico-financeiro da empresa vencedora, ata da homologação e adjudicação, ART dos executores, justificativa da dispensa de processo licitatório com embasamento legal e respectiva publicação, além do licenciamento ambiental e ART dos fiscais das obras;

5. Vedar o aproveitamento de licitações realizadas antes da assinatura dos convênios;

6. Tornar obrigatória a análise, pelo concedente, do orçamento detalhado da empresa vencedora da licitação ou da dispensa realizada pelo conveniente, antes da liberação dos recursos financeiros, de modo a verificar se foram seguidos os parâmetros acordados no plano de trabalho e no projeto básico de engenharia;

7. Condicionar o início das obras, por parte do conveniente, à autorização do concedente, quando este terminar a análise do projeto básico de engenharia e da planilha orçamentária da empresa vencedora da licitação;

8. Condicionar a liberação de recursos financeiros para obras ao recebimento dos documentos de medição e notas fiscais referentes às parcelas já realizadas;

9. Ao envio de pessoa qualificada (engenheiro civil ou arquiteto) para conferir se as informações constantes dos boletins de medição estão corretas e à emissão, pelo responsável pela conferência das informações, de relatório detalhado, inclusive com fotos, sobre a fiscalização realizada, atestando a realização dos serviços conforme consta do documento de medição.²¹

21 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 393/2011, Plenário, decisão de 16.02.2011.

Referidas recomendações, por objetivarem o atendimento do interesse público por meio da legalidade, moralidade, eficiência e imparcialidade, são relevantes na instrução do processo de convênio e do respectivo plano de trabalho.

3. O Papel das Consultorias Jurídicas

3.1. O protagonismo da Administração

Firmados estes primeiros aspectos, pode ser observado que “Planos de Trabalho”, “Projetos Básicos”, “Memoriais Descritivos”, etc., são a princípio meras ideias, e que na medida em que são trazidos para a realidade, são objeto de avaliação pela Administração, e estas avaliações podem ou não refletir na tomada de efetivas medidas junto às Consultorias Jurídicas.

Assim, se por um lado, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei federal nº 8.666/93, todos os convênios necessitam ser submetidos à Consultoria Jurídica, de outro, temos que a referida submissão está sujeita à discricionariedade do Administrador, bem como, análise dos autos pela Consultoria Jurídica conforme o disposto nos artigos 21 e seus parágrafos e 22 da Resolução PGE nº 77, de 03/12/2010, *devendo ser ressalvada a ausência de atribuição da Consultoria para o exame de questões de ordem técnica.*

O protagonismo da Administração na elaboração e devida avaliação da exatidão e adequação do “Plano de Trabalho” dos convênios pode ser percebida pela aplicação analógica do entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no que tange a licitações:

3. Em princípio, os Tribunais de Contas exercem fiscalização a *posteriori* sobre atos consumados pela Administração. A regra do artigo 113 da Lei de Licitações é excepcional, porque representa fiscalização prévia, anterior ao ato gerador da despesa sob fiscalização da Corte. Regra excepcional que é, deve ser interpretada restritivamente, até porque “Os órgãos de fiscalização não se substituem aos órgãos fiscalizados, que continuam titulares, com exclusividade, da competência (discricionária, em alguns casos) para a prática dos atos. Não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos. A

discricionariiedade consiste na liberdade para avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para o caso, diante das circunstâncias. Por isso, o mérito da atuação discricionária não se sujeita a revisão, nem mesmo pelo Poder Judiciário. Se o mérito do ato administrativo pudesse ser revisto pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, desapareceria a discricionariiedade” (MARÇAL JUSTEN FILHO, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11. ed., pág. 655). Mas esta, evidentemente, é a “liberdade dentro da lei”, de que fala CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 25. ed., p. 424). Dentro destes contornos, tenho que a revisão ex ante do edital – “a mais valiosa peça de que deve cuidar o administrador público no plano político da limpidez dos atos administrativos” (JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 7. ed., p. 484) – deve ser feita com a maior cautela, limitando-se a censurar flagrantes agressões à ordem jurídica e determinando a correção ou supressão de tudo o que estiver fora da lei. (Expediente: TC-004287/026/10, Representante: Autoplan Locação de Veículos Ltda. Signatário: Walkiria Hernan Duran – Representada: Prefeitura Municipal de Cubatão- Assunto: Representação contra o edital do pregão presencial n. 14/2010, tipo “menor preço por item”, objetivando o registro de preços de serviços de transporte de passageiros, para atender às demandas das Secretarias Municipais de Educação, Cultura e Turismo e Secretaria Municipal de Esportes. Sessão abertura: 19-01-2010, às 14 horas – Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga)

Utilizando-se da Economia, é possível destacar que entre as diversas classificações de avaliação, temos distinção entre avaliação *ex ante* e *ex post*:

a) Avaliação *ex ante*: realizada ao começar o projeto, antecipando fatores considerados no processo decisório;

b) Avaliação *ex post*: ocorre quando projeto está em execução, sendo que decisões são tomadas com base nos resultados alcançados.

3.2. A mitigação do risco jurídico-administrativo

As Consultorias Jurídicas não têm função fiscalizadora no cumprimento de Convênios, assim como não opinam sobre os Convênios que a Pasta irá priorizar a cada ano.

O Tribunal de Contas da União já afirmou que:

16.3. Não há como acolher a alegação de que celebrou os convênios, observando a legislação pertinente, com base na análise técnica (aspectos formais e legais) dos setores competentes do Ministério do Turismo e que não havia como adotar postura diversa da assinatura dos ajustes. Isso porque não houve qualquer atitude no sentido de fazer valer o comando do Tribunal, acima citado, de modo a descaracterizar a irregularidade apontada.

16.4 A jurisprudência desta Corte de Contas é firme em entender que o parecer jurídico/técnico não vincula a decisão do gestor, que tem o dever de examinar a pertinência, não lhe eximindo da responsabilidade pela prática de atos irregulares, como foi o caso (v.g. Acórdãos 2.693/2008 e 1.984/2014 e 2.218/2013, todos do Plenário).

16.5 A existência de plano de trabalho aprovado e de pareceres técnicos/jurídicos favoráveis à celebração do convênio não eximem o gestor da responsabilidade de proceder a verificações de conformidade e legalidade, ainda mais quando há expressa e específica determinação deste Tribunal. Cabe ao gestor, em última instância, tanto decidir sobre a conveniência e oportunidade de efetivar o procedimento administrativo quanto atuar como o fiscal dos atos dos seus subordinados.

16.6. Os pareceres emitidos por instâncias inferiores não eximem o gestor da obrigação de corrigir eventuais distorções neles verificadas. A assinatura do convênio não é ato meramente formal. Assim, a responsabilidade subjetiva do recorrente restou caracterizada com a ação culposa (assinatura dos ajustes), resultado danoso (débito) e o nexo de causalidade entre eles.

Se soma ao exposto que, a previsão de obrigações *ex ante* depende precipuamente de aspectos técnicos (de engenharia, por exemplo) que fogem das atribuições das Consultorias.

Apesar dos limites técnicos, é possível que as Consultorias Jurídicas se acautelem nos seguintes termos:

a) Tendo como pressuposto que a função das Pastas é a execução dos Planos de Governo no âmbito de suas atribuições constitucionais, diante de qualquer proposta de Convênio, é possível que as Consultorias Jurídicas se certifiquem que este se insere nas atribuições da Pasta;

b) No caso de convênios oriundos de Decretos, supõe-se que esta questão já está resolvida. A questão se põe se o Convênio ainda não resultou em Decreto e seja oriundo de novas ideias da Pasta. Apesar da cuidadosa leitura para verificar se, de fato, a matéria se insere no âmbito das atribuições da Pasta, é recomendável que seja a Administração orientada a expressamente certificar que o objeto da referida avença se insere naquelas condições, inclusive, declinando os dispositivos que embasam seu entendimento;

c) Diante de ilegalidades que possam ser percebidas, a Consultoria Jurídica pode orientar a Administração para retificação. Mas os termos técnicos de outras ciências podem eventualmente mascarar ilegalidades, e, neste caminho, só resta aos órgãos consultivos sempre arguir a existência das limitações técnicas nos exames realizados.

Com relação às obrigações *ex ante*, a serem formuladas no “Plano de Trabalho”, diante de seu caráter técnico, é recomendável que seja inserida no parecer recomendação para que seja certificado pela Administração que o que neles consta atende ao disposto na legislação de regência (ABNT, CREA etc.).

Eventualmente, pode haver um terceiro envolvido no processo de Convênio, o qual não é parte da avença, mas tem ligação indireta com ela, pois os recursos a serem repassados ao Município, por exemplo, decorrem de empréstimo tomado pelo Estado junto a organismos multilaterais.

Neste caso, é possível recomendar que a Administração submeta previamente o Plano de Trabalho ao organismo multilateral, e procure obter sua autorização expressa.

No Plano de Trabalho devem ser fixados os objetivos a serem alcançados, os quais cabe à Administração fiscalizar, cabendo adicionar que os convênios concluídos, em regra geral, não retornam ao Órgão Jurídico, seguindo para o arquivo.

Em assim sendo, é recomendável que quando da manifestação da Consultoria Jurídica, antes da firmação da avença, insira no parecer orientação para que a Administração revise o “Plano de Trabalho” e se

certifique que ele atende fielmente o que é pretendido pelas partes, e que os autos se encontram instruídos nos termos da legislação de regência.

Não é demais ressaltar que, muito embora a atividade mais lembrada da Consultoria Jurídica, no âmbito da celebração de convênios, seja a emissão do competente parecer, seu papel de assessoramento jurídico no controle interno de legalidade na formulação e execução da política pública possibilita uma atuação mais proativa junto à Administração.

A dinamicidade de referido assessoramento permite que o órgão jurídico realize reuniões com a Administração, em momento prévio à formalização do ajuste, a fim de que seja adequadamente identificado o objeto a ser conveniado, bem como revisado todo o plano de trabalho, porquanto, não obstante ser tal plano um documento técnico, traz ele, como se verificará a seguir, elementos indispensáveis à adequada execução do objeto conveniado, de modo que um plano de trabalho confeccionado com o devido critério e imprescindível cautela, possivelmente evitará situações críticas durante sua execução.

4. Estudo de casos

4.1. Primeiro caso

No âmbito do estudo de planos de trabalho de convênio e sua repercussão no controle de resultados, o primeiro caso prático a ser analisado diz respeito a um convênio celebrado com uma organização da sociedade civil, em momento anterior ao advento da Lei federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014²², para realização do serviço de abordagem social a pessoas em situação de rua.

22 A Lei federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil.

De início, cumpre anotar que referido convênio foi celebrado com observância integral dos elementos legais mínimos e de acordo com uma padronização do serviço já existente, regulamentada conforme a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, aprovada pela Resolução nº 109, de 11 de novembro de 2009, do Conselho Nacional de Assistência Social.

O monitoramento da execução do objeto do convênio demonstrou a ineficácia da matriz padronizada de prestação do serviço. Em reuniões técnicas, constatou-se o problema da metodologia de abordagem para aquele público específico (o plano de trabalho não previa a metodologia da execução, pois não havia exigência legal).

Chegou-se à conclusão de que o Município precisava participar do fluxo operacional que integrava a realização do objeto do convênio, considerando que algumas intervenções, reputadas necessárias, eram de competência municipal.

Depois da realização de diversas reuniões com representantes do Município pactuou-se uma metodologia em instrumento próprio que estabeleceu a relação jurídica entre Estado e Município, impactando no convênio celebrado com a organização da sociedade civil, o qual também teve que ser repactuado para atingimento das metas originalmente pactuadas, sem se olvidar da pactuação de indicadores quantitativos e qualitativos de resultados, imprescindíveis para a eficácia do monitoramento e avaliação da ação governamental veiculada no convênio.

4.2. Segundo caso

O segundo caso prático a ser realizado diz respeito a convênios celebrados com Municípios e com participação de organizações da sociedade civil para execução de projeto estadual de distribuição de gênero alimentício. Da mesma forma, referidos convênios foram celebrados com observância integral dos elementos legais mínimos. Contudo, sem a implementação de um fluxo operacional de monitoramento desde o início de sua execução.

O que caracterizava o convênio em análise era a dependência de um produto obtido em um contrato de prestação de serviço. Ou seja, a realização eficaz do objeto do convênio estava diretamente ligada à re-

gularidade da realização do objeto do contrato. E mais. Em determinado momento do fluxo operacional de ambas as relações jurídicas, o produto obtido no contrato de prestação de serviços era integrado no convênio.

Portanto, a ausência de monitoramento ostensivo poderia dar azo ao cumprimento irregular no momento da transição dos instrumentos, sendo que não havia sido pactuada a metodologia desse trânsito e a fiscalização ficava precária por não possuir mecanismo eficaz de monitoramento.

Em reuniões com a Consultoria Jurídica da Secretaria, verificou-se a necessidade de estruturar o fluxo operacional do contrato e do convênio, a fim de constatar os gargalos na execução do objeto, aplicando-se instrumentos de monitoramento e fiscalização em cada etapa crítica. A partir desse diagnóstico, chegou-se à conclusão de que todo o fluxo operacional deveria constar do plano de trabalho, bem como do projeto básico da futura contratação, para ser de pleno conhecimento dos atores do processo.

4.3. Comentários gerais

Em ambos os casos acima relatados o controle de resultado foi impactado por dois elementos cruciais: (1) previsão da metodologia de execução do objeto para atingimento das metas de resultado (criação de “sala de situação” e exposição das conclusões no plano de trabalho) e (2) previsão regulamentar de monitoramento e fiscalização ostensivos e com parametrização objetiva.

Além disso, em ambos os casos, parte das obrigações conveniais foi alterada no curso da execução, como adequação técnica para o atingimento dos resultados pactuados originalmente. Bem diferente de uma regularização artificial, após exaurido o objeto. Essa última situação, salvo melhor juízo, não se configura como técnica de controle de resultados, pois extinto o convênio.

Nesse aspecto, uma mudança importante de paradigma acerca dos convênios é pensá-los a partir da existência de elementos indispensáveis no próprio plano de trabalho, elementos esses cruciais para permitir a adequada execução do objeto conveniado. Nesse aspecto, cumpre anotar relevante papel da Lei federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014,

alterada pela Lei federal nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, para identificar tais elementos, que servem tanto a parcerias quanto a convênios (identidade de pressupostos).

Dessa forma, faz-se necessário qualificar a relação jurídica estabelecida por meio da celebração de convênios por meio da aplicação de princípios e regras veiculadas no Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), as quais não se mostram incompatíveis com o instituto do convênio.

Nesse diapasão, o plano de trabalho deve ser suficientemente minucioso a fim de demonstrar os interesses comuns por meio da simbiose de elementos constantes tanto do artigo 116 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (objeto, metas, etapas, recursos, desembolso), quanto do artigo 22 do MROSC (realidade, objeto – atividades ou projetos –, metas e seus parâmetros, recursos desdobrados – receitas e despesas –, metodologia).

Ademais, imputar a estruturação das etapas de execução do objeto como responsabilidade do conveniado, na forma prevista pelo artigo 42, inciso XIX, do MROSC, respeitada integralmente a metodologia prefixada no plano de trabalho, também se mostra como diferencial na busca da eficácia da ação governamental buscada com a celebração do convênio, pois é fato que o executor do objeto tem melhores condições de intervir, passo a passo, à medida que as etapas de realização são concluídas, buscando-se o auge da eficiência.

Não se pode olvidar que o diagnóstico efetivo da realidade a ser transformada com a celebração do convênio, a parametrização de metas, indicadores quantitativos e qualitativos de resultado e estipulação cuidadosa de metodologia de execução mostram-se cruciais para o controle de tais resultados, o que denota a necessidade premente de incorporação desses conceitos nos convênios para fins de eficácia, definida sua plena compatibilidade com o regime de convênios, conforme anotado acima e diante da ausência de regulamentação estadual minuciosa a esse respeito.

A partir da análise acima exposta, alguns apontamentos são imprescindíveis para a compreensão atual do instituto, já devidamente contextualizado.

De início, elemento anterior ao próprio plano de trabalho²³, o diagnóstico da realidade a ser transformada, inovação advinda do MROSC, que pode ser transportada, com tranquilidade, para convênios, é indispensável como instrumento de planejamento administrativo e repartição orçamentária (pode parecer óbvio, mas a experiência demonstra que muitos convênios nascem sem um adequado diagnóstico da realidade). Provavelmente tal situação tenha contribuído sobremaneira para a ineficácia das ações do primeiro caso prático trazido acima.

Sobredito diagnóstico de realidade exsurge como precursor da necessidade de atuação estatal, verdadeiro nexo de causalidade entre o quadro situacional constatado e ação proposta no âmbito da parceria, conferindo o indispensável substrato lógico em que se realizará todo o planejamento das ações inerentes ao plano de trabalho. Nesse aspecto e considerando a dinamicidade e o conteúdo amplo do assessoramento jurídico, constatado o risco jurídico-administrativo na implementação de tais ações, diante de um quadro situacional diagnosticado sem o respectivo conseqüente lógico, não há óbice a que o órgão jurídico pontue tal descasamento, ante o risco de total ineficácia da medida.

Na mesma linha de pensamento, o plano de trabalho é instrumento de controle prévio de resultados, desde que implementado de modo minucioso, a partir de estudos técnicos substanciais, se necessário, e de modelos de situação. Apesar de não constar do artigo 116, da Lei federal nº 8.666/93, é imprescindível constar do plano de trabalho a metodologia de execução do objeto do convênio, nos termos do artigo 22, do MROSC, por consubstanciar instrumento relevante de previsibilidade de execução pelo conveniado, fundamental para o atingimento de metas, que devem ter parametrização objetiva prévia, e facilitar a prestação de contas²⁴.

Há de se diferenciar adequação técnica e financeira da execução do objeto do convênio, importante mecanismo de controle de resultados,

23 Como proposta prática para o aprimoramento da posição institucional da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em matéria de convênios, segue anexa planilha de conferência como parâmetro dos elementos de instrução mínimos para a celebração (Anexo II).

24 Como proposta prática para o aprimoramento da posição institucional da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em matéria de convênios, segue anexo modelo de plano de trabalho (Anexo I).

considerando o caráter dinâmico das ações que integram o plano de trabalho, da sua regularização artificial depois de extinto o convênio, essa última representando um verdadeiro mascaramento do fato de que as ações foram pensadas de maneira inadequada e não houve a devida cautela da Administração no monitoramento da sua execução, o que ensejou a regularização fictícia dos fatos passados.

A ideia de estabelecimento de obrigações conveniais *ex post* deve ser concebida de modo cuidadoso, como exceção e de apenas parte de tais obrigações, como método de controle de resultados em face de mecanismos eficazes de monitoramento, avaliação e fiscalização. Nesse ponto, o MROSC presta um importante serviço de balizamento republicano das parcerias com o Poder Público.

Importante deixar claro que, salvo melhor juízo, obrigações conveniais *ex post* dizem respeito àquelas cláusulas pactuadas após a celebração do ajuste, mas antes de seu término. Ou seja, obrigações *ex post* referem-se àquelas obrigações que, por sua natureza, não podem ser enatubuladas de pronto no momento da celebração do convênio, restando a sua construção para durante a execução do objeto, à luz do monitoramento e da avaliação que a Administração realiza, a demonstrar qual o melhor caminho a se seguir. Tais obrigações são pactuadas no curso da execução do objeto conveniado, não o sendo após a extinção do ajuste.

A implementação de obrigações conveniais *ex post* também pode trazer impacto no âmbito do planejamento administrativo e orçamentário, considerando que os programas governamentais, não obstante representarem previsão anterior que pode não ser confirmada, devem ser tratados com um mínimo de cientificidade, sob pena de impacto na probidade administrativa (não se pode conceber um plano de ação governamental que não tenha um mínimo de substrato, ainda que mera previsão).

Outro importante mecanismo é a preocupação, na confecção do plano de trabalho, com etapas de execução de períodos muito longos, pois significam menos momentos propícios para monitoramento e avaliação, além de implicar repasses de valores mais vultosos, com maior risco financeiro, portanto.

Ainda do ponto de vista financeiro e orçamentário, falhas no controle de resultados podem representar inexecução do objeto do convê-

nio, cuja consequência essencial é a devolução dos recursos e a insubsistência do projeto, com inexecução do próprio programa orçamentário, demonstrando a ineficiência da ação estatal.

Muitas vezes, o administrador opta por deixar a fixação das obrigações convenientes *ex post* em razão da falta de recursos financeiros e orçamentários para estruturar toda a execução do objeto, verdadeira armadilha, já que, no afã de executar o programa orçamentário, um projeto de qualidade pode ser comprometido desde o nascedouro.

Por fim, diante de toda essa preocupação com a estrutura dos fluxos de execução do objeto dos convênios, a existência de um sistema informatizado de convênios, que facilite a padronização de procedimentos, inclusive na confecção dos planos de trabalho, e possibilite alimentação de dados em todas as fases de execução, também é relevante instrumento de controle de resultados, especialmente se possui interfaces com outros sistemas de controle interno da Administração.

5. Conclusão

A partir do estudo realizado, é possível concluir que uma mudança importante de paradigma acerca dos convênios é pensá-los a partir da existência de elementos indispensáveis no próprio plano de trabalho, elementos esses cruciais para permitir a adequada execução do objeto conveniado.

Nesse diapasão, o plano de trabalho deve ser suficientemente minucioso a fim de demonstrar os interesses comuns por meio da simbiose de elementos constantes tanto do artigo 116 da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (objeto preciso, metas definidas qualitativa e quantitativamente, etapas descritas de forma detalhada, recursos indicados, plano de desembolso e plano de aplicação de recursos completos) quanto do artigo 22 do MROSC (realidade, objeto – atividades ou projetos –, metas e seus parâmetros, recursos desdobrados – receitas e despesas –, metodologia).

Ademais, é recomendável que a instrução do plano de trabalho seja complementada por meio de documentos que demonstrem o prévio e razoável conhecimento do objeto (projeto básico) e a legalidade na sua execução (documentos relativos à eventual propriedade do imóvel, auto-

rizações, licenças etc.) ou a indicação expressa no plano de trabalho de prazo para obtenção de tais documentos. Ainda nesse diapasão, considerando a preocupação que deve ter a Administração com a plena eficácia das ações inerentes ao plano de trabalho, bem assim com sua viabilidade técnica, indispensável que tais projetos sejam minuciosamente conferidos pelos órgãos técnicos competentes ou mesmo elaborados por eles.

Não se pode olvidar que o diagnóstico efetivo da realidade a ser transformada com a celebração do convênio, a parametrização de metas, indicadores quantitativos e qualitativos de resultado e estipulação cuidadosa de metodologia de execução mostram-se cruciais para o controle de resultados, o que denota a necessidade premente de incorporação desses conceitos nos convênios para fins de eficácia, definida sua plena compatibilidade com o regime de convênios, conforme anotado acima e diante da ausência de regulamentação estadual minuciosa a esse respeito.

Há de se diferenciar adequação técnica e financeira da execução do objeto do convênio, importante mecanismo de controle de resultados, da eventual tentativa de sua “regularização artificial”, depois de extinto o convênio. A ideia de estabelecimento de obrigações conveniais *ex post* – isto é, pactuadas depois de celebrado o ajuste, quando o projeto ainda está em execução, cujas decisões são tomadas com base nos resultados alcançados até dado momento ou até mesmo diante de situações já previstas no programa que deu origem ao projeto em curso, mas que não haviam sido cogitadas, por exemplo, por falta de recursos – é, em tese, viável, devendo, porém, ser concebida de modo cuidadoso, atuando a Administração sempre em fiel observância do ordenamento jurídico, bem como verificando cuidadosamente a natureza, a qualidade e a quantidade de tais obrigações, utilizando método de controle de resultados em face de mecanismos eficazes de monitoramento, avaliação e fiscalização. Nesse ponto, o MROSC presta um importante serviço de balizamento republicano das parcerias com o Poder Público, dedicando importantes dispositivos para a regulação de tais mecanismos.

Tendo em vista os parâmetros vislumbrados no presente estudo, segue como sugestão de aperfeiçoamento dos processos de convênio minuta genérica de plano de trabalho (Anexo I), que necessita ser adaptada às necessidades concretas, e planilha de conferência de convênios

(Anexo II), que tem apenas o propósito de oferecer um prévio roteiro para a Administração. Dessa forma, em nada prejudica quaisquer outras providências que, frente a especificidades do convênio proposto, apresentarem-se como necessárias à regularidade do ajuste.

Bibliografia

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 239.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-0/html/index.htm#3>>. Acesso em: 22.02.2017.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 288.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Repasses Públicos ao Terceiro Setor: Manual Básico*, 2012.

Jurisprudência

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. TC-000430/002/14, 1ª Câmara, decisão de 04.04.2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. TC-002388/009/08, Plenário, decisão de 31.08.2013.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. TC-014714/026/08, Plenário, decisão de 11.03.2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1777/2006, Plenário, decisão de 27.09.2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 393/2011, Plenário, decisão de 16.02.2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 899/2004, 2ª Câmara, decisão de 01.07.2004.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1240/2006, 1ª Câmara, decisão de 26.07.2006.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 479/2011, Plenário, decisão de 23.02.2011.

ANEXO I

PLANO DE TRABALHO

I. Identificação do ente conveniado

1. Dados básicos

Nome:

CNPJ:

Endereço:

CEP:

Município:

Telefones:

E-mail:

2. Identificação do responsável legal

Nome:

RG:

CPF:

Endereço:

CEP:

Município:

Telefones:

E-mail:

3. Identificação do responsável técnico pela execução do serviço a ser qualificado

Nome:

RG:

CPF:

Endereço:

CEP:

Município:

Telefones:

E-mail:

II. Caracterização socioeconômica da região e do serviço a ser qualificado

1. Localização

(Indicar o endereço completo onde o projeto será executado, inclusive Município, Distrito e bairro)

2. Caracterização socioeconômica da população da área de abrangência

(Indicar as áreas de atendimento, distritos, microrregiões previstas para o projeto, onde será comprovada a existência e localização de pessoas em situação de vulnerabilidade e/ou risco social)

3. Característica do Serviço

(a) Público-alvo: (Indicar os elementos que individualizam os usuários de um determinado serviço em face de outros, exemplo: crianças, adolescentes, jovens, famílias, idosos, pessoas com deficiência, população em situação de rua etc., inclusive, respeitando matrizes padronizadas de serviço, se for o caso)

(b) Faixa etária:

(c) Sexo:

(d) Período de funcionamento:

(e) Capacidade de atendimento:

(f) Número de pessoas atendidas por unidade de tempo:

III. Descrição do Projeto

1. Título do Projeto:

2. Descrição da realidade social a ser transformada

(A celebração do convênio tem como objetivo primordial a transformação de uma dada realidade social por meio de um projeto que qualifica uma determinada ação / serviço de interesse para a atividade estatal. Neste item, o ente conveniado deverá descrever tal realidade social merecedora da atuação via parceria, demonstrando o nexo de causalidade entre o projeto e respectivas ações e os resultados com eles pretendidos)

3. Descrição da ação / serviço a ser qualificado

(Descrição do tipo de serviço ofertado, conforme normativas específicas da política setorial de que trata a parceria, nos termos da respectiva regulamentação de cada ente federado, inclusive, respeitando matrizes padronizadas de serviço, se for o caso)

4. Objetivos

(a) Objetivo Geral

(Identificar o principal objetivo com a execução do objeto da parceria, ou seja, qual a principal transformação – aspecto macro – da realidade social diagnosticada no início da elaboração do projeto. Tal objetivo deve ser compatível com as ações / serviços prestados pelo ente conveniado, com o campo funcional da Secretaria, com o programa de trabalho orçamentário pelo qual correrão as respectivas despesas e com a política setorial de que trata a parceria)

(b) Objetivos Específicos

(Descrever as ações realizadas pelo ente conveniado, individualmente consideradas, em cumprimento ao objeto do convênio, as quais devem ser compatíveis com eventual matriz padronizada do serviço ofertado, inclusive, no que tange ao público, ambiente físico, recursos materiais, formas de acesso, articulação em rede e aquisições etc.)

5. Metodologia

(Descrever, detalhadamente, como as atividades serão desenvolvidas com o público-alvo e como os itens de despesa – seja de custeio ou investimento – auxiliarão na execução do objeto da parceria pelo ente

conveniada, fazendo-se o necessário cotejo entre cada item pretendido e as ações previstas nos objetivos específicos, juntamente com a própria ação / serviço a ser qualificado)

6. Metas

(Descrição pormenorizada das metas a serem atingidas em relação a cada ação específica prevista nos objetivos elencados)

7. Indicadores de resultados

(Definir parâmetros objetivos a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas, o efeito de tal cumprimento para fins de alcance dos resultados esperados e a metodologia para sanar eventual insuficiência constatada no curso da execução, de forma que as fases de execução convirjam para a realização integral)

8. Prazo de execução do projeto

(Sempre contado da data da assinatura do instrumento que formaliza o convênio)

9. Fases de Execução

(Detalhar como se processará, por unidade de tempo, cada ação específica prevista nos objetivos elencados)

10. Monitoramento e Avaliação

(Detalhar como se processará, pela Administração, o monitoramento e a avaliação da execução do objeto conveniado, inclusive, com indicação do(s) respectivo(s) órgão(s) / servidor(es) competente(s) e de cronograma compatível com o prazo de execução, a fim de que eventuais pontos críticos sejam constatados durante a execução, permitindo a propositura de mecanismos de solução eficazes)

IV. Recursos Físicos

(Detalhar as condições gerais do prédio onde os itens de despesa serão utilizados, bem como quais equipamentos e materiais de natureza permanente já existem no local de execução do projeto, assim como seu

estado de conservação e utilidade para a execução do objeto da parceria, inclusive, cotejando tais recursos físicos existentes com aqueles que serão adquiridos)

V. Recursos Humanos

(Especificar cargos, funções, habilitação técnica, cargas horárias e tipo de vínculo com o ente conveniado de cada profissional envolvido, direta ou indiretamente, com a execução do objeto da parceria, devendo-se atentar para que tais quadros observem eventuais normas operacionais de recursos humanos atinentes a cada política setorial)

VI. Previsão de Receitas

(Especificar as fontes das receitas visando à execução do objeto da parceria, inclusive, no que tange à eventual contrapartida de natureza financeira e também aos recursos indispensáveis à execução da ação / serviço já ofertado pelo ente conveniado que será qualificado pelo convênio)

VII. Plano de aplicação dos recursos financeiros da parceria

EXEMPLO

Quantidade	Itens de despesa	Especificações técnicas	Valor do item
02	Fogão industrial	Modelo de centro; para uso sobre piso; com estrutura em aço inox Aisi 304; revestido em aço inox Aisi 304; alimentacao a gás Glp; com 8 queimadores; duplos e removíveis para limpeza; em ferro fundido; grelha em ferro fundido; sem forno; com quadro superior, corpo, painel, varão, protetor frontal e bandeja aparadora; com garantia mínima de 12 meses; on site; fabricado de acordo com as normas vigentes NBR 10148/11.	R\$ 3.776,00

Quantidade	Itens de despesa	Especificações técnicas	Valor do item
01	Notebook	<p>Notebook; microcomputador portátil; com câmera embutida de 720 P; com processador de 2 núcleos, 4 threads; TDP max.: 15 W; com frequência de clock real, igual ou superior a 1.8 Ghz por núcleo; memória Ram Ddr3; de 8 Gb; cache de 4mb; controladora de disco padrão Sata; com 1 disco; de 01 Tb - de 5400 Rpm no mínimo; padrão Sata; barramento da controladora de vídeo padrão integrada; controladora de vídeo Svga ou superior; de 02 Gb de memória dedicada; 2 portas Usb 3.0, 1 porta Hdmi, leitor de cartoessd/mmc/ms; teclado em português, padrão Abnt 2; com gravador de DVD/CD; controladora de som integrado; com microfone integrado; tela de led de 14 polegadas; resolução de 1366 x 768; mouse touchpad sensível ao toque; Rede Ethernet 10/100/1000, WI-FI 802.11n e bluetooth; acondicionado em material que garanta a integridade do produto; Sistema Operacional Windows 8 de 64 bits em português; com bateria de Litio-ion de 6 células, com autonomia de no mínimo 9 horas, bivolt (110/240)v; garantia mínima de 12 meses, on site; acompanha fonte alimentação bivolt, conectores, drivers de instalação, manual técnico em português.</p>	R\$ 3.482,00

Quantidade	Itens de despesa	Especificações técnicas	Valor do item
03	Impressora Jato de Tinta	Impressora jato de tinta; colorida; velocidade mínima em preto de 28 Ppm; mínima colorido de 22 Ppm; resolução mínima em preto de 600 x 600 Dpi; mínima a cores de 4800 x 1200 Dpi; memória/buffer mínimo de 64 Mb; interface Usb 2.0 e Ethernet 10/100 Base-t; formulários papel comum, envelope, transparência, etiqueta, cartões, etc; capacidade bandeja principal mínimo de 100 folhas mais Adf para 20 folhas; saída mínimo de 20 folhas; sistema operacional compatível ao mínimo com Windows Vista, 7 e Server, Mac Os Elinux; acompanha DVD de instalação e software de utilização; prazo de garantia mínimo de 12 meses; tipo balcão; com manual técnico em português; com 02 cartuchos de tinta (01 preto e 01 tricolor); com cabo de alimentação.	R\$ 720,00
Total geral			R\$ 7.978,00

Observação 1: as propostas orçamentárias deverão estar em estrita conformidade com as especificações técnicas contidas no plano de aplicação.

Observação 2: nos Itens de despesa e Especificações técnicas, não indicar a marca ou modelo dos produtos.

Observação 3: especificar, de modo claro e preciso, os respectivos itens de despesas, preferencialmente utilizando os parâmetros constantes do catálogo de materiais da BEC, com o objetivo de possibilitar a análise, pelo órgão técnico, de sua necessidade, bem como da viabilidade financeira da proposta, sempre atentando para a imprescindível correlação direta com o serviço objeto da parceria.

Observação 4: A declaração de contrapartida como requisito de celebração da parceria é facultada.

VIII. Cronograma de desembolso

O recurso financeiro no valor de R\$ XX.XXX,XX (valor por extenso) (independentemente do valor da autorização governamental, o repasse

é sempre limitado ao total geral dos itens de despesa) será liberado de acordo com o seguinte cronograma:

Data	Valor	Natureza da despesa

ASSINATURA DO TÉCNICO RESPONSÁVEL PELO PROJETO

ASSINATURA DO REPRESENTANTE DO ENTE CONVENIADO
 XXXXXXXX, de XXXXXX de XXXX.

Importante: os exemplos apresentados neste capítulo (plano de trabalho), são somente ilustrativos, portanto, não devem ser copiados.

ORÇAMENTO FINAL

EXEMPLO

Quantidade	Itens de despesa	Empresa	Valor unitário	Valor Total
02	Fogão industrial	<i>(nome da empresa que ofertar menor preço)</i>	R\$ 1.888,00	R\$ 3.776,00
01	Notebook	<i>(nome da empresa que ofertar menor preço)</i>	R\$ 3.482,00	R\$ 3.482,00
03	Impressora Jato de Tinta	<i>(nome da empresa que ofertar menor preço)</i>	R\$ 240,00	R\$ 720,00
Total geral				R\$ 7.978,00

Observação 1- Plano de aplicação e Orçamento final deverão conter, ao final, o mesmo valor.

Observação 2 – Cada item deve ser adquirido na empresa fornecedora que apresentar o menor preço.

ASSINATURA DO TÉCNICO RESPONSÁVEL PELO PROJETO

ASSINATURA DO REPRESENTANTE DO ENTE CONVENIADO

XXXXXXXXX, de XXXXXX de XXXX.

Importante: os exemplos apresentados neste capítulo (orçamento final), são somente ilustrativos, portanto não devem ser copiados.

ANEXO II

PLANILHA DE CONFERÊNCIA

CONVÊNIOS²⁵

(atualização: maio de 2016)

Processo [sigla do órgão estadual] nº: _____ / _____

DILIGÊNCIAS COMUNS A TODOS OS CONVÊNIOS (aplicam-se a todos os convênios em que o Estado repassa recursos financeiros)		
DILIGÊNCIA (preferencialmente, nessa ordem de execução)	LOCALIZAÇÃO NO PROCESSO página(s)	SITUAÇÃO¹
1) Solicitação de formalização do convênio a ser apresentada pelo ente interessado, contendo descrição clara do objeto, propósitos e justificativa do interesse comum entre os partícipes. OBS: Caso a proposta advenha de Município paulista, deve estar subscrita pelo respectivo Prefeito.		

25 **OBS:** O elenco das providências aqui listadas decorre do previsto na legislação de regência (em especial, o Decreto Estadual nº 59.215/13), tendo apenas o propósito de oferecer um prévio roteiro para a administração. Dessa forma, em nada prejudica quaisquer outras providências que, frente a especificidades do convênio proposto, apresentarem-se como necessárias à regularidade do ajuste. Ademais, formada a pertinente instrução, o expediente deve ser encaminhado à Consultoria Jurídica para manifestação.

<p>2) Plano de Trabalho (Lei nº 8.666/93, art. 116, §1º e Decreto Estadual nº 59.215/13, art. 5º, inciso II), aprovado pela autoridade competente, demonstrando a conveniência e oportunidade da celebração, contendo:</p> <ul style="list-style-type: none">a) identificação do proponente;b) diagnóstico da realidade a ser transformada;c) identificação do objeto a ser executado;d) metodologia de execução do objeto;e) metas a serem atingidas (definidas qualitativa e quantitativamente);f) indicadores de resultados;g) etapas ou fases de execução;h) recursos físicos e materiais necessários à realização do objeto;i) plano de aplicação dos recursos financeiros;j) cronograma de desembolso;k) previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;l) se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, referência à comprovação de que o partícipe destinatário de recursos estaduais dispõe de recursos próprios para complementar a execução do objeto, quando for o caso. <p>OBS. 1: Na identificação do objeto, a critério do responsável técnico, pode se mostrar recomendável a inserção de Memorial Descritivo como anexo ao Plano de Trabalho.</p> <p>OBS. 2: O plano de trabalho (notadamente no que tange ao plano de aplicação e cronogramas de execução e de desembolso) não pode contemplar efeitos financeiros retroativos ao convênio (Lei Estadual nº 6.544/89, artigo 56).</p>		
---	--	--

<p>3) Pesquisa de preços realizada em, pelo menos, três estabelecimentos ou realizada com base na mesma quantidade mínima de fontes, de forma a permitir a comparação dos preços propostos com aqueles praticados no mercado. A respectiva documentação deve ser juntada aos autos;</p> <p>OBS. 1: Para a pesquisa de preços, é possível a utilização de tabelas de preços elaboradas por entidades de ilibada reputação (CPOS, SABESP, DER, SICRO, SINAPI, etc.), desde que estas tabelas decorram de efetiva pesquisa de mercado, sejam recentes e exista plena demonstração da coerência na comparação. <u>Todas as tabelas utilizadas devem ser carregadas aos autos para a pertinente documentação;</u></p> <p>OBS. 2: Se pertinente frente aos itens que compõem a planilha de custos, de rigor é a consulta aos preços registrados na BEC/SP, SIAFÍSICO e “terceirizados.com.br”;</p> <p>OBS. 3: Nos termos do Parecer SubG Cons. nº 47/16: “a) a pesquisa de preços junto a três fornecedores pode ser realizada por consulta à internet, sendo recomendável que seja acrescida com a pesquisa junto à BEC e ao SIAFÍSICO.</p> <p>b) quando houver potencial ganho de escala, a pesquisa pela internet deverá ser complementada, consultando-se diretamente os estabelecimentos sobre a cotação do quantitativo a ser adquirido.</p> <p>c) o servidor que realiza a pesquisa deve consolidá-la e subscrevê-la, certificando-se que as especificações técnicas do bem cotado conferem com o objeto a ser adquirido.”</p>		
<p>4) Orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários (inciso II, §2º, artigo 7º, Lei nº 8.666/93). A planilha deverá estar subscrita pelo responsável por sua elaboração, aprovada pelo responsável técnico desta Pasta (caso não tenha sido o autor) e pelo ordenador da despesa.</p>		
<p>5) Se o convenente for entidade estrangeira ou tiver personalidade jurídica de direito privado, documentos comprobatórios da sua existência no plano jurídico e dos poderes de seus representantes, bem como da inserção das atividades previstas no ajuste no objeto das entidades signatárias.</p>		
<p>6) Se o convenente for Estado estrangeiro ou organização internacional, prévia consulta à União, por intermédio do Ministério de Relações Exteriores, quando dispuserem sobre as matérias de que tratam os artigos 49, inciso I, e 52, inciso V, da Constituição da República.</p> <p>OBS: Caso não se trate das matérias apontadas, deverá haver apenas comunicação ao Ministério das Relações Exteriores, no prazo de até 5 (cinco) dias da assinatura do respectivo instrumento.</p>		

<p>7) Se o conveniente for Município paulista, documentação que comprove:</p> <ul style="list-style-type: none">i) estar a celebração conforme a Lei Orgânica local;ii) encontrar-se o Chefe do Poder Executivo municipal no exercício do cargo e com mandato em plena vigência;iii) não estar o Município impedido de receber auxílios e/ou subvenções estaduais em virtude de decisão do Tribunal de Contas do Estado;iv) aplicação do percentual mínimo, constitucionalmente exigido, da receita municipal resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino (artigos 35, inciso III, e 212 da Constituição da República e artigo 149, inciso III, da Constituição do Estado);v) entrega da prestação de contas anual junto ao Tribunal de Contas (artigos 35, inciso II, da Constituição da República e 149, inciso II, da Constituição do Estado e artigo 24 da Lei Complementar nº 709, de 14 de janeiro de 1993);vi) não incorrer o Município nas vedações dos artigos 11, parágrafo único, 23, § 3º, inciso I, e § 4º, 25, § 1º, inciso IV, 31, §§ 2º, 3º e 5º, 51, § 2º, 52, § 2º, 55, § 3º e 70, parágrafo único, ressalvadas as hipóteses previstas nos artigos 25, § 3º, 63, inciso II, alínea “b”, 65, inciso I e 66, todos da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000. <p>OBS 1: os documentos comprobatórios referentes às alíneas “i” a “iv” e “vi” acima poderão consistir em declarações firmadas por autoridade municipal competente, sob as penas da lei.</p> <p>OBS 2: todos os documentos comprobatórios mencionados nas alíneas acima (“i” a “vi”) poderão ser substituídos por CRMC.</p> <p>OBS 3: Não será necessária a documentação indicada nas alíneas “iii” a “vi” acima se o convênio não estipular transferência de recursos pelo Estado ou se a transferência for destinada a ações de educação, saúde e assistência social.</p> <p>OBS 4: Sugere-se a solicitação de documento subscrito pelo Prefeito com a indicação de todos os dados cadastrais da municipalidade, necessários para a composição do termo de convênio.</p>		
--	--	--

<p>8) Prova de inexistência de débito para com o sistema de seguridade social e o fundo de garantia por tempo de serviço, quando se tratar de convênio com municípios ou suas autarquias e com pessoas jurídicas de direito privado em geral (artigo 195, § 3º da Constituição Federal).</p> <p>OBS: dispensada na hipótese de apresentação do CRMC ou se a transferência for destinada a ações de educação, saúde e assistência social.</p>		
<p>9) Comprovação de inexistência de inscrição no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados – Cadin Estadual.</p>		
<p>10) Caso o partícipe seja Município paulista, Certificado de Regularidade do Município para celebrar Convênios – CRMC previsto no Decreto nº 52.479, de 14 de dezembro de 2007.</p>		
<p>11) Caso o partícipe não esteja enquadrado no Sistema Integrado de Convênios (CRMC) ou no Cadastro Estadual de Entidades (CRCE), apresentar a seguinte documentação:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) Demonstração de regularidade fiscal e trabalhista (art. 29 da Lei nº 8.666/93) ii) Declaração de idoneidade para celebrar convênios e outros ajustes com a Administração Pública; iii) Declaração de regularidade perante o Ministério do trabalho e Emprego no que se refere à observância do art. 7º, XXXIII da Constituição Federal; iv) Declaração de que não se enquadra no disposto no art. 1º da Lei Estadual nº 10.218/1999; v) Declaração de atendimento às normas relativas à saúde e à segurança do trabalho; vi) Comprovação de inexistência de Sanções Administrativas (www.sancoes.sp.gov.br). 		
<p>12) Manifestação circunstanciada a ser produzida pela área técnica da Pasta, contendo as razões que justificam a celebração de convênio, abordando adequação do seu objeto ao propósito de interesse público a que se destina e a sua pertinência ao campo funcional da Secretaria, bem como a viabilidade do respectivo projeto e a adequação do seu custo a padrões de mercado.</p>		
<p>13) Reserva de recursos, bem como declaração de que a despesa encontra respaldo na lei de diretrizes orçamentárias e no plano plurianual, quando o caso.</p>		

<p>14) Indicação do nome e documentação dos representantes dos partícipes (gestores/coordenadores) encarregados do controle e fiscalização no seu aspecto técnico e no seu aspecto financeiro.</p>		
<p>15) Minuta de instrumento de convênio, elaborada com atenção ao disposto no artigo 11 do Decreto Estadual nº 59.215/13.</p>		
<p>16) Manifestação expressa da autoridade competente para a celebração do convênio, com exposição das razões de fato e de direito que justificam a parceria, demonstrando sua conveniência e oportunidade, além de expressa assertiva acerca da razoabilidade do valor do repasse perante o objeto do ajuste.</p>		

<p style="text-align: center;">DILIGÊNCIAS ESPECÍFICAS QUANDO CONTEMPLAR A REALIZAÇÃO DE OBRAS OU SERVIÇOS DE ENGENHARIA (sem prejuízo das diligências acima listadas)</p>		
<p style="text-align: center;">DILIGÊNCIA (preferencialmente, nessa ordem de execução)</p>	<p style="text-align: center;">LOCALIZAÇÃO NO PROCESSO página(s)</p>	<p style="text-align: center;">SITUAÇÃO</p>
<p>17) Certidão emitida pelo Cartório do Registro de Imóveis competente, atestando que o partícipe beneficiário do repasse é proprietário do imóvel no qual serão realizadas as obras; Ou comprovação de posse sobre o imóvel, caso se trate de área desapropriada ou em desapropriação.</p>		
<p>18) Planta de localização.</p>		
<p>19) Projeto básico, entendido como tal o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar, com nível de precisão adequado, a obra ou serviço objeto do convênio, sua viabilidade técnica, o custo, fases ou etapas, e prazos de execução, devendo conter os elementos discriminados nos artigos 6º, inciso IX, e 12, ambos da Lei nº 8.666/93, devidamente assinado por seu responsável técnico. OBS. 1: Especialmente no caso de obras e serviços de engenharia, a Lei Estadual nº 9.076/95 frisa que a descrição técnica do objeto deve permitir sua fácil caracterização. OBS. 2: Os registros da anotação da responsabilidade técnica profissional deverão estar vinculados a cada uma das peças integrantes do Projeto Básico (item 2 do anexo II do Decreto Estadual nº 56.565/10).</p>		

<p>20) Projeto Executivo aprovado pelo responsável técnico e pelo ordenador da despesa. Caso não o seja, deve haver manifestação da área técnica proponente quanto ao momento da elaboração do projeto executivo. A opção pelo desenvolvimento do projeto executivo durante a realização da obra ou a prestação dos serviços, deverá ser autorizada pela autoridade competente (§1º, artigo 7º, Lei federal nº 8.666/93).</p>		
<p>21) Memorial Descritivo.</p>		
<p>22) Cronograma físico-financeiro.</p>		
<p>23) Anotação de Responsabilidade Técnica – ART em nome do responsável técnico pelo projeto.</p>		
<p>24) Licenças ambientais (no mínimo, licença prévia).</p>		
<p>25) Outorga de uso de recurso hídrico, caso a obra contemple tal demanda.</p>		
<p>26) Documento comprobatório de que o partícipe destinatário de recursos estaduais dispõe de recursos próprios para complementar a execução do objeto, quando for o caso.</p>		
<p>27) Análise técnica ou técnica econômica, a ser elaborada pelo órgão repassador, acerca do projeto apresentado pelo beneficiário do repasse, observado o disposto no artigo 2º do Decreto Estadual nº 56.565/10.</p>		

Prestação de contas: incidência de controles interno e externo

Maria de Lourdes d'Arce Pinheiro¹

Vera Wolff Bava Moreira²

Sumário: 1. Introdução. 2. O Controle no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 3. Prestação de Contas do Convênio. 4. Irregularidades mais frequentes na Execução Financeira dos Convênios. 5. Decisões do Tribunal de Contas da União Referentes ao Tema Abordado. 6. Convênios e Instrumentos de Parceria da Lei nº 13.019/14: Comparativo entre Controle de Meios e Controle de Resultados. 7. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Embora já delimitada a análise do tema em seu próprio título, a saber, a atividade de controle circunscrita à fase de prestação de contas do convênio, entendemos que não seria possível desvincular sua análise das demais fases e dos demais aspectos do convênio.

Uma boa prestação de contas é o resultado de um bom planejamento e de uma execução cuidadosa, preocupada em atender ao que estava previsto no plano de trabalho.

De fato, a verificação da correta aplicação dos recursos implica, basicamente, estarem todas as despesas previstas no plano de trabalho, inteiramente relacionadas ao objeto do convênio, e terem sido realizadas após a celebração do ajuste e dentro de seu período de vigência.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Tributário e Financeiro pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPG). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

A atividade de prestar contas (parcial e final) é talvez o aspecto mais evidente do exercício do controle, tanto interno quanto externo, e abarca, como já se adiantou, toda a execução do convênio.

Porém, é evidente que o controle não se restringe à prestação de contas, daí porque entendemos também importante contextualizar o controle e como ele está estruturado no nosso ordenamento jurídico.

2. O controle no ordenamento jurídico brasileiro

A Lei federal nº 4.320/64 estabeleceu, em seu art. 75, que o controle da execução orçamentária compreende: “I – a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações; II – a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos; III – o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.”

O referido diploma legal foi a primeira norma a contemplar a bipartição do controle de recursos públicos em interno e externo.

Os arts. 76 a 86 da Lei federal nº 4.320/64 assim dispõem sobre o controle interno:

Art. 76. O Poder Executivo exercerá os três tipos de controle a que se refere o artigo 75, sem prejuízo das atribuições do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

Art. 77. A verificação da legalidade dos atos de execução orçamentária será prévia, concomitante e subsequente.

Art. 78. Além da prestação ou tomada de contas anual, quando instituída em lei, ou por fim de gestão, poderá haver, a qualquer tempo, levantamento, prestação ou tomada de contas de todos os responsáveis por bens ou valores públicos.

Art. 79. Ao órgão incumbido da elaboração da proposta orçamentária ou a outro indicado na legislação, caberá o controle estabelecido no inciso III do artigo 75.

Parágrafo único. Esse controle far-se-á, quando for o caso, em termos de unidades de medida, previamente estabelecidos para cada atividade.

Art. 80. Compete aos serviços de contabilidade ou órgãos equivalentes verificar a exata observância dos limites das cotas trimestrais atribuídas a cada unidade orçamentária, dentro do sistema que for instituído para esse fim.

Por sua vez, o controle externo tem seus contornos traçados pelos arts. 81 e 82 do já citado texto de lei, os quais preceituam:

Art. 81. O controle da execução orçamentária, pelo Poder Legislativo, terá por objetivo verificar a probidade da administração, a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos e o cumprimento da Lei de Orçamento.

Art. 82. O Poder Executivo, anualmente, prestará contas ao Poder Legislativo, no prazo estabelecido nas Constituições ou nas Leis Orgânicas dos Municípios.

§ 1º As contas do Poder Executivo serão submetidas ao Poder Legislativo, com Parecer prévio do Tribunal de Contas ou órgão equivalente.

§ 2º Quando, no Município não houver Tribunal de Contas ou órgão equivalente, a Câmara de Vereadores poderá designar peritos contadores para verificarem as contas do prefeito e sobre elas emitirem parecer.

O exercício dos controles interno e externo também está definido na Constituição Federal e na Constituição do Estado de São Paulo.

A Constituição Federal, em seu art. 70, *caput*, determina que “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

De acordo com o texto constitucional (art. 70, parágrafo único), “prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária.”

O exercício do controle externo, nos termos do art. 71 da Constituição Federal, cabe ao Congresso Nacional, que o exercerá com o auxílio

do Tribunal de Contas da União, ao qual compete, entre outras atribuições: “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios” (CF, art. 71, VI).

No tocante ao controle interno, o texto constitucional estabelece que “os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno”, tendo por objetivos, dentre outros, (i) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos por entidades de direito privado; e (ii) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional (CF, art. 74, II e IV).

Ainda segundo a Constituição Federal, “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”

De seu turno, a Constituição Estadual, guardando simetria com a Constituição Federal, prevê que o controle externo será exercido pela Assembleia Legislativa, com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao passo que o sistema de controle interno será mantido, de forma integrada, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (CE, arts. 32, 33 e 35³).

3 Art. 32 – A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, das entidades da administração direta e indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único – Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 33 – O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: [...] VII – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados ao Estado e pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres; [...]

Art. 35 – Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração estadual, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III – exercer o controle sobre o deferimento de vantagens e a forma de

Em síntese, pode-se afirmar que o controle interno é exercido dentro do próprio Poder, cujos agentes guardam e empregam dinheiro e valores públicos. Trata-se de controle de natureza administrativa, feito por departamentos, órgãos ou comissões internas, os quais são responsáveis pela primeira verificação do ato do administrador. Deve ser exercido pelos órgãos técnicos e jurídicos, como, por exemplo, as Consultorias Jurídicas. No Estado de São Paulo, são também órgãos de controle interno a Corregedoria Geral da Administração (CGA) e o Departamento de Controle e Avaliação (DCA) da Secretaria da Fazenda. Consigna-se que a eficiência do controle interno é tanto maior quanto a autonomia de seus exercentes, de forma a terem total liberdade para divergir do administrador.

Quanto ao controle externo, pode-se concluir que se trata daquele efetivado por ente ou Poder não pertencente à estrutura do responsável pela atividade controlada, como, por exemplo, o controle exercido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo – este com o auxílio dos Tribunais de Contas –, quando examinam atividades administrativas dos outros Poderes, ou, ainda, pelo Ministério Público. Apresenta-se como controle exercido por ente autônomo, que no exercício da fiscalização, verifica, sob os aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, se os atos da Administração estão em conformidade com a lei.

Por fim, ressalta-se também a importância de uma boa integração entre os órgãos de controle para a obtenção de uma execução orçamentária e financeira correta e sem desvios. Se, de um lado, um controle interno atuante serve de apoio ao controle externo, nos termos constitucionais, de outro, o próprio órgão de controle externo passa a ser uma relevantíssima fonte de técnicas e normas de auditoria a serem implementadas pelos controladores internos.

Não há hierarquização entre as instâncias.

Não há sobreposição de funções, ao menos em tese.

calcular qualquer parcela integrante da remuneração, vencimento ou salário de seus membros ou servidores; [...] V – apoiar o controle externo, no exercício de sua missão institucional. §1º – Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade, ilegalidade, ou ofensa aos princípios do artigo 37 da Constituição Federal, dela darão ciência ao Tribunal de Contas do Estado, sob pena de responsabilidade solidária.

3. Prestação de contas do convênio

Com relação à prestação de contas do convênio, o controle interno é disciplinado pela Lei federal nº 8.666/1993, que, em seu art. 116, § 3º, estabelece que “as parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes: I – quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública; II – quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas; III – quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno.”

Ainda de acordo com o art. 116 da Lei federal nº 8.666/93, “quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos” (§6º).

No âmbito estadual, o Decreto nº 59.215/13 trata do controle interno, estipulando que os instrumentos de convênio deverão conter, dentre outras, cláusulas que disponham sobre (i) “indicação dos representantes dos partícipes encarregados do controle e fiscalização da execução”; e (ii) “forma de prestação de contas, independentemente da que for devida ao Tribunal de Contas do Estado” (art. 11, § 1º, 3, “k” e “l”).

Na seara do controle externo, a prestação de contas deve atender ao quanto disposto nas Instruções Normativas TCE/SP nº 02/2016 (arts. 102 a 109).

4. Irregularidades mais frequentes na execução financeira dos convênios

Na análise da prestação de contas de convênios, são estas as irregularidades mais frequentemente encontradas:

- (i) Saque total dos recursos do convênio, sem levar em conta o cronograma físico-financeiro de execução do objeto;
- (ii) Realização de despesas fora da vigência do convênio;
- (iii) Saque dos recursos para pagamento em dinheiro de despesas;
- (iv) Utilização de recursos para finalidade diferente daquela prevista no convênio;
- (v) Utilização de recursos em pagamento de despesas outras do conveniente;
- (vi) Pagamento antecipado a fornecedores de bens e serviços;
- (vii) Transferência de recursos da conta corrente específica para outras contas;
- (viii) Retirada de recursos para outras finalidades com posterior ressarcimento;
- (ix) Apresentação de documentação inidônea para comprovação de despesas;
- (x) Falta de conciliação entre débitos em conta e os pagamentos efetuados;
- (xi) Ausência de aplicação de recursos do convênio no mercado financeiro, quando o prazo previsto de utilização for superior a 30 dias;
- (xii) Uso dos rendimentos de aplicação para finalidade diferente da prevista no convênio.

A ocorrência de irregularidades acarretará a reprovação da prestação de contas e a consequente devolução do total ou de parte do valor recebido pelo conveniente.

Sobre o tema, cumpre realçar o posicionamento manifestado no Parecer AJG nº 694/2013, que assim trata da devolução de valores repassados pelo Estado de São Paulo em caso de inexecução parcial do objeto do convênio:

[...]

16. Decorridos mais de quatro (04) anos da data fixada para o término do ajuste (02.07.2009), sem que o Município tenha executado as obras que faltavam, descabe prorrogar o prazo de vigência do convênio para “regularizá-lo”.

[...]

17. Uma vez que as obras de recuperação da estação ferroviária previstas no plano de trabalho, apesar de passados nove (09) anos da celebração do convênio, continuam inacabadas, deve o ajuste ser rescindido, por descumprimento parcial do seu objeto, com fundamento no artigo 116, *caput*, c.c. os artigos 77 e 78, I, da Lei federal nº 8.666/1993. Em consequência, deverá o Município devolver os recursos estaduais nelas despendidos.

[...]

19. Assim, a menos que o Município comprove a ocorrência de fato superveniente alheio à sua vontade, que o tenha impedido de cumprir a obrigação assumida, deverá devolver os recursos estaduais aplicados na execução do item inacabado (obras de recuperação da estação ferroviária). É o que se infere da leitura do disposto nos artigos 78, inciso XVII, e 79, § 2º, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93.

[...]

Com relação à devolução dos valores, cabe destacar a possibilidade de parcelamento do débito, com as seguintes diretrizes fixadas no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo:

– Matéria afeta ao poder discricionário do Governador do Estado – art. 47, II e XIV, da Constituição Estadual – Parecer AJG nº 812/2015.

– Parâmetros – despacho de aprovação do Parecer AJG nº 573/2000:

[...] à falta de critérios normativamente fixados, pauta-se esta Assessoria Jurídica de acordo com a seguinte orientação no exame desses pleitos:

ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO

A) Nos convênios celebrados posteriormente à entrada em vigor da Lei federal nº 8.666, de 21/06/93, a atualização do débito, até a data da celebração do acordo de parcelamento, deve ser feita em consonância

com os **rendimentos das cadernetas de poupança** no período, já que os recursos repassados deveriam ter sido, obrigatoriamente, objeto dessa aplicação financeira (art. 116, § 4º, da LF nº 8.666/93);

B) Nos convênios celebrados anteriormente à entrada em vigor da Lei federal nº 8.666/93, a atualização do débito, até da data da celebração do acordo de parcelamento, deve ser feita de acordo com o **critério estabelecido no próprio termo original de convênio: (B.1)** se o convênio, embora sem a expressa fixação de um critério de atualização do valor dos recursos a serem devolvidos, à semelhança do disposto no § 4º do artigo 116 da Lei federal nº 8.666/93, estipula a obrigatoriedade de aplicação dos recursos transferidos no intervalo entre o recebimento e o efetivo dispêndio, de conformidade com o objeto pactuado, a atualização deve se dar em consonância com os **rendimentos no período das cadernetas de poupança**, por se tratar da aplicação mais corriqueira em se tratando de entidades públicas; **(B.2)** se o convênio, ao contrário, não contempla a obrigatoriedade da aplicação no mercado financeiro dos recursos recebidos pendentes de utilização, limitando-se a prever, genericamente, a correção monetária do saldo remanescente a ser devolvido, o critério de atualização deve ser a **variação do valor nominal da UFESP** no período-base, já que se tratava de um índice largamente utilizado, à época, para a correção de débitos estaduais.

ATUALIZAÇÃO DAS PARCELAS

C) Nos **parcelamentos superiores a 12 (doze) meses**, ao término de cada período de 12 (doze) parcelas deve o valor destas ser atualizado, sempre de acordo com o **IGPM-FGV**, por se tratar do índice mais favorável ao Estado, desestimulando, com isso, parcelamentos longínquos (com maior possibilidade de rompimento), devendo-se ter presente o caráter excepcional da medida, pois a regra é a devolução imediata integral.

JUROS DE MORA

D) Na **apuração do débito** esses juros, que constituem penalidade por descumprimento (relativo) de obrigação, **não devem ser computados**, em face da natureza jurídica do convênio, salvo nas hipóteses de: **(D.1)** previsão expressa de pagamento de juros de mora pela entidade beneficiária dos recursos, em relação aos saldos financeiros pendentes de devolução; **(D.2)** existência de decisão do Tribunal de Contas que de-

termine a devolução dos recursos com o acréscimo de juros (entendidos como os de mora legais, de 0,5% ao mês).

E) Nos acordos de parcelamento deve sempre constar a previsão de que, em caso de rompimento, arcará o Município inadimplente com o encargo de **juros moratórios à taxa legal**, de 0,5% ao mês, sendo que o não pagamento de uma parcela gera o vencimento antecipado da dívida total. [...]

– Número de parcelas – Parecer AJG nº 345/2014:

[...]

6. Todavia, preliminarmente à emissão de parecer conclusivo sobre a regularidade do parcelamento e em consonância com o sugerido no Parecer AJG nº 1118/2005, é necessário promover o retorno dos autos à origem a fim de que a entidade aponte as razões que fundamentam o pedido de fracionamento da dívida de R\$ 36.561,81 (trinta e seis mil, quinhentos e sessenta e um reais e oitenta e um centavos) em 150 (cento e cinquenta) parcelas mensais, colhendo-se, por oportuno, o correspondente pronunciamento do Titular da Pasta de Desenvolvimento Social.

7. Diante desse quadro opino pela devolução dos autos à origem, para que diligencie, obtendo informações a respeito da atual situação econômica da entidade.

8. Para esta finalidade, é recomendável que se avalie, diante do balanço patrimonial do ano de 2013 e de outros documentos que forem necessários, se é o caso de autorizar o recebimento do valor devido ao Estado em 150 parcelas mensais.

9. Lembro que, em relação ao número de parcelas, o entendimento a respeito do tema nesta Assessoria Jurídica é no sentido de que o parcelamento do débito deve ser fixado em condições jurídicas e administrativamente aceitáveis, observando-se o princípio da razoabilidade, devendo-se levar em conta o montante (do débito) a ser restituído e a situação econômica do conveniado (Pareceres AJG nº 1.488/1997, 1.208/2001, 1.306/2001, 0562/2002, 1.118/2005 e 178/2011). [...]

Quanto ao parcelamento, ressalta-se a existência de posicionamento favorável à retomada de pagamento das parcelas, em caráter excepcional, após a sua interrupção, conforme Parecer CJ/SS nº 365/2016:

[...]

6. A interrupção do pagamento do parcelamento deferido pelo Governador do Estado não configurou, propriamente, o rompimento do parcelamento, em razão da justificativa apresentada pelo Prefeito Municipal de Leme, que acabou suspenso temporariamente do exercício do cargo de chefe do executivo municipal.

7. Portanto, não tendo havido intenção deliberada de interromper o pagamento do parcelamento, conforme se verifica pela solicitação de fl. 508, não se vislumbra óbice à retomada de seu pagamento, em razão da justificativa apresentada pelo município.

8. Ante o firme propósito de retomar o pagamento, em caráter excepcional, pode a Administração conceder essa oportunidade ao município antes de declarar rompido o parcelamento.

9. Para tanto, o valor do débito deverá ser corrigido pela remuneração da caderneta de poupança acrescido de mais 0,5% de juros durante o período em que o parcelamento não foi pago. [...]

A irregularidade na prestação de contas poderá ensejar a rescisão do ajuste, conforme Parecer nº 315/2016 da Secretaria de Governo:

[...]

6. Nos termos do artigo, 116, 'caput', da Lei federal nº 8.666, de 21.06.1993, aplicam-se as disposições daquele diploma legal, no que couber, aos convênios, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

6.1. De acordo com o artigo 78, incisos I, II e VII, da referida lei, constituem motivo para rescisão do contrato, dentre outros, o não cumprimento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, bem assim o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução.

[...]

7. Como frisado na manifestação de fls. 590/592, foram constatadas irregularidades na prestação de contas dos recursos financeiros transferidos ao Município, o que, como se viu, constitui razão para a rescisão do convênio, eis que representa descumprimento de cláusulas do ajuste.

[...]

5. Decisões do Tribunal de Contas da União referentes ao tema abordado

(i) Acórdão 4324-26/15-1 Processo: 019.384/2014-9 – Data da sessão: 4/8/2015 – 1ª Câmara – Relator: Augusto Sherman Cavalcanti

A responsabilidade primária pela fiscalização da correta aplicação dos recursos federais transferidos a estados e municípios compete ao órgão ou entidade concedente, tendo lugar a ação do TCU, em regra, após a devida atuação do repassador, evitando-se com isso a duplicidade de esforços e a supressão de responsabilidades.

(ii) Acórdão 516-4/15-2 – Processo 013.719/2014-9 – Data da sessão: 24/2/2015 – 2ª Câmara – Relator: Marcos Bemquerer

A responsabilidade primária pela fiscalização dos recursos federais repassados compete ao órgão ou à entidade concedente, a quem cumpre esgotar as medidas administrativas de sua alçada para a recomposição do erário e, caso necessário, instaurar processo de tomada de contas especial a ser posteriormente apreciado pelo TCU.

(iii) Acórdão 1156-16/13-P – Processo: 000.844/2009-2 – Data da sessão: 15/5/2013 – Plenário – Relator: Benjamin Zymler

O exame da prestação de contas de um convênio abrange, além da verificação da correta utilização dos valores federais repassados, a avaliação da aplicação da contrapartida pactuada. Não havendo a comprovação desta, passa a ser exigível a devolução dos recursos federais que, indevidamente, substituíram a contrapartida não aplicada, restaurando-se a relação concedente-conveniente firmada no termo de convênio.

(iv) Acórdão 1077-16/12/P/2012 – Processo: 019.300/2007-9 – Data da sessão: 9/5/2012 – Plenário – Relator: Walton Alencar Rodrigues

É vedada a celebração de novos convênios caso o conveniente esteja em mora no dever de prestar contas de ajustes anteriores, podendo resultar na irregularidade das contas dos gestores. Não constitui mora o atraso na análise da prestação de contas pelo concedente.

(v) Acórdão 9580-37/15-2 – Processo: 010.195/2014-9 – Data da sessão: 27/10/2015 – 2ª Câmara – Relator: Vital do Rêgo

Para a comprovação da regular aplicação dos recursos recebidos, não basta a demonstração de que o objeto pactuado foi executado, mas que o foi com os recursos repassados para esse fim.

(vi) Acórdão 5170-31/15-1 – Processo: 028.368/2012-6 – Data da sessão: 8/9/2015 – 1ª Câmara – Relator: Walton Alencar Rodrigues

A autorização para a liberação de novas parcelas de convênio deve levar em conta tanto a execução física do objeto quanto a verificação da conformidade contábil e financeira da documentação de despesa apresentada pelo conveniente em relação às parcelas anteriormente transferidas.

(vii) Acórdão 6223-3515-1 – Processo: 002.344/2014-9 – Data da sessão: 13/10/2015 – 1ª Câmara – Relator: Benjamin Zymler

A comprovação da prestação de serviços ou do fornecimento de bens por pessoa jurídica na execução de convênio deve ser feita mediante nota fiscal, e não por recibo, admitido este último quando se tratar de serviços prestados por pessoa física. Em ambos os casos, tanto a nota fiscal quanto o recibo devem conter elementos que vinculem os bens e serviços neles registrados com o objeto do instrumento pactuado.

(viii) Acórdão 3404-38/07-1 – Processo: 011.431/2002-3 – Data da sessão: 30/10/2007 – 1ª Câmara – Relator: Augusto Nardes

Podem ser consideradas falhas de natureza formal as despesas impugnadas por pequenas infrações à lei de licitações e contratos, quando inexisterem elementos de dolo ou má-fé, e ausência de dano ao erário.

6. Convênios e instrumentos de parceria da Lei nº 13.019/14: comparativo entre o controle de meios e o controle de resultados

A Lei nº 13.019/14, em síntese, prevê instrumentos de parcerias voluntárias, firmadas com ou sem repasse de recursos financeiros, com organizações da sociedade civil (definidas no inciso I do artigo 2º daquele diploma legislativo), a fim de viabilizar projetos ou atividades de interesse público. Pode-se afirmar que tais instrumentos veiculam uma obrigação essencialmente de resultado, privilegiando a verificação de eficiência, eficácia e efetividade pelo Poder Público. Esta valorização dos efetivos resultados da parceria é a grande marca inovadora do mencionado diploma normativo.

Em convênios, por sua vez, as normas em vigor, sem olvidar do controle do resultado final do ajuste (se, enfim, foi ou não alcançado o objeto comum que motivou a celebração da avença), privilegiam controle de “meio”, destacando a atribuição do Poder Público de, fundamentalmente, acompanhar a execução periódica das atividades previstas no plano de trabalho e da correspondente aplicação dos recursos, conforme o orçamento e cronogramas físico e financeiro previamente aprovados pelos partícipes.

O Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC traz um novo olhar sobre a prestação de contas, compartilhando a responsabilidade desta etapa entre as OSCs e a Administração Pública.

A Lei prevê basicamente duas fases para a prestação de contas das parcerias de que cuida, sendo a primeira delas a apresentação das contas pela OSC e a segunda, a apreciação destas pela Administração (órgão concedente do recurso), sem prejuízo das análises dos demais órgãos de controle (Tribunal de Contas, por exemplo).

Não há previsão de prestação de contas a cada parcela (como nos convênios), mas sim de forma anual, além da final.

A prestação de contas relativa à execução objeto dar-se-á mediante a análise dos documentos previstos no plano de trabalho, nos termos do inciso IX do art. 22 da Lei nº 13.019/2014, além dos seguintes relatórios:

a) relatório de execução do objeto da parceria, elaborado pela OSC, contendo as atividades ou projetos desenvolvidos para o cumprimento do objeto e o comparativo de metas propostas com os resultados alcançados;

b) relatório de execução financeira do objeto da parceria, com a descrição das despesas e receitas efetivamente realizadas e sua vinculação com a execução do objeto, na hipótese de descumprimento de metas e resultados estabelecidos no plano de trabalho. Ou seja, o relatório de execução financeira é subsidiário, sendo pedido somente na hipótese de descumprimento de metas e resultados e deve demonstrar que há coerência entre as receitas previstas e as despesas realizadas.

A administração pública deverá considerar ainda em sua análise, e quando houver, o relatório de visita técnica *in loco* eventualmente rea-

lizada durante a execução da parceria e o relatório técnico de monitoramento e avaliação, homologado pela comissão de monitoramento e avaliação designada, sobre a conformidade do cumprimento do objeto e os resultados alcançados durante a execução do termo de colaboração ou de fomento.

Importante comentar que o monitoramento e avaliação é de **eficiência** (custo), **eficácia** (planejado x executado) e **efetividade** (impacto das políticas) e levará em conta os benefícios dos resultados alcançados, impactos econômicos ou sociais, satisfação do público-alvo (qualidade) e possibilidade de sustentabilidade das ações após a conclusão do pactuado.

Importante também observar que a Lei determina que a análise da prestação de contas considere a **verdade real**, conceito que reforça a ideia de que a análise não pode restringir-se à **verdade formal**, mas, ao contrário, ter foco nos fatos ocorridos e nos resultados efetivamente alcançados.

No dizer de Rubens Naves e Eduardo Pannunzio⁴, embora cuidando dos contratos de gestão e das suas diferenças em relação aos convênios com entidades (e anteriormente, diga-se de passagem, ao advento do MROSC), este raciocínio de comparação entre os instrumentos fica muito claro:

A segunda adicional característica do contrato de gestão que importa assinalar, e que também o distancia do convênio, é a de que ele consiste em um instrumento de contratualização de resultados. **A marca dessa espécie contratual é “o par ‘autonomia x responsabilização’, por meio do qual a entidade prestadora de serviços se compromete a obter determinados resultados, em troca de algum grau de flexibilidade em sua gestão.”**

Com efeito, se o convênio enceta, sobretudo, uma obrigação de meio – razão pela qual o controle exercido pelo Poder Público incide, fundamentalmente, na verificação da realização das atividades previstas no plano de trabalho e da aplicação dos recursos conforme o orçamento aprovado, independentemente do efetivo alcance dos resultados almejados com a iniciativa –, o contrato de gestão impõe à organização

4 *Organizações Sociais – A Construção do Modelo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2014, p. 80-95.

social uma obrigação de resultado: alcançar determinadas metas, mensuráveis por meio de indicadores de qualidade e produtividade.

Essa inversão pressupõe, naturalmente, uma **maior liberdade da organização social quanto à escolha dos meios mais aptos a atingir as metas pactuadas. Não fosse dessa forma e ela não poderia ser responsabilizada, como de fato é, pelos resultados.** Afinal, se o outro contratante – ou, mais grave ainda, o órgão de controle externo – define também o ‘como’ a meta deve ser alcançada, ele se torna igualmente responsável pelo seu eventual insucesso. Simples assim.

É por isso que a ênfase do controle das organizações sociais há de ser nos resultados alcançados. Não bastasse expressa disposição da lei nº 9.637/98 nesse sentido, o TCU foi claro ao afirmar que:

[...] o controle da legalidade deve ceder espaço ao controle teleológico ou finalístico. A aferição de resultados e, sobretudo, a satisfação do usuário serão a tônica da atividade controladora dos setores externos ao núcleo burocrático do Estado.

Também o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade movida em face da Lei nº 9.637/98, chancelou essa leitura. Observe-se trecho de voto do ministro Gilmar Mendes:

[...] o contrato de gestão constitui um instrumento de fixação e controle de metas de desempenho na prestação dos serviços. E, assim sendo, baseia-se em regras mais flexíveis quanto aos atos e processos, dando ênfase ao controle dos resultados.

De fato, são de resultados os compromissos assumidos pela organização social ao firmar o contrato de gestão, e **não é legítimo ou mesmo razoável desconsiderar esse fato para, no momento do controle, dispende excessiva energia na verificação dos meios por ela empregados.** A uma, porque essa atitude subverte a essência do ajuste, tratando, a *posteriori*, e em desrespeito às previsões legais e contratuais, a obrigação da organização social como se fosse uma obrigação de meio, e não de resultado. A duas, porque deixa de explorar o potencial que uma análise de resultados pode ter para melhorar a eficiência dos serviços públicos disponibilizados à sociedade, potencial este que impulsionou a Reforma do Estado e a própria edição da Lei nº 9.637/98. A três, por-

que gera um enorme dispêndio de tempo, pessoal e recursos, tanto das instâncias de controle quanto da organização social, que são forçados a analisar e responder um conjunto de questionamentos impertinentes à lógica do modelo, com inegáveis prejuízos ao erário e ao interesse público. (grifos nossos)

Após a análise da prestação de contas, o gestor responsável deve emitir um parecer técnico mencionando: resultados alcançados e seus benefícios, impactos econômicos ou sociais, grau de satisfação do público beneficiário, e possibilidade de sustentabilidade das ações após o término da parceria.

A manifestação final sobre a prestação de contas deverá apresentar uma destas conclusões: aprovação, aprovação com ressalvas ou rejeição com determinação da imediata instauração de tomada de contas especial.

A Lei nº 13.019/14 também inova quando permite à OSC solicitar autorização para devolução de recursos por meio de ações compensatórias de interesse público, mediante a apresentação de novo plano de trabalho relacionado ao objeto da parceria e à área de atuação da organização, desde que não tenha havido dolo ou fraude e não seja o caso de restituição integral de recursos.

Há um prazo de prescrição das sanções administrativas de 5 (cinco) anos, contados a partir da apresentação da prestação de contas.

7. Conclusão

Nos convênios, o controle, seja interno ou externo, está voltado, essencialmente, à verificação da realização das atividades previstas no plano de trabalho e da regular aplicação dos recursos financeiros, pouco importando o efetivo alcance dos resultados almejados com a iniciativa.

Trata-se de um controle de natureza formal, que se mostra insuficiente, especialmente quando se tem em conta o controle de resultados preconizado pela Lei federal nº 13.019/14, a qual, no tocante às parcerias, valoriza o resultado dos ajustes, avaliando a eficiência (custo), a eficácia (planejado x executado) e a efetividade (impacto das políticas).

A fim de dar mais consistência às atividades atinentes aos controles interno e externo dos convênios, a análise da prestação de contas deve-

ria, tal como ocorre nas hipóteses regidas pela Lei federal nº 13.019/14, considerar a “verdade real”, que, indo além da mera “verdade formal”, considera os resultados efetivamente obtidos.

Bibliografia

NAVES, Rubens (Coord.). *Organizações Sociais – A Construção do Modelo*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2014.

A vedação dos efeitos financeiros retroativos nos convênios firmados pelo estado de São Paulo

Fábio Augusto Daher Montes¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações iniciais. 3. A interpretação da expressão *efeitos financeiros retroativos* e o posicionamento da Procuradoria Geral do Estado. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Como sabido, convênios são ajustes nos quais os partícipes possuem interesse convergente e conjugam esforços para o seu atingimento², não incidindo, ao menos por expressa disposição legal, o de-

1 Procurador do Estado de São Paulo, em exercício na Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral. Especialista em Direito Administrativo pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – GVLaw. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

2 Maria Sylvia Zanella di Pietro define convênio como *a forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração* [Direito administrativo. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 319]. Conforme explica Gustavo Alexandre Magalhães, *o entendimento sustentado pela doutrina tradicional foi concebido por Hely Lopes Meirelles, ainda na década de 70, apontando a diversidade de interesses dos partícipes como base da distinção entre contratos e convênios: 'Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço, etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas a diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objeto comum, desejado por todos. [Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012. p. 118]*

ver de licitar³, mormente nos casos em que não há repasse de recursos financeiros.

A Lei federal nº 8.666/93, norma geral sobre o tema⁴, traz apenas um artigo específico sobre convênio⁵, sendo que os demais dispositivos aplicam-se aos convênios *no que couber*⁶, o que dificulta a compreensão

3 Neste sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro pontua que *resta assinalar, com relação ao convênio, que sua celebração independe de prévia licitação. O assunto já foi tratado no livro Temas polêmicos sobre licitações e contratos (2000:310-314), onde realçamos o que segue: 'Enquanto os contratos abrangidos pela Lei nº 8.666 são necessariamente precedidos de licitação – com as ressalvas legais – no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de know-how. Não se cogita de remuneração que admita competição. Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2º da Lei nº 8.666; no caput é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a 'estipulação de obrigações recíprocas' a que se refere o dispositivo. Há que se lembrar, contudo, que, não obstante a denominação de 'convênio', ou 'protocolo de intenções', ou 'termo de compromisso', ou outra qualquer semelhante, se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, com formação de vínculo contratual, a licitação será necessária, sob pena de ilegalidade. Situação como essa é que o legislador quis coibir com a expressão seja qual for a denominação utilizada, inserida na parte final do parágrafo único do art. 2º' [Parcerias na Administração Pública. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 241. g.n.]. José dos Santos Carvalho Filho também assevera que a celebração de convênios, por sua natureza, independe da licitação prévia como regra. É verdade que a Lei nº 8.666/93 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para a cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação [Manual de Direito Administrativo. 23. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 244].*

4 Com efeito, assim dispõe a Constituição Federal:
Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

5 Artigo 116:

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.

[...]

6 Nos termos do próprio *caput* do artigo 116 da Lei Federal nº 8.666/93.

de seu regramento. Com efeito, há diversas dúvidas sobre o que seria ou não permitido na sua formatação, isto é, se a regra incidente nos contratos seria ou não cabível aos convênios.

Com isso, os entes federativos acabam por consolidar a regulamentação do convênio do modo que julgam mais adequado⁷, interpretando quais os dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93 lhe são aplicáveis e acrescentando outras regras e condições com as quais irão se relacionar com o parceiro⁸.

No Estado de São Paulo, atualmente, há uma peculiaridade.

Sob a égide do Decreto-Lei federal nº 2.300/83⁹, foi editada a Lei estadual nº 6.544/89, também dispondo sobre licitações e contratos. No mesmo passo do artigo 51, § 2º¹⁰, da lei federal, a lei estadual fixou dispositivo que expressamente veda que sejam atribuídos efeitos financeiros retroativos ao contrato administrativo:

Artigo 56 – É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por esta lei, bem assim as suas alterações sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa.

7 Edmir Netto de Araújo, analisando o tema, pontua que *em se tratando de normas gerais, remanesce para as demais pessoas políticas a competência legislativa suplementar (art. 24, § 1º, da CF), como acontece no caso (CF, art. 24, § 1º) da competência concorrente; mas praticamente nada sobrou, na matéria específica de licitações e contratos administrativos, à complementação legislativa* [Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 696].

8 Nesse passo, a União editou o Decreto federal nº 6.170/07, que regulamenta de maneira pormenorizada os convênios por ela firmados, enquanto o Estado de São Paulo fixou o seu regulamento por meio do Decreto estadual nº 59.215/13, de modo muito mais sucinto.

9 Que dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal, sendo as normas gerais aplicadas aos demais entes federativos, conforme fixado em seu artigo 85.

10 Art. 51. *Todo contrato deve mencionar, no preâmbulo, os nomes das partes e de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação ou da dispensa, a sujeição dos contratantes às normas desde decreto-lei e às cláusulas contratuais.*

[...]

§ 2º *É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por este decreto-lei, bem assim às suas alterações, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa.*

E essa regra é aplicada aos convênios, com fundamento no artigo 89¹¹ da mesma norma e no artigo 12 do Decreto estadual nº 59.215/13:

Artigo 12 – É vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos convênios de que cuida o presente decreto, bem como às suas alterações (artigo 56 da Lei nº 6.544, de 22 de novembro de 1989).

Ocorre que disposição similar foi vetada¹² do projeto que resultou na Lei Federal nº 8.666/93, lei esta que revogou o Decreto-Lei federal nº 2.300/83, o que tornou a vedação explícita somente ao Estado de São Paulo. Apesar disso, prevalece o entendimento que a vedação permanece, de forma implícita, no âmbito federal¹³, o que

11 Artigo 89 – Os convênios e consórcios celebrados pela Administração centralizada e autárquica do Estado com entidades públicas ou particulares regem-se pelo disposto nesta lei, no que couber.

12 O vetado § 2º do artigo 61 dispunha ser *vedado atribuir efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos por esta Lei, bem como às suas alterações, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de quem lhe deu causa, ressalvada a hipótese prevista na alínea “d” do inciso II do art. 65, quando os efeitos financeiros poderão retroagir à data do requerimento para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*. Tal dispositivo foi vetado seguindo orientação da Advocacia-Geral da União pela *ausência dos pressupostos autorizadores da revisão de preços*, ou seja, por questões relacionadas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme razões contidas no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep335-L8666-93.pdf. Acesso em: 19/04/17.

13 Marçal Justen Filho aduz que *a lei proíbe, implicitamente, que o contrato preveja efeitos financeiros retroativos a período anterior à sua lavratura. Ressalva-se a hipótese de contratação em situação de emergência, em que a formalização seja posterior à data de início da execução da prestação pelo particular*. [Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 864/865]. No mesmo sentido o posicionamento do Tribunal de Contas da União:

Abstenha-se de celebrar contratos com efeitos retroativos, evitando o risco de simulação de cumprimento anterior de formalidades, em desrespeito ao disposto nos artigos 60 e 61 da Lei nº 8.666/1993.

[Acórdão 1077/2004 Segunda Câmara]

Atente à necessidade de formalização das prorrogações contratuais porventura acordadas, abstendo-se de fazê-las com efeitos retroativos, em respeito ao art. 60, caput e parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

[Acórdão 1889/2006 Plenário]

Pode-se interpretar, outrossim, que a vedação no âmbito federal, no caso dos convênios, também decorre da expressão “*a ser executado*”, contida no artigo 116, § 1º, I, da Lei federal nº 8.666/93, que impediria que o ajuste abarcasse atividades pretéritas:

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.

§ 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:

demonstra que o estudo do tema é relevante nas duas esferas federativas.

Este artigo não tem a intenção de analisar as diversas controvérsias sobre o convênio, mas focar especificamente na interpretação desta regra. Visando aproximar-se da segurança jurídica almejada pela Administração Pública Estadual, será explicitado o posicionamento institucional da Procuradoria Geral do Estado sobre o assunto.

2. Considerações iniciais

Preliminarmente, cabe esclarecer alguns pontos, de modo a evitar questionamentos sobre a aplicação do artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 aos convênios estaduais.

O primeiro ponto relevante é que o citado dispositivo é considerado, pela Procuradoria Geral do Estado, como norma suplementar, ou seja, é compatível com o regramento geral trazido pela Lei federal nº 8.666/93¹⁴. Aliás, esse não é o único dispositivo da lei estadual com essa natureza. A Lei estadual nº 13.121/08 inverteu as fases da licitação promovida pela Administração Pública Paulista, fixando que o envelope contendo as propostas deve ser aberto e apreciado antes do envelope contendo os documentos de habilitação da licitante¹⁵. Dessa forma, não

I - identificação do objeto a ser executado; [g.n.]

14 Até mesmo porque, como dito, prevalece o entendimento de que a vedação subsiste, de forma implícita, na esfera federal.

15 O artigo 40 da Lei estadual nº 6.544/89 passou a contar com a seguinte redação:

“Artigo 40 – A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas:

I – realização de sessão pública em dia, hora e local designados para recebimento dos envelopes contendo as propostas e os documentos relativos à habilitação, bem como da declaração dando ciência de que o licitante cumpre plenamente os requisitos de habilitação;

II – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes;

III – verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos e as especificações do edital ou convite e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou os fixados pela Administração ou pelo órgão oficial competente ou, ainda, com os preços constantes do sistema de registro de preços, quando houver, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

IV – julgamento e classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação do ato convocatório;

há qualquer incompatibilidade com a competência privativa¹⁶ da União de estabelecer normas *gerais* de contratação¹⁷.

O segundo ponto é que essa regra, além de aplicável aos contratos, pode ser considerada como cabível aos convênios, já que não há qualquer razão que justifique a diferenciação em ambos os casos. Seguindo essa lógica e buscando afastar quaisquer dúvidas, o artigo 12 do Decreto estadual nº 59.215/13 replicou essa vedação.

Em terceiro lugar, o termo convênio é tratado no presente artigo em seu sentido lato, abarcando toda e qualquer forma de parceria. Assim, o raciocínio a ser aqui desenvolvido também será útil aos termos de parceria¹⁸, contratos de gestão¹⁹, termos de fomento, termos de colaboração²⁰ e demais formas de ajustamento.

Por outro lado, cabe ressaltar que é pacífico, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, que a celebração ou aditamento de convênio podem acarretar efeitos retroativos *não financeiros*, conforme explicitado pelo Parecer PA nº 186/07²¹:

A solução para situações desse jaez é a celebração de convênio de delegação com eficácia retroativa. Desde que não sejam atribuídas conse-

V – devolução dos envelopes fechados aos concorrentes desclassificados, com a respectiva documentação de habilitação, desde que não tenha havido recurso ou após a sua denegação;

VI – abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os 3 (três) primeiros lugares;

VII – deliberação da Comissão de Licitação sobre a habilitação dos 3 (três) primeiros classificados;

VIII – se for o caso, abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação de tantos concorrentes classificados quantos forem os inabilitados no julgamento previsto no inciso VII deste artigo;

IX – deliberação final da autoridade competente quanto à homologação do procedimento licitatório e adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor, no prazo de 10 (dez) dias úteis após o julgamento.”

16 Artigo 22, XXVII da Constituição Federal.

17 Note-se que o termo *contratação* deve ser entendido em seu sentido lato, abarcando todas as formas de ajustamento.

18 Regidos pela Lei federal nº 9.790/99.

19 Regidos pela Lei federal nº 9.367/98 e Lei Complementar Estadual nº 846/98.

20 Regidos pela Lei federal nº 13.019/14.

21 No mesmo sentido o Parecer AJG nº 393/11.

quências de ordem financeira, não há empecilho à estipulação de efeitos retroativos em convênios, o que pode ser útil para o saneamento de irregularidades administrativas envolvendo o instituto da delegação externa, ou seja, de pessoa jurídica de direito público para pessoa jurídica de direito público.²²

De igual modo, os convênios *por escopo*²³, se executados em prazo excedente ao originariamente fixado, não infringem o citado comando legal, eis que o ajuste se extingue com a consecução do objeto, sendo o prazo meramente moratório²⁴, e não extintivo.

Diante dessas premissas, cabe interpretar a expressão *efeitos financeiros retroativos* e explicitar como o tema vem sendo tratado pela Procuradoria Geral do Estado.

3. A interpretação da expressão efeitos financeiros retroativos e o posicionamento da Procuradoria Geral do Estado

Os contratos administrativos relacionam-se a uma prestação (execução de serviço, obra, entrega de bens, execução de projeto, etc.) e contraprestação (usualmente, o pagamento em dinheiro). Se a prestação do objeto já ocorreu sem a formalização necessária, a contraprestação irá se referir a evento ocorrido antes da assinatura do contrato, sendo este o efeito financeiro retroativo que o legislador buscou evitar. Este é o posicionamento externado por Carlos Ari Sunfeld²⁵:

22 No mesmo sentido é o Parecer PA nº 127/10, que considerou viável a celebração de convênio com efeito retroativo cujo objeto era conferir à Procuradoria Geral do Estado o exercício da representação judicial, da consultoria e da assessoria jurídica da Fundação PROCON. Considerou-se que, por não haver repasses entre os partícipes, não havia violação dos artigos 56 e 89 da Lei estadual nº 6.544/89. O Parecer AJG nº 393/11, citando este precedente, também considerou viável ajuste com a Fundação PROCON, nos mesmos moldes.

23 Relacionados a um projeto específico e não a uma atividade de necessidade permanente cuja execução se protraia no tempo.

24 Tema já pacificado pelos Pareceres PA nº 157/09 e 48/13. Ainda que digam respeito aos contratos, não há dúvidas que a mesma lógica se impõe aos convênios.

25 Revista de Direito Público • RDP 86/79 • abr.-jun./1988, disponível em: http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&cao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015b82b431df8ad39406&epos=4&spos=4&page=0&td=4&save_dSearch=&searchFrom=&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento, acesso em 19/04/17.

A dúvida seria a de saber se o pagamento de reajustes referentes a meses anteriores ao decreto importaria em atribuir efeitos financeiros retroativos a alterações contratuais, o que é vedado pela norma em comento.

A resposta é tranquilamente negativa, exurgindo de modo cristalino. O que o decreto-lei pretende proibir, e com justa razão, é que fato novo gere efeitos financeiros no passado. Assim, fica proibido formalizar hoje a contratação de um serviço que se iniciou no passado sem atendimento dos requisitos da lei e pagar-se pelos trabalhos anteriores ao contrato. Fica igualmente interditado o pagamento, anterior à alteração do contrato, de acréscimo de obra só determinado pela alteração. [g.n.]

Portanto, busca-se com o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 que qualquer ajustamento que enseje despesa ao Estado seja previamente formalizado, com efetivo respaldo orçamentário²⁶ e cumprimento dos demais requisitos legais.

Com a existência da vedação, se o Estado assumir obrigação sem formalização prévia, o pagamento deverá se realizar sem lastro contratual, com fundamento no Decreto estadual nº 40.177/95²⁷.

Aplicar essa regra a um contrato é relativamente simples, já que, como dito, há uma simples relação de prestação e contraprestação. Nesse caso, a vedação impede a assinatura de contrato ou aditamento que se refira a algo já executado.

A situação se complica um pouco na aplicação da regra aos convênios. Isso porque neles, por sua própria natureza, em regra o dinheiro é repassado para o partícipe contratar com terceiro. Um exemplo é o caso de o Estado ajustar com um determinado Município a construção de um equipamento público, repassando a ele um percentual do custo do projeto, nos termos fixados no plano de trabalho²⁸.

Neste caso, como o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 deve ser interpretado? Parece claro que o convênio não pode servir para reembol-

26 Lembrando que, consoante disposto no artigo 60 da Lei federal nº 4.320/64: *é vedada a realização de despesa sem prévio empenho*.

27 O que ensejará a apuração da responsabilidade pela despesa irregular, nos termos do artigo 1º, IV, do decreto citado.

28 Elemento essencial do convênio, conforme artigo 116, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93.

sar eventuais obras realizadas antes da sua assinatura²⁹. Mas e se, antes de firmado o convênio, o Município já tiver contrato assinado com terceiro? E se houver execução de um projeto modificado sem prévia readequação do plano de trabalho?

O tema vem sendo constantemente enfrentado pela Procuradoria Geral do Estado.

No Parecer AJG³⁰ nº 830/97, foi explicitado não ser viável incluir, no convênio, parcela de obra já executada:

12. Verifico, preliminarmente, que o cronograma físico de obras de fls. 111 indica o **mês de maio de 1993** como de início das ETAPAS/SERVIÇOS, o que não pode ser aceito, vez que o **convênio** foi assinado em **14 de julho de 1993 (fls. 39)**, bem como a prestação de contas de fls. 113/114 que discrimina despesas anteriores à referida data.

13. A aceitação de tais documentos implica atribuir efeitos financeiros retroativos ao ajuste, o que é vedado expressamente pelo artigo 56 da Lei nº 6.544/89, que lhe é aplicável por força do artigo 89.

14. Retroatividade essa também vedada pela Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993, como decorre de leitura do artigo 116, eis que o seu parágrafo primeiro determina que 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 informações elencadas nos incisos I a VII, dentre os quais consta: **identificação do objeto a ser executado**.”

29 Vale destacar que há precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo relevando, de forma excepcional, a atribuição de efeito financeiro retroativo em convênio:

As justificativas relacionadas à retroatividade do prazo de vigência do convênio podem ser aceitas, posto que, no meu entendimento, o ato administrativo amparou-se em orientação da fiscalização, que, em que pese cautelosa, se mostra, no caso concreto, desnecessária, frente aos fundamentos da decisão acima transcrita. Portanto, pelas razões expostas, há que se relevada a falha apontada pela fiscalização quanto à retroação do prazo de vigência do convênio [TC – 000802/010/10, 2ª câmara, j. 20/5/2014].

30 Atualmente, o órgão corresponde à Assessoria Jurídica do Gabinete da Procuradoria Geral do Estado, conforme artigo 9º, I, da Lei Complementar Estadual nº 1.270/15. Embora caiba ao Procurador Geral do Estado fixar a orientação jurídica da instituição, consoante artigo 7º, I, da mesma norma, é inegável que, enquanto não vier orientação contrária, os posicionamentos jurídicos da AJG podem ser considerados institucionais.

15. Destarte, o pedido de alteração de objeto, para ser acolhido, deverá estar compatibilizado com a legislação aplicável e demais cláusulas do ajuste. As obras, serviços e despesas ofertadas deverão ser posteriores à data de sua assinatura (14.07.93), e que foi o termo inicial de sua vigência (cláusula sexta).³¹

Já no Parecer AJG nº 961/06 foi defendido ser indevido que o repasse do convênio seja destinado a custear obrigações *assumidas*³² pelo parceiro antes de sua celebração:

9.3. Quanto a este aspecto, o próprio Diretor Presidente da CPP busca demonstrar não existir no presente caso efeito financeiro retroativo com a celebração do convênio em ato posterior à contratação do Consórcio KPMG-GPMR, por entender que a vedação “tem como *ratio essendi* impedir a convalidação de pagamentos efetuados sem amparo contratual, o que não é absolutamente o caso concreto”, pois o Estado ainda não pagou a CPP e poderá nem vir a pagar.

9.4. Entretanto, este não é o nosso posicionamento. Não nos parece, com a devida *venia*, que a regra em análise tenha um campo de incidência tão específico. A nosso ver não se busca apenas evitar a convalidação de pagamentos sem cobertura contratual, esta é uma das consequências de não se poder atribuir efeitos retroativos aos convênios ou contratos – não se convalidar pagamentos efetuados, mas também pagamentos futuros acordados, uma vez ser o contrato a fonte geradora da obrigação de pagar, não importando se o pagamento já ocorreu ou poderá vir a ocorrer. Acreditamos que o legislador pretendeu com a regra coibir que no ajuste se abarque obrigações, que tenham ou possam vir a ter efeitos financeiros, por consequência, impede o cumprimento de uma obrigação anteriormente estabelecida, mas que não obedeceu ao regramento existente para a sua constituição.

9.5. E aqui necessário frisar não importar o fato de o Estado não ter pago a CPP, ou melhor, não ter reembolsado a CPP, ou ainda que po-

31 Ao aprovar o citado parecer, a chefia da AJG pontuou que *auxílios financeiros transferidos pelo Estado a Municípios, para execução de obras constantes do objeto de convênios, não se prestam ao ressarcimento de despesas realizadas anteriormente à vigência do ajuste.*

32 O que impediria que o repasse fosse destinado ao pagamento de contratos já assinados pelo parceiro, mesmo que não executados.

derá nem vir a fazê-lo em decorrência da possibilidade dos custos com a contratação destes serviços técnicos especializados virem a ser ressarcidos pelo parceiro privado vencedor do certame. Conforme acima consignado, não é o pagamento anterior ao ajuste que se busca evitar que seja convalidado, mas se busca evitar que uma relação anterior ao ajuste e que gere efeitos financeiros seja por ela abarcada. Dessa forma, o fato de não ter ocorrido o pagamento, ou o fato deste depender de uma condição suspensiva (a eficácia da cláusula de pagamento estar subordinada à ocorrência de um acontecimento futuro e incerto) não altera a situação, estando vedada da mesma forma a sua ocorrência. Portanto, como o Estado pode vir a ter que reembolsar a CPP dos custos diretos e indiretos efetuados, ainda que em momento futuro, mas por obrigação constituída antes da celebração do ajuste, estar-se-ia sim dando efeitos retroativos ao ajuste. [g.n.]

Contudo, tal ponto do parecer foi desaprovado pela chefia do órgão, nos seguintes termos:

Divirjo, entretanto, do referido pronunciamento, por não vislumbrar no ajuste que se pretende firmar efeitos financeiros retroativos. A avença, a esta altura, destina-se a regradar as medidas conjuntas com vista ao acompanhamento da execução de serviços que foram contratados e de oportuno ressarcimento, ‘no caso de não ser celebrado futuro contrato com o parceiro privado’. Os efeitos financeiros – o ressarcimento da CPP por parte do Estado – são, portanto, futuros e, ademais, incertos.

Conforme possível deprender, aqui se considerou não haver efeito financeiro retroativo no repasse visando ressarcir o parceiro de pagamento futuro. Não foi feita ressalva a respeito de o contrato do parceiro já ter ou não sido adimplido, ainda que em parte³³.

Já o Parecer AJG nº 856/11, superiormente aprovado, adota explicitamente o posicionamento que veda apenas o repasse para custear serviço já executado:

6.1. Ora, como ressaltado no parecer de fls. 101/106, a atribuição de efeitos financeiros retroativos a convênios é vedada pelo artigo 89 da

33 Não há informações claras sobre se alguma parte do objeto contratual a ser coberto pelo convênio já havia sido executada.

Lei nº 6.544, de 22.11.1989, c.c. o artigo 56 do mesmo diploma legal, ou seja, os recursos financeiros estaduais não podem ser utilizados para quitar serviços já executados ou custear atividades já realizadas.

6.2. Note-se que, se vier à tona desrespeito à vedação acima mencionada, tal ocorrência implicará invalidação do ato e responsabilização de quem lhe deu causa, nos termos do citado artigo 56.

6.3. Destarte, a celebração da avença somente poderá ser concretizada se as circunstâncias fáticas assim o permitirem, isto é, se os trabalhos de sinalização ainda não ocorreram, ponto esse a ser devidamente esclarecido pela Pasta de origem e atestado expressamente nos autos. Em suma, desde que confirmada a não realização dos serviços de confecção de placas e de sinalização, inexistirão óbices à assinatura do instrumento de convênio, impondo-se, todavia, a atualização do plano de trabalho para indicar o efetivo período de execução do objeto do ajuste. [g.n.]

E na mesma direção seguiu o Parecer SubG³⁴ Cons. nº 19/13, assestando não ferir o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 a celebração de convênio para custear a *continuidade* de obra licitada e iniciada pelo Departamento de Estradas de Rodagem – DER e pela DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S/A³⁵. Ou seja, o pagamento somente poderia custear obra que será realizada após o aditamento.

Nos termos desses precedentes, conclui-se que, para verificar se há efeito financeiro retroativo na assinatura de um convênio ou aditamento, deve-se analisar se as atividades nele previstas já foram realizadas. Em caso negativo, a assinatura do convênio ou do respectivo aditamento não conterà qualquer mácula. Em caso positivo, a medida será inviável, por ferir o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89.

34 A Subprocuradoria Geral da Consultoria Geral é responsável pela fixação de orientações jurídicas da PGE, ressalvados os casos em que necessária a submissão ao Procurador Geral do Estado, conforme artigo 21, IX, da Lei Complementar Estadual nº 1.270/15.

35 Vale destacar que foram fixadas diretrizes para aproveitamento da contratação já efetivada, quais sejam: i) *existência de motivação técnica*; ii) *constatação de que as avenças foram firmadas respeitando a legislação de regência, em especial a Lei nº 8.666/93*; iii) *afirmação da efetivação do caráter competitivo do certame*; iv) *adequação de seus custos aos de mercado*; v) *manifestação fundamentada que ateste 'a viabilidade técnica e adequação legal e financeira da(s) contratação (es) e demonstre(m) que nova(s) licitação(es) acarretam ônus maior à Administração Pública'*.

Igual raciocínio pode ser adotado na hipótese de execução de um projeto modificado sem prévia readequação do plano de trabalho. Se o parceiro alterou o projeto objeto do convênio por sua conta e risco e já o executou, sem o devido aditamento, a Administração deverá glosar os valores correspondentes às atividades já realizadas.

Por conseguinte, as despesas relacionadas a obras, serviços ou compras executadas anteriormente à celebração do convênio, ou respectivo aditamento, devem ser ressarcidas, se for o caso, nos termos do Decreto estadual nº 40.177/95³⁶. Se não cabível o ressarcimento, com fundamento no citado decreto, deverá ser restituído o valor utilizado indevidamente³⁷.

No mais, resta indagar se essa vedação se aplica somente para os repasses do Estado ou abarca também os repasses do parceiro, isto é, se o Estado tiver contratado terceiro e este já tiver executado o objeto do ajuste, será lícita a assinatura de um convênio para custear a despesa?³⁸

Neste caso, parece que a norma deve ser interpretada sistematicamente. Como dito, a vedação visa impedir a ocorrência de despesa sem respaldo orçamentário e preenchimento dos requisitos legais. Ou seja, trata-se de proteção ao erário estadual e ao princípio da legalidade, do que se infere que a vedação perderia parte de seu sentido se aplicada de forma irrestrita ao parceiro. Além disso, vedar por absoluto que qualquer parceiro, mesmo privado, auxilie o Estado a arcar financeiramente com uma atividade já executada, não parece a solução que melhor atende ao interesse público. E é isso o que ocorreria se a regra fosse transposta para os repasses do parceiro.

36 Vide Parecer AJG nº 1.507/06.

37 Sendo o caso tratado no Parecer AJG nº 1.086/02.

38 Mesmo havendo empenho orçamentário (essencial em toda assinatura de contrato que resulte despesa), pode haver situações excepcionais que acarretem a insuficiência financeira para respaldá-lo. Um exemplo disso é a superveniência de grave crise econômica, que pode resultar em arrecadação inferior à prevista para o período.

Destarte, interpretar que o artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89 se aplica somente aos repasses financeiros do Estado garante mais adequadamente a realização do fim público a que a vedação se destina, dando cumprimento ao artigo 5º da Lei estadual nº 10.177/98³⁹.

Importante salientar que o posicionamento ora defendido não afasta a necessidade de apuração da responsabilidade pelo fato de haver despesa pública sem respaldo orçamentário e financeiro⁴⁰.

Logo, não há prejuízo, já que os direitos do Estado permanecem preservados, assim como a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pelas eventuais ilicitudes cometidas.

Vale ressaltar, contudo, que não há posicionamento institucional da Procuradoria Geral do Estado sobre este ponto.

4. Conclusão

Este artigo procurou abordar especificamente uma regra: a vedação de atribuição de efeitos financeiros retroativos, contida do artigo 56 da Lei estadual nº 6.544/89. Como visto, esta vedação engloba tanto os contratos quanto os convênios firmados pela Administração Pública. Além de implícita na esfera federal, essa regra está explícita na legislação estadual que trata da matéria.

No caso dos convênios, a Procuradoria Geral do Estado firmou entendimento de que a vedação impede apenas que os recursos repassados sejam utilizados para custear atividades realizadas antes da assinatura do termo ou do respectivo aditamento. Desta feita, não há óbices para que os repasses sejam destinados às despesas já licitadas e contratadas, contanto que a prestação correspondente, a cargo da empresa contratada pelo parceiro, não tenha ocorrido.

A princípio, a citada regra não se aplicaria no caso de os repasses financeiros serem do parceiro, muito embora ainda não haja posicionamento institucional da Procuradoria Geral do Estado sobre tal ponto.

39 Artigo 5º – *A norma administrativa deve ser interpretada e aplicada da forma que melhor garanta a realização do fim público a que se dirige.*

40 Já que o artigo 60 da Lei federal nº 4.320/64 veda *a realização de despesa sem prévio empenho*. Ademais, a ordenação de despesa não autorizada caracteriza o crime previsto no artigo 359-D do Código Penal.

Bibliografia

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

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.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Revista de Direito Público • RDP 86/79 • abr.-jun./1988*, disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?src=docnav&ao=&fromrend=&srguid=i0ad82d9a0000015b82b431df8ad39406&cepos=4&spos=4&page=0&td=4&savedSearch=&searchFrom=&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento>. Acesso em: 19/04/17.

Racionalização e sistematização de fluxos de trabalho em convênios administrativos: o SICONV e o Portal de Convênios

Anna Carolina S. P. Macedo Casagrande¹

Francisco de Assis M. R. Paiva²

Maria Christina Menezes³

Sumário: 1. Introdução: a utilização da plataforma digital para registro e acompanhamento de parcerias formalizadas pela Administração Pública. 2. A experiência da União: sistema de gestão de convênios e contratos de repasse – SICONV. 3. Perspectivas do Estado de São Paulo: propostas. 4. Conclusão.

1. Introdução: a utilização da plataforma digital para registro e acompanhamento de parcerias formalizadas pela administração pública

A utilização de plataformas digitais em procedimentos de repasse de receitas do Poder Público para outros entes federativos ou organizações

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Universidade de Coimbra e Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Especialista em Direito Penal Empresarial pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

2 Procurador do Estado de São Paulo, classificado na Consultoria Jurídica. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

3 Procuradora do Estado de São Paulo, em exercício na Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo. Mestre em Comunicação e Semiótica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

da sociedade civil constitui uma tendência que se vem ampliando como adequada ferramenta de controle e gestão da Administração Pública.

Como no setor privado, no setor público a tecnologia digital propicia uma efetiva democratização das relações, permitindo a comunicação direta entre as partes, além de otimizar o controle social da transparência que deve reger os atos da Administração.

O presente estudo propõe uma análise sobre a viabilidade de se utilizar essa tecnologia à luz do regramento dos convênios administrativos, submetidos à Lei federal nº 8.666/1993 e das parcerias regidas pela Lei federal nº 13.019/2014, e regulamentados no Estado de São Paulo, pelo Decreto estadual nº 59.215/2013 e nº 61.981/2016, respectivamente.

A União já utiliza plataforma digital única e o Estado de São Paulo está providenciando implementação de projeto similar, como veremos a seguir.

2. A experiência da União: sistema de gestão de convênios e contratos de repasse – SICONV

Na esfera federal, o **Portal dos Convênios** é o sítio eletrônico que abriga o **Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV**, sob coordenação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

O Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV foi implantado pelo Governo Federal com a finalidade de registrar e gerir todo o ciclo de vida dos convênios, contratos de repasse e termos de parceria, desde os atos iniciais de formalização da proposta até a prestação de contas final.

Conforme estampado na página inicial da plataforma digital, o objetivo desta iniciativa é “democratizar o conhecimento e mudar a vida do cidadão”. Com efeito, além de ampliar as possibilidades de formalização dos convênios e contratos de repasse, permitindo a todos o conhecimento dos programas de governo que possam atrair parcerias nas duas modalidades, o Portal dos Convênios permite também ao cidadão verificar os convênios firmados pela União, assim como os ajustes formalizados pelas Prefeituras Municipais que utilizam este sistema, e dispor de meios para acompanhar sua execução, conferir seus resultados e, por fim, avaliar a eficácia da gestão dos recursos públicos.

Cuida-se, evidentemente, de uma iniciativa que privilegia a transparência dos negócios da Administração.

Com a edição da Lei federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, alterada pela Lei federal nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015, Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil, também conhecido como Marco Regulatório do Terceiro Setor, tornou-se obrigatório o desenvolvimento de uma plataforma eletrônica pelos entes federativos, assim como tornou-se necessária a divulgação de informações sobre os ajustes na internet⁴.

Nos termos da lei, exige-se que o ente da Federação divulgue, em seu sítio eletrônico oficial, o objeto da parceria, o órgão público responsável, a data da assinatura, o nome e a qualificação da organização da sociedade civil, o valor total da parceria, os valores já liberados, a situação da prestação de contas, o resultado desta e as remunerações vinculadas ao objeto.

O Estado de São Paulo, em atendimento à previsão legal, regulamentou a matéria nos termos do Decreto nº 61.981, de 20 de maio de 2016, e está desenvolvendo o “Portal de Parcerias com Organizações da Sociedade Civil”. A propósito:

Artigo 2º - A Secretaria de Governo disponibilizará, em seu sítio eletrônico, o portal de parcerias com organizações da sociedade civil, destinado à divulgação de informações exigida pela Lei federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, e de outras previstas neste decreto.

§ 1º - O portal a que se refere o “caput” deste artigo, quando instituído, deverá ser obrigatoriamente utilizado pelas Secretarias de Estado, Procuradoria Geral do Estado e Autarquias estaduais.

§ 2º - Até a instituição do portal, as informações a que se refere o “caput” deste artigo serão disponibilizadas no sítio eletrônico do respectivo órgão ou entidade da Administração pública celebrante.

(...)

Contudo, é de conhecimento amplo que a plataforma digital paulista – ainda inacabada, não inclui, nessa primeira versão, os convênios disciplinados pelo Decreto estadual nº 59.215/2013.

4 – Veja-se as disposições da lei federal nesse sentido: Arts. 10, 11, 12, 50, 65, 80, 81, 81-A.

Procurando conhecer o trabalho realizado para a criação do SICONV, verificamos que a evolução da disciplina normativa e dos recursos técnicos resultou da ação conjugada de vários órgãos federais, entre eles o Tribunal de Contas da União, Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Ministério da Fazenda e a Controladoria Geral da União.

Vale registrar que, até 1987, as unidades gestoras de convênios exerciam as atividades de controle por meio de registros manuais, redundando em problemas como: falta de informações gerenciais em todos os níveis da Administração, defasagem da ordem de 45 dias na escrituração contábil, inconsistência dos dados utilizados em razão da diversidade de fontes e interpretações conceituais, inexistência de mecanismos eficientes para identificação de possíveis desvios de recursos e para atribuição de responsabilidades por má gestão.

Dessa época até 2004, contava-se, na execução dos convênios, apenas com o SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal, instrumento utilizado para registro, acompanhamento e controle da execução orçamentária, financeira e patrimonial do Governo Federal.

O SIAFI foi desenvolvido em 1986, pela Secretaria do Tesouro Nacional – STN, em conjunto com o Serviço Federal de Processamento de Dados – SERPRO, e implementado em 1987, para suprir o Governo Federal de um instrumento moderno e eficaz no controle e acompanhamento de gastos públicos. Nesse sistema foi criado o subsistema do CPR – Contas a Pagar e a Receber, desenvolvido para otimizar o processo de programação financeira dos órgãos/entidades, proporcionando informações sobre os fluxos de caixa. O CPR permitia o cadastramento de contratos, notas fiscais, recibos e outros documentos hábeis a promover a contabilização informatizada.

Posteriormente, a Instrução Normativa STN nº 1 da Secretaria do Tesouro Nacional, de 15 de janeiro de 1997, passou a sistematizar a execução descentralizada de ação a cargo de órgão ou entidade pública federal, mediante celebração de convênio.

Havia já, portanto, um conjunto de medidas implementadas para o controle das escriturações contábeis e controle patrimonial, cujo acesso, contudo, era restrito à Administração Pública Federal.

Por outro lado, as transferências voluntárias de recursos, de modo geral, continuavam sem sistematização nem padronização, de modo que cada órgão desenvolvia sua própria solução.

Ciente das dificuldades de controle dos recursos federais, o Tribunal de Contas da União, em auditoria realizada com objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais repassados pela União ou por entidades da Administração Indireta a Organizações Não Governamentais – ONGs, no período de 1999 a 2005, por meio de convênios, contratos de repasse e instrumentos similares, proferiu o acórdão nº 2066/2006, determinando ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão que implementasse uma série de medidas saneadoras dos procedimentos de formalização de ajustes. Veja-se:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, **para possibilitar a transparência que deve ser dada às ações públicas, como forma de viabilizar o controle social e a bem do princípio da publicidade** insculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 5º, inciso XXXIII, da mesma Carta Magna, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), apresente a este Tribunal estudo técnico para **implementação de sistema de informática em plataforma web que permita o acompanhamento *on-line* de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais a outros órgãos/entidades, entes federados e entidades do setor privado, que possa ser acessado por qualquer cidadão via rede mundial de computadores**, contendo informações relativas aos instrumentos celebrados, especialmente os dados da entidade conveniente, o parlamentar e a emenda orçamentária que alocaram os recursos, se houver, o objeto pactuado, o plano de trabalho detalhado, inclusive custos previstos em nível de item/etapa/fase, as licitações realizadas com dados e lances de todos os licitantes, o status do cronograma de execução física com indicação dos bens adquiridos, serviços ou obras executados, o nome, CPF e dados de localização dos beneficiários diretos, quando houver, os recursos transferidos e a transferir, a execução financeira com as despesas executadas discriminadas analiticamente por fornecedor e formulário destinado à coleta de denúncias;

9.1.1. página do referido sistema deverá ser **disponibilizada em local visível dos sítios de todos os órgãos/entidades que realizem transferências voluntárias**, permitindo filtrar consultas aos instrumentos celebrados por cidade, estado, entidade conveniente, número do ajuste, objeto, entre outros critérios de pesquisa, com vistas a maior acessibilidade e transparência possível;

9.1.2. com o intuito de exibir dados de todos os instrumentos celebrados no âmbito da administração pública federal (direta e indireta), deverá ser disponibilizada em portal específico página do mesmo sistema, permitindo acesso aos filtros de consultas do item precedente, além de outros que a característica consolidadora da página exigir;

9.1.3. as denúncias recebidas na forma do item 9.1 deverão ser objeto de tratamento prioritário nos órgãos/entidades concedentes, reportando-se as constatações e as providências tomadas à Controladoria Geral da União e ao Tribunal de Contas da União;

(...)

9.4. recomendar à Secretaria do Tesouro Nacional que discipline a obrigatoriedade:

9.4.1. de os órgãos/entidades concedentes estabelecerem **critérios objetivamente aferíveis e transparentes para a escolha das entidades privadas que receberão recursos por meio de convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais**, levando-se em consideração a determinação contida no item 9.4 do Acórdão n. 1.777/2005-TCU-Plenário;

9.4.2. de ser formalmente justificada pelo gestor, com indicação dos motivos determinantes e demonstração do interesse público envolvido na parceria, a escolha de determinada entidade privada para a celebração de convênio, acordo, ajuste e outro instrumento jurídico utilizado para transferir recursos públicos federais, especialmente quando tal escolha não se der por meio de concurso de projetos ou de outro critério inteiramente objetivo;

9.4.3. de os órgãos e entidades concedentes consignarem em seus pareceres técnicos, quanto aos aspectos da execução física e atingimento dos objetivos pactuados, quais foram os procedimentos e critérios ado-

tados na realização das respectivas avaliações (Plenário, J. 08/11/2006, grifamos).

Paralelamente às ações do Tribunal de Contas da União, a Lei das Diretrizes Orçamentárias para 2005 (Lei federal nº 10.934, de 11 de agosto de 2004) determinou expressamente que os contratos e convênios firmados pela União fossem registrados no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – Siasg:

Art. 19. Os órgãos e entidades integrantes dos orçamentos fiscal e da seguridade social deverão disponibilizar no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – Siasg informações referentes aos contratos e aos convênios firmados, com a identificação das respectivas categorias de programação.

§ 1º Os órgãos e entidades que decidirem manter sistemas próprios de controle de contratos e convênios deverão providenciar a transferência eletrônica de dados para o Siasg, mantendo-os atualizados mensalmente.

Desse modo, também vinculado ao Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, foi desenvolvido o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG, consistindo num conjunto informatizado de ferramentas para operacionalizar internamente o funcionamento das atividades do Sistema de Serviços Gerais – SISG, realizando a gestão de materiais, edificações públicas, veículos oficiais, comunicações administrativas, licitações e contratos.

A previsão de cadastro prévio num sistema unificado, das entidades privadas sem fins lucrativos, para fins de celebração de convênios, foi dada no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, alterado pelo Decreto nº 6.428/2008, que assim dispôs:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

(...)

Art. 3º As entidades privadas sem fins lucrativos que pretendam celebrar convênio ou contrato de repasse com órgãos e entidades da administração pública federal deverão realizar cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, conforme normas do órgão central do sistema.

Como desdobramento de todas essas ações conjuntas, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, por meio de sua Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, elaborou o **Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV**, disponibilizando na rede mundial de computadores, a partir de 1º de setembro de 2008, o **Portal dos Convênios**, contendo um amplo conjunto de informações relacionadas a Convênios e Contratos de Repasse.

Então, o SICONV era regulamentado pela Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 127, de 29 de maio de 2008.

Na sua primeira versão, em 2008, o sistema disponibilizou as seguintes funcionalidades: credenciamento de proponente; cadastramento de proponente; cadastro de usuários; divulgação de programas; apresentação de propostas; inserção do plano de trabalho; definição da Unidade Gestora de Transferência Voluntária – UGTV; empenho; celebração e formalização; publicação; registro de transferência voluntária no SIAFI; recebimento de documentos; ordem bancária de repasse; informações de execução; consultas diversas.

Em 2010, novas funcionalidades foram acrescentadas ao sistema, tais como: abertura automática de conta corrente pelo sistema; integração direta com o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – SIAPE e com o sistema da Caixa Econômica Federal – CEF; padronização de objetos; admissão de consórcio público como conveniente; extratos de consultas; prestação de contas; termos aditivos; ajustes de planos de trabalho; prorrogação de ofício; relatórios de execução; banco de projetos; administração do sistema.

O Decreto nº 7.568, de 16 de setembro de 2011, acrescentou ao SICONV a obrigatoriedade de chamamento público para formalização dos convênios:

Art. 4º A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a

ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.

§ 1º Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.

Em 28 de novembro de 2011, foi editada a Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 (revogando a Portaria Interministerial nº 127/2008) para regular os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação, celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvessem a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

Referida norma estabeleceu que, a partir de 1º de julho de 2012, a utilização do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV tornava-se obrigatória para:

- Realização de todos os atos e procedimentos relativos à formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas e informações acerca de tomada de contas especial dos convênios e termos de parceria. Não sendo possível a realização dos atos diretamente no SICONV, deveriam ser ali registrados;
- Cadastramento dos órgãos, entidades e entes públicos;
- Credenciamento de pessoas jurídicas (potenciais convenientes);
- Divulgação de programas, projetos e atividades dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, repassadores de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, assim como dos critérios para seleção de convenientes;
- Detalhamento das características dos objetos padronizados;
- Realização de chamamento público, com divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios, contendo a descrição dos programas e os critérios objetivos para a seleção do conveniente ou contratado;

- Manifestação de interesse de proponente credenciado em celebrar instrumentos (convênio, contrato ou termo) e inserção de plano de trabalho, estimativa dos recursos financeiros, valores, contrapartida, prazos e informações técnicas;
- Publicação de indeferimento de propostas;
- Cotação prévia de preços do mercado, para a aquisição de bens e contratação de serviços por entidades privadas sem fins lucrativos; convocação para cotação prévia de preços; elementos da escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço; registro do resultado da seleção; comprovação do recebimento da mercadoria, serviço ou obra; documentos contábeis relativos aos pagamentos;
- Registros de licitações, contendo informações sobre os participantes, propostas e resultados, bem como referentes às dispensas e inexigibilidades; prestação de contas dos recursos recebidos;
- Registro de conta bancária específica do convênio e/ou termo de parceria, dos atos de movimentação dos recursos e dos pagamentos, contendo informação do beneficiário final da despesa; transferência em meio magnético, pelas instituições financeiras ao SIAFI e ao SICONV, das informações relativas à movimentação da conta bancária; realização de empenho no sistema;
- Acompanhamento e fiscalização da execução do convênio e/ou termo de parceria, por um representante do concedente; notificação eletrônica dos convenientes sobre as irregularidades apontadas, com aviso à respectiva Secretaria da Fazenda ou secretaria similar;
- Prestação de contas, relatório de cumprimento do objeto, notas e comprovantes fiscais, aprovação pelo conveniente, declaração de realização dos objetivos; relação de bens adquiridos, produzidos ou construídos, de pessoal treinado/capacitado ou de serviços prestados; comprovante de recolhimento do saldo de recursos;
- Registro, pelo concedente, do recebimento da prestação de contas; do ato de aprovação, com declaração expressa de que os recursos transferidos tiveram boa e regular aplicação;
- Registro de inadimplência, comunicação ao órgão de contabilidade analítica, providências para regularização da pendência ou repara-

ção do dano; instauração da Tomada de Contas Especial; encaminhamento à unidade competente de contabilidade;

- Inscrição de inadimplência, informação das restrições impostas ao convenente; retirada de registro (após regularização);
- Acesso privilegiado para consulta do Tribunal de Contas da União, Ministério Público Federal, Advocacia Geral da União, Congresso Nacional e Controladoria Geral da União.

Ainda no ano de 2012, foi acrescentada ao SICONV, em cumprimento às determinações da supracitada Portaria Interministerial, a Ordem Bancária de Transferências Voluntárias – OBTV, possibilitando aos convenentes realizarem os pagamentos inerentes à execução do convênio/contrato diretamente pelo sistema. Tal ferramenta viabilizou a centralização da gestão dos recursos, proporcionando maior controle em sua destinação.

O sistema trouxe, assim, várias inovações, que contribuíram para a democratização dos recursos públicos, permitindo, nas suas várias etapas: a divulgação anual dos programas de governo; o cadastramento prévio de proponentes como potenciais beneficiários das transferências voluntárias de recursos da União; o envio eletrônico das propostas; a padronização das informações e dos procedimentos; o gerenciamento *on-line* de todos os convênios e contratos de repasse, contemplando a formalização, a execução e a prestação de contas; a disponibilização de informações *on-line* e padronizadas para os órgãos de controle interno e externo; a celeridade da identificação dos principais tipos de irregularidades pelos órgãos de controle; o controle social por parte de qualquer cidadão.

A utilização do Portal dos Convênios é aberta para órgãos e entidades da Administração Pública Federal, como concedentes; órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, Distrital e Municipal, bem como entidades privadas sem fins lucrativos, como convenentes; órgãos de controle, para acompanhamento e fiscalização; cidadãos contemplados pela execução dos programas de governo implementados por meio de convênios, contratos de repasse e termos de parceria, como beneficiários; e todo e qualquer cidadão, como interessado no controle social e na transparência dos gastos públicos.

Além de todas as funcionalidades acima enumeradas, hoje o Portal dos Convênios disponibiliza em sua plataforma: Legislação (Leis, Decretos, Portarias, Instruções Normativas e Jurisprudência); Manuais, Glossário, Perguntas Frequentes, Tutoriais e informações sobre treinamentos no SICONV; Comunicados, Informações Gerenciais, Atas e Diretrizes da Comissão Gestora do SICONV.

Para expansão e aprimoramento do SICONV, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão coordena um programa intitulado REDE SICONV, com o objetivo de ampliar a capacitação dos usuários e aumentar a qualidade das prestações de contas.

Por meio deste programa, são apresentados também no Portal de Convênios os cursos periódicos e gratuitos, inclusive a distância, oferecidos pelas escolas colaboradoras, como a Escola de Governo da Fundação Escola Nacional da Administração Pública – ENAP e o *Instituto Serzedello Corrêa (ISC)*, unidade do Tribunal de Contas da União, bastando, para participar dos treinamentos, entrar em contato com as Unidades Gestoras Estaduais – UGE da REDE SICONV nos Estados.

É lícito referir que o SICONV, instrumentalizado pelo Portal dos Convênios, inaugurou uma nova era na gestão pública, ao substituir (ainda que parcialmente) o processo físico pelo eletrônico e possibilitar o registro no portal de diversas etapas dos procedimentos relativos a ajustes com natureza de convênio. Este sistema eletrônico se apresenta como instrumento para a desburocratização das atividades administrativas, contribuindo para maior celeridade na execução dos programas de governo e para incrementar transparência dos atos da Administração.

Contudo, é importante lembrar que, enquanto sistema operacional, o SICONV ainda pode ser aperfeiçoado. Nesse aspecto, as seguintes ferramentas ainda podem evoluir: sistema de credenciamento de interessados integrado ao sistema de coleta de informações cadastrais; integração ao sistema de processo administrativo digital de acesso livre; implantação de sistemas de tecnologia de localização para execução do objeto (latitude/longitude); implantação de minutas eletrônicas e assinatura digital; evolução de relatórios gerenciais; possibilidade de desvinculação dos indicadores de metas com o cronograma de desembolso e do plano

de trabalho de forma a evitar desnecessários aditamentos; possibilidade de arquivamento de documentos originais gerados pelo sistema; modernização das telas de preenchimento do sistema; implantação de novos módulos para registros de outros tipos de transferências; evolução dos perfis do sistema; integração com o sistema de certificação de credenciamento de entidades e dos órgãos de controle; implantação de monitoramento de execução com visitas *in loco*; estabelecimento de níveis para celebração, acompanhamento e fiscalização de obras e modernização das ferramentas, a fim de possibilitar maior transparência.

Ainda, releva registrar que foram traçados os seguintes objetivos a serem alcançados pelo sistema: aperfeiçoamento da gestão orçamentária e financeira dos recursos operacionalizados por meio de transferências voluntárias; definição de percentagem de adiantamentos de recursos; estabelecimento de limite de prazo de vigência para os convênios de custeio; definição de obrigatoriedade para execução de obras e serviços de engenharia exclusivamente por meio de contratos de repasse; otimização de processo de acompanhamento e fiscalização por meio de definição de faixas de valores; estabelecimento de parâmetros objetivos para verificação do cumprimento do objeto e simplificação do processo de prestação de contas dos convênios e contratos de repasse por meio de estabelecimento de prestação de contas física e financeira continuada durante a execução.

Ou seja, a implantação do SICONV pela Administração Federal possibilitou à sociedade fiscalizar propostas e planos de trabalho e acompanhar as ações, desde o início da implementação até a prestação de contas. A padronização de ajustes e o efetivo controle dos repasses realizados às entidades e agora depositados diretamente aos fornecedores de bens e serviços também contribuiu para minimizar os riscos de desvio de recursos e desvios de finalidade das ações estatais.

Nesses termos, a informatização instituída pelo SICONV acarretou aperfeiçoamentos no controle orçamentário, gestão documental e gerencial e uma mensuração efetiva dos resultados das políticas públicas, o que auxilia o administrador na identificação de critérios objetivos para escolha das prioridades que demandam investimentos sociais.

Importa ressaltar que a tecnologia até agora desenvolvida, orientada para a transparência de processos e meios, somente será efetiva se

contar com ferramentas, dentro do próprio portal, de denúncia e respectivo registro, para conhecimento integrado dos órgãos de controle e fiscalização, bem como de divulgação sobre o andamento dos incidentes porventura gerados.

No nosso entender, o aperfeiçoamento do sistema, no sentido de criar tais ferramentas, ao proporcionar um controle social mais efetivo sobre a aplicação dos recursos públicos e sobre os atos dos administradores, valorizaria o poder dos cidadãos no cuidado do patrimônio público, incentivaria a fiscalização *in loco* da execução dos convênios e parcerias, e estimularia o engajamento popular na resolução dos problemas que afetam a coletividade.

3. Perspectivas do estado de São Paulo: propostas

No âmbito estadual, há um projeto em andamento destinado à criação de uma plataforma digital de convênios e parcerias com o terceiro setor. Tal medida, além de conferir transparência e controle social, auxilia o administrador na identificação de critérios objetivos para escolha das prioridades que demandam investimentos, bem como na mensuração da eficiência das políticas públicas, por meio da apuração de resultados.

Não só por esta razão, mas também pelo ganho de eficiência que os recursos eletrônicos demonstram proporcionar ao serviço público em geral, entendemos que seriam louváveis todos os esforços empreendidos para a ampliação dos recursos destinados ao desenvolvimento do portal eletrônico paulista para, na mesma plataforma ou outra compatível, incluírem-se todos os tipos de convênios regidos pela Lei nº 8.666/1993 e pelo Decreto estadual nº 59.215/2013, além das já contempladas parcerias com o terceiro setor, visando, para o futuro, à informatização de todos os demais contratos administrativos.

Assim, parece-nos fundamental a participação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo no desenvolvimento e implantação destas ferramentas da tecnologia da informação, assegurando-se a viabilidade jurídica da implantação da plataforma, bem como a observância de todos os requisitos previstos no ordenamento jurídico e que devem servir de meio para concretização da participação popular nas etapas inerentes às parcerias e convênios da administração pública.

4. Conclusão

Da análise do regramento dos repasses de recursos pela Administração Pública, seja para ente federativo, seja para organização da sociedade civil, conclui-se que a utilização de plataformas digitais vem contribuir para melhor controle e gestão do patrimônio público.

Daí a sugestão de o Estado de São Paulo desenvolver seu portal, tendo por referência o SICONV para aperfeiçoar o uso da tecnologia e aproveitando a experiência federal como parâmetro para modernização dos controles da máquina pública estadual.

Relembre-se que a determinação legal nesse sentido, contida no “Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil” – Lei Federal nº 13.019/2014, visa atender aos princípios gerais contidos na Constituição Federal. Nesse sentido, o artigo 5º da citada lei federal:

Art. 5º O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil, a transparência na aplicação dos recursos públicos, os princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, destinando-se a assegurar:

- I – o reconhecimento da participação social como direito do cidadão;
- II – a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva;
- III – a promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável;
- IV – o direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas;
- V – a integração e a transversalidade dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social;
- VI – a valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa;
- VII – a promoção e a defesa dos direitos humanos;
- VIII – a preservação, a conservação e a proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente;

IX – a valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais;

X – a preservação e a valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial.

Por consequência, entendemos que o Estado Paulista poderia analisar a possibilidade de inclusão, em seu projeto de plataforma digital, dos convênios regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993 e Decreto Estadual nº 59.215/2013.

E a participação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no nosso entender, seria essencial para garantir a observância e efetividade das normas constitucionais, legais e regulamentares aplicáveis, com vistas a favorecer a eficiente execução das políticas públicas que impliquem transferência de recursos estaduais aos municípios paulistas, organizações da sociedade civil e outros entes.

Por esta razão, parece-nos que a Procuradoria Geral do Estado deve ser envolvida no projeto de desenvolvimento da plataforma digital estadual, de forma a somar esforços para atendimento pleno dos comandos legais, ampliação da transparência e viabilização de controle social em todos os tipos de ajustes em que haja repasses de recursos financeiros pelo Estado de São Paulo.

editoração, impressão e acabamento

imprensaoficial
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

