

Universidade Gama Filho
Programa de Pós-Graduação em Auditoria Governamental

Márcia Lima de Aquino

**CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS COM ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS
LUCRATIVOS: É EXIGÍVEL OU NÃO O PROCESSO LICITATÓRIO?**

Monografia de Pós-Graduação

Brasília
2009

Márcia Lima de Aquino

**CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS COM ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS
LUCRATIVOS: É EXIGÍVEL OU NÃO O PROCESSO LICITATÓRIO?**

Monografia de Pós-Graduação

Monografia apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade Gama
Filho como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Auditoria
Governamental.

Orientador: Prof. Alexandre Soares

Brasília

2009

Ficha Catalográfica



Márcia Lima de Aquino

**CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS COM ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS
LUCRATIVOS: É EXIGÍVEL OU NÃO O PROCESSO LICITATÓRIO?**

Esta monografia foi julgada e aprovada para a obtenção do grau de **Especialista em Auditoria Governamental** no Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho.

Brasília, 17 de outubro de 2009.

Prof. Róbison Gonçalves de Castro
Coordenador do Programa

A minha mãe, Maria José, pela pureza,
compreensão e amor ao próximo.

A meu pai, por ter dado meios para que eu
chegasse até aqui.

Aos meus irmãos e sobrinhos, pelo que
cada um representa para mim.

Agradecimentos

Ao Tribunal de Contas da União.

Ao Instituto Serzedello Corrêa.

“Não somos contra a cooperação administrativa instrumentalizada através de convênio - pensamos até que deva ser ampliada -, mas não podemos fechar os olhos para a necessidade de fazê-lo de modo probo, impessoal e isônomo, no que pretendemos contribuir para um corte urgente e radical de condutas ofensivas ao interesse geral”.

Alzemerí Martins Ribeiro de Britto e Perpétua Leal Ivo Valadão- Procuradoras do Estado da Bahia.

Resumo

AQUINO, Márcia Lima. **Celebração de Convênios com Entidades Privadas sem Fins Lucrativos: é exigível ou não o processo licitatório?** 2009. 56f. Monografia (Pós-Graduação em Auditoria Governamental) – Programa de Pós-Graduação em Auditoria Governamental, UGF, Brasília.

O presente trabalho objetiva esclarecer em que medida a Lei 8.666/93 é aplicável aos convênios administrativos celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos. A pesquisa abordará dois diferentes aspectos em que se questiona a exigência de licitação: em primeiro lugar, a escolha do conveniente pelo concedente; e, em segundo lugar, a definição, pelo conveniente, das empresas privadas que ofertarão os bens e serviços necessários à consecução do objeto do convênio. Com esse propósito, analisaram-se convênios celebrados à margem da lei, de natureza contratual; as principais diferenças existentes entre convênios e contratos; os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários a respeito do tema; a evolução da legislação sobre convênios, bem como as principais inovações implementadas pelo Decreto Federal 6.170/2007 comparativamente à Instrução Normativa 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional, especialmente no que tange ao chamamento público e à exigência de que as entidades privadas sem fins lucrativos realizem, previamente à contratação de terceiros, cotação prévia de preço no mercado. Constitui ponto de destaque no trabalho a sua contemporaneidade com a implantação do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, acessível por meio do Portal de Convênios, no endereço www.convenios.gov.br, cujas funcionalidades, em conjunto com as diretrizes emanadas do Decreto 6.170/2007 e da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127/2008, representarão avanço comparável à criação do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - Siafi no final dos anos 80, permitindo maior transparência nos gastos de recursos públicos federais.

PALAVRAS-CHAVE: 1. convênios 2. contratos 3. entidades privadas sem fins lucrativos 4. licitação 5. SICONV

Abstract

AQUINO, Márcia Lima. **Celebração de Convênios com Entidades Privadas sem Fins Lucrativos: é exigível ou não o processo licitatório?** 2009.56f. Monografia (Pós-Graduação em Auditoria Governamental) – Programa de Pós-Graduação em Auditoria Governamental, UGF, Brasília.

Key-words:

Sumário

<u>Resumo</u>	7
<u>Abstract</u>	8
1. <u>Introdução</u>	10
2. <u>Contextualização do tema</u>	13
3. <u>Marco Constitucional</u>	16
4. <u>Linha doutrinária</u>	17
5. <u>Linha jurisprudencial</u>	17
6. <u>Caracterização do problema</u>	21
7. <u>Objetivos gerais da pesquisa</u>	22
8. <u>Objetivos específicos da pesquisa</u>	22
9. <u>Justificativas e relevância</u>	23
10. <u>Delimitação e caracterização do problema</u>	23
11. <u>A IN STN 1/97 e o Decreto Federal 6.170/2007</u>	23
12. <u>Portal dos Convênios e o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse- SICONV e a Imprensa</u>	33
13. <u>O convênio firmado com entidade privada sem fins lucrativos e o processo licitatório</u>	36
14. <u>Paralelo entre a Lei 8.666/93 e a Portaria Interministerial MP/MF/CGU 127/2008</u>	29
15. <u>Conclusão</u>	52
16. <u>Referências</u>	56

1. INTRODUÇÃO

O Brasil chega no século XXI com desafios de ordem social, política, econômica e cultural e apresentando uma demanda populacional por bens e serviços em quantidade e qualidade proporcionalmente comparáveis às presentes nas grandes economias capitalistas.

Para o atingimento desses ideais desenvolvimentistas, o Poder Público brasileiro estabeleceu um sistema governamental de base fundamentalmente cooperativa, fazendo surgir, nesse intuito colaborador, diversos tipos de parcerias, entre as quais se destaca a celebração de convênios e contratos de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos.

Tais entidades não são criadas com a finalidade de pactuar com a Administração Pública. Ao contrário, elas preexistem a qualquer tipo de acordo de vontades comuns e passam a trabalhar conjuntamente com o Estado, nos moldes e limites delineados no instrumento formalizador do ajuste.

Unem-se esforços em direção a um objetivo comum; há reciprocidade de ideais; alinham-se interesses; comungam-se recursos materiais e humanos; alcançado o objeto, o produto é usufruído por ambos os partícipes: está definido o instrumento legal denominado convênio.

A extensão legal da possibilidade de firmar convênio com o particular, e assim compartilhar conhecimentos técnicos e recursos materiais, financeiros e humanos, no entanto, resulta, muitas vezes, no uso indevido desse instrumento como agente de favorecimento particular ou, ainda, como meio de burlar a exigência legal de realizar-se o regular processo licitatório, na forma prescrita no art. 37, XXI, da Constituição Federal, *verbis*:

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:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante

processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

A lei, a doutrina, a jurisprudência, pesquisadores e estudiosos em geral, em face do uso inapropriado do convênio em situações típicas de contratos, têm, repetidas vezes, reafirmado as características distintivas desses dois instrumentos.

Não obstante isso, diversos ajustes firmados, especialmente aqueles que têm como partícipes as entidades privadas sem fins lucrativos, são apenas formalmente convênios, constituindo-se, materialmente, contratos, o que demonstra a sua celebração de forma equivocada, quer intencionalmente, com o objetivo de esquivar-se da exigência legal de realizar certame licitatório, quer pelo real desconhecimento de sua utilidade e reservas legais.

A utilização do convênio como instrumento de fuga do procedimento licitatório pode ser considerada sob duas faces, que, ao final, se confluenciam: o órgão/ente público, diante da obrigação de licitar bens e serviços, opta por celebrar convênio com entidade privada sem fins lucrativos sem interesse recíproco no objeto avençado e escolhida ao arrepio de um processo de seleção que observe os princípios da igualdade, da legalidade, da isonomia, da impessoalidade e da moralidade; e, após a celebração do convênio, a terceirização promovida pelo conveniente ilegítimo, também à margem dos princípios antes citados.

Em vista dessa flagrante e muitas vezes inadequada preferência pelo instituto do convênio, surgem indagações de diversos atores sobre a obrigatoriedade de o particular, gerindo recursos públicos, orientar-se pela Lei 8.666/93, tema objeto desta pesquisa.

Em termos gerais, os trechos legais, normativos e jurisprudenciais que fundamentarão esta monografia são os que seguem:

Lei 8.666/93

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.

Instrução Normativa Secretaria do Tesouro Nacional 1/97 (redação original)

Art. 27. Quando o conveniente integrar a administração pública, de qualquer esfera de governo, deverá, obrigatoriamente, sujeitar-se às disposições da Lei n.º 8.666/93, especialmente naquilo que se refira à licitação e contrato.

Parágrafo único. Sendo o conveniente entidade privada, não sujeita à Lei n.º 8.666/93, deverá, na execução das despesas com os recursos recebidos em transferência, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos pela referida lei.

Acórdão TCU 1070/2003 - Plenário

9.2 com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 45 da Lei n.º 8.443/92, fixar o prazo de 30 (trinta) dias para que o Secretário da Secretaria do Tesouro Nacional/STN dê exato cumprimento à Lei, adequando o parágrafo único do art. 27 da IN/STN n.º 01/97, publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997, ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que exige lei específica na realização de licitação, no caso a Lei n.º 8.666/93, quando da aplicação de recursos públicos, ainda que geridos por particular, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 45 c/c o art. 58, inciso II, da mesma Lei; e 9.3 determinar o arquivamento dos presentes autos, após a comprovação pela STN de que foi dado cumprimento ao item 9.2 do presente Acórdão.

Instrução Normativa Secretaria do Tesouro Nacional 1/97 (nova redação, decorrente do Acórdão retrotranscrito)

Art. 27. O conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação à licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.

Acórdão 353/2005 – Plenário (reformou o Acórdão 1.070/2003-Plenário)

9.2. atribuir aos subitens 9.2 e 9.3 do Acórdão 1.070/2003 - Plenário a seguinte redação:

“9.2. firmar o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93;

9.3. arquivar os presentes autos;”

9.3. recomendar à Presidência de República, tendo em vista a competência prevista no art. 84, inciso IV, da CF/88, que proceda à regulamentação do art. 116 da Lei 8.666/93, estabelecendo, em especial, as disposições da Lei de Licitações que devem ser seguidas pelo particular partícipe de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, nas restritas hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos;

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A participação do governo no desenvolvimento do País abrange a atuação conjunta de toda a Administração Pública, quer direta, quer indireta, e objetiva, precipuamente, o cumprimento de três funções governamentais básicas, a saber: função alocativa, função distributiva e função estabilizadora.

A função alocativa surge quando a iniciativa privada revela-se ineficiente para suprir a sociedade de determinados bens ou serviços, ou quando o bem demandado não é do interesse do setor privado, a exemplo dos investimentos de infraestrutura econômica e da provisão de bens públicos e meritórios.

Sob o aspecto distributivo, tem-se por base o “Ideal de Pareto”, princípio segundo o qual há eficiência econômica quando a posição de alguém sofre uma melhoria sem que nenhum outro tenha sua situação deteriorada.

Por fim, apresenta-se a função estabilizadora, destinada a proporcionar o crescimento equilibrado da economia, como a manutenção de um nível adequado de emprego, a estabilização dos níveis de preços e o controle do fluxo de divisas estrangeiras, entre outras variáveis econômicas.

O Brasil é um País de dimensões continentais e de agudas disparidades regionais. O Estado Brasileiro, no intento de cumprir as funções estatais acima mencionadas, realiza diversos tipos de repasses de recursos, a exemplo das

transferências voluntárias e dos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos.

Entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos a outro ente federativo a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira que não decorra de determinação constitucional, legal ou destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS).

É importante ressaltar, neste ponto, que a interpretação literal da Lei Complementar 101/2000, conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, evidencia que os convênios firmados com entidades privadas sem fins lucrativos não constituem espécie do gênero transferências voluntárias, já que a LRF não inclui, em sua definição, os repasses dirigidos a entidades dessa natureza.

Com base no pressuposto de que a atuação do Estado moderno deve-se pautar na cooperação associativa, buscou-se um arcabouço jurídico capaz de retirar do Estado a incumbência de agir direta e isoladamente na busca de seus objetivos, abrindo-se a possibilidade de esse auxílio ser instrumentalizado mediante convênio, de forma a abranger a participação tanto de órgãos e entidades federais, estaduais e municipais quanto das entidades privadas sem fins lucrativos.

Desse modo, a União, por exemplo, detentora dos meios financeiros necessários, no lugar de aplicar diretamente as verbas públicas, repassa-as a terceiros operacional e tecnicamente habilitados à produção do objeto conveniado, liberando-se, com esse ato, para o cumprimento de outras atribuições.

Apesar da materialidade dos recursos anualmente despendidos em convênios e contratos de repasse, em geral a legislação e a doutrina tratam o instrumento de convênio com ênfase especial nos aspectos operacionais, não se atendo, com o grau de profundidade necessário, à avaliação da pertinência da celebração desses ajustes sob o ponto de vista dos seus pressupostos fundamentais, consubstanciados na reciprocidade de interesse e na capacidade operacional do conveniente.

A ausência desses requisitos torna ilegítima a celebração de convênios, especialmente os firmados com entidades privadas sem fins lucrativos, à medida que a Administração livra-se do dever constitucional de licitar bens e serviços na forma preconizada pela Lei 8.666/93.

Tal situação ocorre porque as entidades privadas, quando partícipes de convênios, não são obrigadas a seguir a Lei 8.666/93 em sua plenitude, mas

somente “no que couber”, situação que não alcança os convênios firmados entre a União e os Estados e Municípios ou outras entidades públicas, já que estes vinculam-se ao ordenamento licitatório.

Como visto anteriormente, o art. 37, XXI, da Carta Magna estabelece que as obras, serviços, compras e alienações, em regra, serão contratados mediante processo licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

O certame licitatório, no entanto, é visto pelos gestores como um entrave para uma contratação célere, em face, principalmente, do seu complexo rito processual.

Visando solucionar tal obstáculo, o instituto do convênio surge, inadvertidamente, como o mecanismo ideal de aceleração do processo, capaz de contornar as falhas de planejamento que eventualmente inviabilizaram o trâmite normal do processo.

O convênio, todavia, não substitui o contrato, este destinado tão somente a pactuar a entrega de um bem ou serviço de interesse único do contratante. O contratado não usufrui o bem ou serviço após a concretização do negócio, interessando-se apenas pela contraprestação pecuniária que garantirá a continuidade de sua empresa e os lucros da operação.

O objeto contratual não se realiza mediante ações cooperativas; o contratado não trabalha em comum, não colabora, não ajuda, não auxilia. Ele apenas cumpre obrigações expressas em contrato com vistas ao recebimento do valor previamente acordado e está ciente que, se não cumpri-las, não receberá o pagamento correspondente, além de sofrer as penalidades pelo inadimplemento de obrigações contratuais.

Sobre esse último ponto, o art. 61 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127/2008 estatui que não há aplicação de penalidades em caso de desistência do convênio, *verbis*:

Art. 61. O convênio ou contrato de repasse poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente da avença, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.

3. MARCO CONSTITUCIONAL

A Carta Constitucional vigente cita o instituto do convênio em alguns trechos, tais como os arts. 71, inciso VI, e 199, § 1º. O art. 23 trata das atividades de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estabelecendo no parágrafo único que: “Lei complementar fixará 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”.

Nesse dispositivo, estaria implícita a autorização para a utilização do convênio como mecanismo de cooperação visando ao alcance dos objetivos comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

Tempos depois, a Emenda Constitucional 19 de 1998 dispôs que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre 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.

Nota-se, portanto, que o tratamento constitucional conferido ao convênio tem natureza genérica no que tange às atividades e objetos passíveis de realização por meio desse instrumento. Além disso, não há alusão a qualquer participação do setor privado.

4. LINHA DOUTRINÁRIA

Em geral, o tema convênio é tratado uniformemente pela doutrina, que traça as principais diferenças desse instrumento em relação ao contrato.

O mestre Marçal Justen Filho¹, por exemplo, define convênio como “(...) um acordo de vontades, em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública, por meio do qual são conjugados esforços e (ou) recursos, visando

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Editora Dialética, 2009. p. 998.

disciplinar a atuação harmônica e sem intuito lucrativo das partes, para o desempenho de competências administrativas”.

Segundo o autor, o convênio destina-se à realização de um objetivo determinado e específico, em que os interesses não se contrapõem, buscando pretensões fundamentais similares.

Expressa o entendimento de que a inexigência de licitação para escolha do conveniente decorre do fato de as partes não visarem benefício pessoal a partir da execução da avença, cuja natureza desinteressada e destituída de cunho egoístico faz com que todos os partícipes comprometam seus esforços e recursos para o cumprimento de fins comuns.

Maria Sylvia Zanella di Pietro² define o convênio “como forma de ajuste entre o Poder Público e as entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração”.

Para Hely Lopes Meirelles³, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”.

5. LINHA JURISPRUDENCIAL

O Tribunal de Contas da União abordou a questão do uso indevido do convênio em diversos julgados, sempre ressaltando os casos em que o contrato e, por conseqüência, o processo licitatório, era o instrumento apropriado, conforme exemplificado abaixo⁴:

Acórdão 63/99 – Plenário

De acordo com sua linha de raciocínio, o convênio não seria o instrumento adequado para a contratação, pelas IFES, das fundações em comento, uma vez que não havia identidade de interesses entre ambas as entidades - pressuposto básico do convênio - a justificar uma cooperação associativa, e

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 336.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores. p. 411.

⁴ Página www.tcu.gov.br

sim a 'contemplanção de interesses diversos - o serviço e o preço -, próprios da figura do contrato.

Acórdão 68/97 - Primeira Câmara

Hely Lopes Meireles esclarece que "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 diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos. Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa, e, por isso mesmo, não admite cláusula obrigatória da permanência ou sancionadora dos denunciantes. Nossas Administrações, entretanto, têm confundido, em muitos casos, o convênio com o contrato administrativo, realizando este em lugar e com a denominação daquele, o que dificulta sua interpretação e execução. Os convênios, entre nós, não adquirem personalidade jurídica, permanecendo como simples aquiescência dos partícipes para a prossecução de objetivos comuns, o que nos leva a considerá-los, tão-somente, uma cooperação associativa, livre de vínculos contratuais." Similar posicionamento detém o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, que também faz distinção entre contrato e convênio, inviabilizando portanto a tese de irregularidade por infração a norma contratual como causa para instauração da presente tomada de contas especial.

Acórdão 458/2004 - Plenário

De fato, os elementos integrantes da relação jurídica contratual, onde os interesses são opostos entre si, não se confundem com os da relação convencional, pois esta caracteriza-se pela busca de interesses e objetivos coincidentes. Nesse sentido, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao analisar as várias distinções entre contrato e convênio, em seu livro *Parcerias na Administração Pública*, diz que “o principal elemento que se costuma apontar para distinguir o contrato e o convênio é o concernente aos interesses que, no contrato, são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos. É o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, quando define os convênios administrativos como ‘acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes’”.

(...) 5.5.24 A eminente professora paulista aponta ainda outros critérios adotados para se distinguir o contrato do convênio. Vejamos alguns deles:

“c) no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um resultado comum, ou seja, um estudo, um ato jurídico, um projeto, uma obra, um serviço técnico, uma invenção etc., que serão usufruídos por todos os partícipes;

d) no convênio, verifica-se a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração;

e) nos contratos, ‘as vontades são antagônicas, se compõem, mas não se adicionam, delas resultando uma terceira espécie (vontade contratual, resultante e não soma) - ao passo que nos convênios, como nos consórcios, as vontades se somam, atuam paralelamente, para alcançar interesses e objetivos comuns’ (cf. Edmir Netto de Araújo, 1992: 145);

f) no contrato, existem partes e no convênio existem partícipes; é o que diz Hely Lopes Meirelles (1996:358): ‘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’ .

5.5.25 Certo é que o nome dado ao instrumento formalizador da relação jurídica em análise - “Convênio de Adesão” - não tem o condão de caracterizá-la como uma relação convencional, pois, no caso vertente, as partes têm interesses claramente opostos - o Ministério objetivando a prestação dos serviços médico-hospitalares para seus servidores, e a Geap, em

contraprestação, visa ao preço maior possível, caracterizando, sem dúvida, uma relação jurídica tipicamente contratual.

Acórdão 898/2004 - Segunda Câmara

2.1.3.3 Estando presente o requisito essencial que fundamenta a celebração de um convênio entre órgãos ou entidades, ou seja, a existência de interesse mútuo na realização de um projeto, entendemos que, em vista dos princípios da administração pública já mencionados, a Fundacentro estaria obrigada a cotejar esta alternativa frente a outras que porventura houvesse com o fim de selecionar a solução mais vantajosa para a Administração Pública.

2.1.3.3.1 A Prof^ª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in Direito Administrativo, ed. Atlas, 12^a ed, p. 284, ao analisar as diferenças entre contrato e convênio faz as seguintes afirmações:

- a) no contrato, os interesses são opostos e contraditórios, enquanto no convênio são recíprocos;
- b) por exemplo, em um contrato de compra e venda, o vendedor quer alienar o bem para receber o melhor preço e o comprador quer adquirir o bem pagando o menor preço;
- c) no convênio, também chamado de ato coletivo, todos os participantes querem a mesma coisa...;
- d) os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem, por meio de convênio, para alcançá-los;
- e) omissis...;
- f) no convênio, verifica-se mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração, que constitui cláusula inerente aos contratos;
- g) dessa diferença resulta outra: no contrato, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu, sendo irrelevante para o repassador a utilização que será feita do mesmo; no convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado à utilização prevista no ajuste; assim, se um particular recebe verbas do poder público em decorrência de convênio, esse valor não perde a natureza de dinheiro público, só podendo ser utilizado para os fins previstos no convênio; por essa razão, a entidade está obrigada a prestar contas de sua utilização, não só ao ente repassador, com ao Tribunal de Contas.

Acórdão 1470/2004 - Plenário

Nesse sentido, há que se distinguir, a bem da verdade, as diferenças fundamentais existentes entre Convênios e Contratos.

“Convênio é ato de colaboração entre as partes “ nas palavras do Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ou seja, é a conjunção de esforços entre dois entes públicos ou tendo um ente privado como uma das partes, visando à consecução de um bem comum ou a realização de objetivos de interesse comum. Já os contratos têm interesses opostos e contraditórios, vontades antagônicas, não se adicionam, ou seja, diferem dos convênios por não terem a mesma finalidade não se somarem com o intuito de atingir ao mesmo objetivo de interesse público, estando presente em uma das partes envolvidas interesses comerciais.

Especificamente quanto ao objeto central desta monografia, referente à aplicabilidade da lei de licitações pelo particular conveniente, o Tribunal de Contas da União desenvolveu importante discussão sobre o assunto no processo 003.361/2002-2 (Acórdãos Plenários 1.070/2003 e 353/2005). As conclusões desse processo ajudaram a construir alguns artigos do Decreto 6.170/2007, dispositivo que estabelece normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse.

6. CARACTERIZAÇÃO DO PROBLEMA

As funções governamentais destinadas a prover a população de bens e serviços públicos demandam atividades muitas vezes mais eficiente e eficazmente realizadas mediante a ação compartilhada de agentes públicos e privados.

Quando essa união de forças resulta na participação de entidades privadas sem fins lucrativos surgem questionamentos sobre a necessidade de realizar-se processo licitatório na etapa de escolha do conveniente e da seleção das empresas privadas que fornecerão os bens e serviços necessários ao pleno cumprimento do objeto.

Ressalte-se, todavia, que embora as dúvidas sobre a forma de escolha do conveniente envolvam tanto os convênios firmados com o particular quanto com os

órgãos e entidades públicos, as incertezas quanto ao procedimento adotado na etapa de compra de bens e serviços de terceiros restringem-se aos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, vez que a Lei 8.666/93 é ordinariamente aplicável no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

7. OBJETIVOS GERAIS DA PESQUISA

O objeto da pesquisa consiste em conhecer o instrumento de transferência de recursos denominado convênio, procurando esclarecer se há necessidade de realizar procedimento licitatório no âmbito de convênios firmados com entidades privadas sem fins lucrativos.

8. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DA PESQUISA

Os pontos específicos a serem abordados no trabalho resumem-se nos seguintes tópicos:

- análise da diferença entre convênios e contratos;
- avaliação da necessidade ou não de cumprimento da Lei 8.666/93 nos convênios firmados com entidades privadas sem fins lucrativos; e
- exame dos pressupostos básicos para a celebração de convênios (reciprocidade de interesse e capacidade operacional do convenente).

9. JUSTIFICATIVA E RELEVÂNCIA

O tema escolhido decorre do crescimento de gastos públicos realizados em parceria com o particular mediante convênio. Prende-se, precisamente, à importância de elucidar se a Lei 8.666/93 alcança os convênios firmados com entidades privadas sem fins lucrativos, em face, principalmente, da grande incidência de convênios ilegítimos, celebrados com entidades sem interesse

recíproco no objeto avençado e/ou destituídas das condições operacionais necessárias ao alcance do objeto do ajuste.

10. DELIMITAÇÃO E CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

A pesquisa desenvolvida terá natureza exploratória, proporcionando, em geral, uma maior familiaridade com o problema, esclarecendo dúvidas e questionamentos a respeito do tema estudado.

O escopo do trabalho limitar-se-á aos acordos firmados com entidades privadas sem fins lucrativos, vez que é no âmbito de convênios celebrados com entidades desse tipo que surgem as incertezas quanto à pertinência ou não de realizar-se processo licitatório. Restringir-se-á, também, aos convênios firmados no âmbito federal.

Dada a natureza do estudo, que examinará a evolução da legislação federal sobre convênios nos restritos casos em que o partícipe é entidade privada, a abrangência temporal englobará mais expressivamente o período compreendido entre a edição da IN STN 01/97 e do Decreto 6.170/2007 e respectivas portarias regulamentadoras.

11. IN STN 1/97 E DECRETO 6.170/2007

A IN STN 1/97, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências, atualmente é aplicável somente aos convênios firmados anteriormente à edição da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127, de 29 de maio de 2008, dispositivo legal que regulamenta o Decreto 6.170/2007. A IN poderá, no entanto, conforme dispôs o art. 1º da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 404/2008, ser aplicada quando houver benefícios para a consecução do convênio ou contrato de repasse.

Segundo o normativo, entende-se por convênio qualquer instrumento que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou

sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

A abrangência do convênio sofre restrição no § 2º, art. 1º, da referida IN, no qual se assinala que a celebração de convênio somente se efetivará para entes federativos (Estado, Município ou Distrito Federal) que comprovem dispor de condições para consecução do objeto do Programa de Trabalho relativo à ação e desenvolvam programas próprios idênticos ou assemelhados.

Logo, a utilização desse instrumento tem uso limitado, sendo imprópria a sua celebração com órgão/entidade sem condições operacionais de executar o objeto e sem manifesta convergência de interesses.

O Decreto 6.170/2007 introduziu novas normas para as transferências de recursos financeiros realizadas pela União, trazendo significativas alterações em relação ao normativo do Tesouro Nacional.

Referido dispositivo regulamenta 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, e destina-se à execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

Na órbita conceitual, estipula que o convênio é um “acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da Administração Pública Estadual, Distrital ou Municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando ao alcance de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação”.

O Decreto veda a celebração de convênios e contratos de repasse com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios cujo valor seja inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), não impondo tal limitação para as entidades privadas sem fins lucrativos.

Preceitua, também, que as entidades privadas sem fins lucrativos que pretendam celebrar convênio com órgãos e entidades da administração pública federal deverão realizar cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse - SICONV, na forma estabelecida pelo órgão central do sistema.

Sobre esse tópico, Wálteno Marques da Silva e Gustavo Henrique T. da Silva⁵ consideram que a exigência de cadastro “é também uma providência administrativa de cunho moralizador e de relevante importância para a racionalização dos procedimentos pertinentes ao tema e, por analogia, segue os princípios inspiradores da instituição dos sistemas de controle dos atos de gestão como tantos outros existentes”.

O art. 11 do Decreto 6.170/2007 estabelece que para efeito do disposto no art. 116 da Lei 8.666/93, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado por ocasião da celebração do contrato.

Conforme já mencionado anteriormente, o art. 116 da lei de licitações estatui que:

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.

Infere-se, assim, que, o Decreto 6.170/2007 esclareceu a abrangência do termo “no que couber” expressa na Lei 8.666/93, dúvida suscitada no processo que originou o Acórdão 1.070/2003-Plenário, do Tribunal de Contas da União, tendo sido, inclusive, objeto de recomendação dirigida à Presidência da República, como será visto mais adiante.

Em outra frente, note-se que, em razão do disposto no art. 11 do Decreto 6.170/2007, o art. 1º, § 1º do Decreto 5.504/2005 foi revogado tacitamente, estando as entidades privadas sem fins lucrativos desobrigadas de utilizar a modalidade

⁵ SILVA, Wálteno Marques; SILVA, Gustavo Henrique T., L & C Revista de Administração Pública e Política, Editora Consulex, Ano X, n.º 110, agosto de 2007, fl. 9.

licitatória pregão nas contratações de bens e serviços. São os seguintes os termos do artigo revogado:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos **ou privados**, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do *caput*, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto no 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar. (grifos acrescidos)

Com o fim de regulamentar as normas de execução introduzidas pelo Decreto 6.170/2007, foi editada a Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127, de 29/5/2008, posteriormente alterada pelas Portarias Interministeriais MPOG/MF/CGU 342 e 404 de 2008.

O art. 3º da Portaria consigna que os atos e procedimentos relativos à formalização, execução, acompanhamento, prestação de contas especial dos convênios, contratos de repasse e termos de parceria serão realizados no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse - SICONV, sistema aberto à consulta pública por meio do Portal dos Convênios e atualmente em fase de desenvolvimento pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

A propósito, importante ressaltar que a criação do SICONV, como será detalhado em parágrafos posteriores, decorreu do Acórdão TCU 788/2006 - Plenário (mas tomou mais expressão no Acórdão 2066/2006-Plenário), originado a partir de representação sobre denúncias veiculadas na imprensa a respeito de irregularidades na utilização de recursos federais por parte de prefeituras do Estado de Minas Gerais.

Também relevante citar que o § 2º do artigo 3º da mesma Portaria estabelece que para a celebração dos instrumentos disciplinados pela portaria os órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos deverão estar previamente cadastrados no sistema, medida que conferirá maior transparência no repasse de verbas públicas.

Outro item de interesse é a previsão do chamamento público, procedimento em que o concedente poderá, por meio do Portal dos Convênios, selecionar projetos e órgãos e entidades que tornem a execução do objeto mais eficaz.

O chamamento público objetiva selecionar convenientes que podem ser tanto entidades privadas sem fins lucrativos como órgãos ou entidades públicas. Trata-se de ato não obrigatório, conforme disposto no *caput* do artigo 4º do Decreto 6.170/2007 e artigo 5º da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127/2008.

No chamamento, deverão ser descritos os programas que serão executados de forma descentralizada e os critérios objetivos de seleção do conveniente ou contratado.

A publicidade do ato deverá ser ampla e abranger período mínimo de quinze dias, especialmente por meio de divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente e, ainda, no Portal dos Convênios.

Saliente-se que o vocábulo “especialmente” significa que a publicidade não se restringirá aos dois veículos citados no parágrafo precedente, abrangendo, também, outros canais de comunicação, possivelmente os mesmos indicados pela lei de licitação para as contratações públicas.

O § 2º do art. 1º da Portaria Interministerial 127/2008 estabelece que a descentralização da execução por meio de convênios ou contratos de repasse somente poderá ser efetivada para entidades públicas ou privadas para a execução de objetos relacionados com suas atividades e que disponham de condições técnicas para executá-los.

O art. 6º, inciso VII detalha, ainda, que é proibida a celebração de convênios com pessoas físicas ou entidades privadas com fins lucrativos, bem assim a celebração com entidades públicas ou privadas, cujo objeto social não se relacione às características do programa ou que não disponham de condições técnicas para executar o convênio ou contrato de repasse (art. 6º, inciso VII).

Quanto a esse aspecto, a Portaria é originalmente mais incisiva do que a IN STN 1/97, já que contém, simultaneamente, tanto o disposto na IN STN 1/97 na sua redação original quanto o trecho introduzido pela IN STN 7/2007 mais de dez anos depois, conforme se pode verificar nos trechos abaixo:

IN STN 1/97 original, publicada no Diário Oficial da União de 31/7/97:

Art. 1, § 2º A descentralização da execução mediante convênio ou Portaria somente se efetivará para entes que disponham de condições para consecução do seu objeto **e tenham atribuições regimentais ou estatutárias relacionadas com o mesmo** (grifos acrescentados).

IN STN 1/97 após a alteração promovida pela IN STN 7/2007:

Art. 1, § 2º A execução descentralizada de ação a cargo de órgão ou entidade públicos federais, mediante celebração e execução de convênio, somente se efetivará para entes federativos (Estado, Município ou Distrito Federal) que comprovem dispor de condições para consecução do objeto do Programa de Trabalho relativo à ação e **desenvolvam programas próprios idênticos ou assemelhados** (grifos acrescentados).

12. PORTAL DOS CONVÊNIOS E O SISTEMA DE GESTÃO DE CONVÊNIOS E CONTRATOS DE REPASSE E A IMPRENSA

Assim como o Siafi enfrentou resistências no passado, a criação do SICONV vem encontrando obstáculos e entraves, grande parte deles advindo dos próprios agentes responsáveis pela descentralização de recursos, havendo, também, problemas de cunho político.

Em matéria publicada em 8 de dezembro de 2008 pelo jornal Correio Braziliense, noticiou-se a pressão de prefeitos, parlamentares e até ministros contra a implantação do SICONV.

Os deputados e senadores da Comissão Mista de Orçamento estariam ameaçando obstruir as votações caso as normas do SICONV fossem implementadas em setembro de 2008.

Ainda de acordo com a matéria, a queixa principal dos políticos recairia sobre a obrigatoriedade de aprovação de projetos pelos ministérios antes de o governo empenhar as emendas individuais, fato impeditivo da liberação de recursos em pleno final de ano.

Demais disso, a insatisfação estaria presente na previsão de pagamento direto a prestadores de serviços e executores de obras, acabando com a intermediação financeira dos recursos, pondo termo, assim, aos esquemas de corrupção.

Mais recentemente, em 6 de abril passado, o Correio Braziliense reportou que muitos políticos viram o SICONV como mais uma burocracia para dificultar o repasse dos recursos orçamentários, não vislumbrando os benefícios em relação à transparência na aplicação e execução do dinheiro público.

Dias depois, em 19/4/2009, o Correio Braziliense, em mais uma demonstração da importância que o SICONV representará para a moralização dos gastos públicos, trouxe nova reportagem sobre o assunto, dessa vez abordando especialmente as Organizações Não-Governamentais, as chamadas ONGs.

Entrevistado, o Secretário-Adjunto de Planejamento e Procedimentos do Tribunal de Contas da União afirmou que “apesar dos acórdãos já publicados pelo TCU terem orientado a adoção de medidas que aumentem a transparência em relação a essas parcerias, pouco foi feito pelo Executivo para incluir as ONGs no portal de divulgação dos convênios”.

Como se vê, o TCU, conhecedor da importância da instrumentalidade do Sistema, vem acompanhando *pari passu* a implantação do SICONV, como já era esperado, vez que a criação do sistema, como já mencionado anteriormente, decorreu de determinação do próprio Tribunal. Veja os excertos dos acórdãos abaixo:

Acórdão TCU 788/2006 - Plenário

9.2. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que avalie a possibilidade de criação ou

modificação de sistema de informática que permita o acompanhamento on-line pelo menos em parte dos convênios, acordos, ajustes, contratos de repasse ou outros instrumentos congêneres, compreendendo a sinalização automática daqueles que mostrem comportamento discrepante;

Acórdão TCU 2066/2006 - Plenário

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;

Anote-se que o destaque dado ao SICONV nesta pesquisa justifica-se pelo fato de que esse sistema, em conjunto com os regulamentos que o modelam, resolveu, em grande parte, a problemática em estudo, estabelecendo diretrizes tanto para escolha do conveniente privado quanto para a escolha, por parte desse mesmo conveniente, das empresas privadas que atuarão como fornecedoras dos bens e serviços necessários à consecução do objeto do ajuste.

13. O CONVÊNIO FIRMADO COM ENTIDADE PRIVADA SEM FINS LUCRATIVOS E O PROCESSO LICITATÓRIO

Como visto anteriormente, constitui requisito obrigatório para a celebração de convênio a caracterização de interesse recíproco dos partícipes. Quando os interesses são opostos, o instrumento adequado é o contrato, precedido, salvo as exceções previstas em lei, do devido procedimento licitatório.

O convênio é, essencialmente, uma forma de colaboração que permite o alcance de objetivos sem que seja necessário aumentar a capacidade instalada e o quadro de pessoal permanente do ente público concedente, já que pressupõe a utilização do aparato técnico e operacional de propriedade do conveniente.

Os convênios não são dotados de personalidade jurídica, fundamentando-se juridicamente no termo que, ao tempo que o formaliza, estabelece os objetivos comuns relacionados à cooperação associativa e desprovida de vínculos contratuais.

É importante determinar se um ajuste tem natureza contratual ou convenial para, em primeiro lugar, evitar-se o risco de fuga do processo licitatório, e, em segundo lugar, proporcionar a utilização do correto regime jurídico, já que distintos: atualmente, o Decreto 6.170/2007 para os convênios e a Lei 8.666/93 para os contratos.

A dicotomia existente, todavia, não é absoluta, pois a Lei 8.666/93, além de dispor sobre a celebração dos contratos, estatui normas gerais relacionadas aos convênios firmados no âmbito da Administração Pública.

Nesse sentido, o art. 116 orienta sejam aplicadas aos convênios, no que couber, as disposições da Lei 8.666/93.

A Instrução Normativa 1/97 da Secretaria do Tesouro Nacional, por sua vez, em sua versão original, publicada no Diário Oficial da União de 31 de janeiro de 1997, determinava:

Art. 27 - Quando o conveniente integrar a administração pública, de qualquer esfera do governo, deverá, obrigatoriamente, sujeitar-se às disposições da Lei 8666/93, especialmente naquilo que se refira a licitação e a contrato.

Parágrafo único - o conveniente entidade privada não sujeita à Lei 8.666/93, deverá, na execução das despesas com recursos recebidos em transferências, adotar **procedimentos análogos** aos estabelecidos pela referida lei (grifos acrescidos).

Esses dois dispositivos constituem, de certa forma, a origem da polêmica que cerca o tema, pois as expressões “no que couber”, referida na Lei 8.666/93, e “procedimentos análogos”, na IN STN 1/97, de natureza vaga, deixam margem para interpretações diversas. Afinal, que artigos da Lei 8.666/93 são aplicáveis aos convênios? O que seriam “procedimentos análogos”?

O Tribunal de Contas da União enfrentou a questão ao proferir o Acórdão 1.070/2003-Plenário, no qual o relator do feito, Ministro Ubiratan Aguiar, expôs que, apesar de as entidades privadas não estarem obrigadas a aplicar a Lei 8.666/93, o particular, ao firmar convênio com a Administração Pública, sujeita-se à observância dos princípios administrativos como qualquer gestor público, destacando o princípio da licitação e do dever de prestar contas.

Em sua fundamentação, transcreveu trechos da obra da administrativista Maria Sylvia Zanela Di Pietro⁶ que ensinam que os convênios não modificam a natureza dos recursos envolvidos:

Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda a natureza por força do convênio; ele é utilizado pelo executor do convênio, mantida a sua natureza de dinheiro público. Por essa razão, é visto como alguém que

⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanela, Direito Administrativo, Editora Atlas, p. 287

administra dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no artigo 70, parágrafo único, da Constituição.

O procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato". (...) "A expressão ente público no exercício da função administrativa justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício da função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação".

Dessa maneira, o Ministro da Corte de Contas Federal entendeu que a aplicação de recursos de convênios exige o prévio procedimento licitatório, mesmo que o conveniente seja entidade privada, exigência que seria, a seu ver, a única forma de dar pleno atendimento ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, proporcionando, por conseguinte, a disputa isonômica de todos os participantes, pessoas físicas ou jurídicas.

Com base nesta premissa, o Relator, ao promover a discussão em torno de qual regramento o particular deve seguir ao selecionar o seu fornecedor, se o referido na Lei 8.666/93 ou na IN STN 01/97 ("procedimentos análogos"), optou pela primeira.

Para fundamentar a escolha, explicou que as licitações somente podem ser realizadas segundo os regramentos contidos em lei no sentido estrito, especialmente editada para esse fim, que no caso seria a Lei 8.666/93, repugnando, assim, a orientação normativa sobre o tema estabelecida pela IN STN 1/97.

Todavia, apesar de entender que a regra é a utilização da Lei 8.666/93, o Ministro reconheceu a possibilidade de ocorrência de situações especiais, em que o particular não pode aplicar plenamente a Lei de Licitações, casos em que o ato deverá ser devidamente justificado.

Em sua avaliação, a entidade privada não está obrigada a firmar convênio com a Administração Pública, mas, o fazendo, deve estar ciente que está administrando recursos públicos em sentido estrito, não podendo, portanto,

descumprir exigências criadas pelo legislador com vistas à correta aplicação de verbas públicas, especialmente aquelas sistematizadas na Lei 8.666/93.

Seguindo essa linha, o Relator votou no sentido de que o Tribunal fixasse prazo para que a Secretaria do Tesouro Nacional revogasse o parágrafo único do art. 27 da IN/STN 1/97, dispositivo que permitia que as entidades privadas sem fins lucrativos aplicassem procedimentos análogos aos expressos na Lei 8.666/93 nas compras de bens e serviços custeados com recursos de convênios, de origem pública.

Na sessão de julgamento, o Ministro Benjamin Zymler apresentou Declaração de Voto discordando do posicionamento do Relator, considerando incabível o exercício das prerrogativas da Lei 8.666/93 por entes privados. O Ministro, na verdade, avaliou adequada a redação que se pretendia alterar.

Diante dessa divergência de entendimentos, o Tribunal acompanhou o Voto do Relator Ubiratan Aguiar, fixando prazo para que a Secretaria do Tesouro Nacional reformulasse o parágrafo único do art. 27 da IN/STN 1/97, adequando-o ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que exige lei específica na realização de licitação, no caso a Lei 8.666/93, quando da aplicação de recursos públicos, ainda que geridos por particular.

Em decorrência da determinação do Tribunal de Contas da União (Acórdão 1.070, de 6/8/2003 - Plenário, item 9.2), a Secretaria do Tesouro Nacional publicou a IN 3/2003, passando o art. 27 da IN STN 1/97 a ter a seguinte redação:

Art. 27. O conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.

Tempos depois, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, ao considerar que a Lei 8.666/93 não se aplica ao particular, e que o teor original do art. 27 da IN/STN 01/97 era adequado ao ordenamento jurídico vigente, interpôs recurso contra a decisão do Tribunal, resultando no Acórdão 353/2005 - Plenário.

Dessa forma, foi alterado o item 9.2 do Acórdão 1.070/2003 - Plenário - TCU, firmando-se o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos

por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações.

Adicionalmente, o Acórdão recomendou que a Presidência da República regulamentasse o art. 116 da Lei 8.666/93 e que estabelecesse, em especial, as disposições da Lei de Licitações que deviam ser seguidas pelo particular partícipe de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, nas restritas hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos.

Como resultado da recomendação do TCU, o Poder Executivo Federal editou o Decreto 6.170/2007, solucionando a dúvida que pairava quanto à necessidade de as entidades privadas partícipes de convênios realizarem, em suas contratações, os procedimentos licitatórios delineados na Lei 8.666/93.

Nesse sentido, o Decreto 6.170/2007 dispôs, *verbis*:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Conclui-se, portanto, que o Decreto 6.170/2007 afastou definitivamente a necessidade de submissão das entidades privadas partícipes de convênios aos ditames da Lei 8.666/93, obrigando-as a promover, no entanto, cotação prévia de preços no mercado por intermédio do SICONV, bem como observar os princípios acima listados.

A recomendação do Tribunal para que se estabelecesse o grau de aplicabilidade da Lei 8.666/93 nas entidades privadas sem fins lucrativos fez-se necessária à época em face da urgência de definir-se a forma como o particular, gerindo recursos públicos, efetuará despesas destinadas à obtenção do objeto conveniado, se realizando simples pesquisa de preço no mercado, por meio de apresentação de orçamentos de empresas fornecedoras de bens e serviços, ou se licitando bens e serviços com base na Lei 8.666/93.

Tais incertezas persistiram até a edição do Decreto 6.170/2007, sendo possível afirmar que, até a data de sua efetiva vigência, diversos convênios foram

executados sem segurança jurídica, muitos deles sem pesquisa de preços e, conseqüentemente, sem a observância dos princípios basilares da Administração Pública.

É de se inferir, portanto, que o vazio legislativo que precedeu o Decreto 6.170/2007 serviu de pretexto para a celebração de convênios com entes privados em situações em que o instrumento cabível era o contrato, já que aquele era preferido pelo gestor por eliminar a etapa licitatória, sendo suficiente que o conveniente efetuasse coleta de preços no mercado, grande parte delas direcionada e com fornecedores certos.

Dessa maneira, ocorria a fuga do processo licitatório, uma vez que, escolhido o parceiro sem legitimidade, ou seja, sem interesse recíproco e sem capacidade operacional para executar o objeto do convênio, este terceirizava os bens e serviços sem licitação, fundamentando a sua escolha em pesquisas de preços frágeis e à margem da Lei Federal de Licitações.

Daí a preocupação quanto à necessidade de determinar precisamente os limites entre contratos e convênios, tema sobre o qual se debruçaram doutrinadores, pesquisadores, órgãos de controle e estudiosos em geral.

Nesse sentido, encontram-se registradas na literatura administrativa brasileira diversas diferenças entre os instrumentos de contrato e de convênio, assim exemplificadas:

- a) o termo convênio deve ter utilização restrita aos casos em que o interesse dos signatários seja absolutamente concorrente, um objetivo comum, ao contrário do que ocorre no contrato em que o interesse dos que o firmam é diverso e contraposto;
- b) por almejarem o mesmo objetivo os signatários não são, a rigor terminológico, partes, e não cobram taxa ou remuneração entre si;
- c) no convênio descabe a aplicação de penalidade por rescisão, bastando não haver mais interesse na sua continuação para que se promova a sua denúncia;

d) com referência a uma particular hipótese em que a Administração seja usuária do serviço público, há norma expressa recomendando a utilização do contrato, conforme dispõe o art. 62, 3, inc. II, da Lei 8.666/93. Nos demais casos os parâmetros aqui delineados indicam quando deve ser utilizado o convênio ou o contrato;

e) não há amparo jurídico para o ajuste de convênios em que a parte responsável pela execução dos serviços ou obras possa subempreitar ou subcontratar totalmente a execução do objeto ficando com a taxa de administração, sem ônus ou responsabilidades;

f) o uso de convênio, quando cabível o contrato, não pode ser considerado mero erro de forma, vez que o regramento entre ambos é bastante diverso e a ação dos órgãos de controle é menos intensa no convênio. Subjacente ao interesse em não adotar o instrumento de contrato, poderá estar presente o desejo de mitigar a ação do controle;

g) o uso injustificado do convênio acaba por viabilizar, além de toda a problemática que permeia o assunto, o pagamento antecipado por objetos não executados.

Tanto no contrato como no convênio há acordo de vontades, mas, enquanto no contrato existem duas partes (podendo ter mais de dois signatários), com interesses diversos e opostos, uma parte que pretende o objeto do ajuste (fornecimento, serviço, obra etc.) e a outra a contraprestação correspondente (o valor ou outra vantagem), no convênio o acordo não é contrato (não há vínculo contratual), não há partes, mas partícipes; qualquer partícipe pode se retirar quando desejar, sem penalidades, sendo apenas responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo; não há

cláusula de permanência obrigatória; não há preço ou remuneração, mas apenas mútua cooperação.

O objeto do convênio deve atender necessariamente a um interesse público, independentemente de haver outros objetivos particulares em cena, não podendo existir, frise-se, apenas interesses particulares.

Tarso Cabral Violin⁷, na obra intitulada “Peculiaridades dos Convênios Administrativos Firmados com as Entidades do Terceiro Setor”, ressalta que têm sido, equivocadamente, firmados convênios no lugar de contratos no intuito de eximir o gestor público da obrigação de realizar processo licitatório.

Segundo o autor, muitas vezes os contratos são substituídos por convênios sem intenção de fraude, mas por simples desconhecimento das reais possibilidades de uso de cada instituto, prática que pode ser evitada quando se atende o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, que determina que as minutas dos convênios devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração.

Entretanto, apesar de a celebração de convênios no lugar de contratos ser uma ocorrência em certa medida freqüente, na prática administrativa é possível encontrar convênios legítimos, cumpridores dos mandamentos e requisitos legais.

Na contramão dos conceitos que diferenciam contratos e convênios, muitos doutrinadores tecem considerações acerca da similitude e ligação entre esses dois instrumentos, chegando alguns deles mesmo a descaracterizar a essência da diversidade existente entre ambos, conforme se verifica nos trechos abaixo, todos extraídos da obra anteriormente citada.

Marçal Justen Filho, por exemplo, estabelece uma relação entre os contratos comutativos ou distributivos da teoria geral do direito, no quais há interesses contrapostos, dos de natureza cooperativa ou organizacional, no qual há aproveitamento conjunto e simultâneo de bens e recursos humanos, com objetivo comum (ex: contratos societários).

Sílvio Luís Ferreira da Rocha entende que é um erro a distinção entre convênio e contrato na questão da diversidade de interesses, invocando os

⁷ VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br>>. acesso em: 3 ago. 2009.

contratos associativos, e que a diferença estaria apenas na inexistência de cláusulas exorbitantes nos convênios.

Já Toshio Mukai não concorda com a equiparação dos convênios com os contratos cooperativos do direito privado, nos quais "embora os interesses sejam opostos, chegam a configurar verdadeira composição no sentido de fazer emergir a vontade contratual, tanto que surge a vontade societária", enquanto que nos convênios "não há a composição de vontades; há simples cooperação", no qual "os partícipes continuarão a realizar seus próprios objetivos sociais, não de uma nova pessoa jurídica, que de fato não surge". Segundo o autor, no convênio os interesses recíprocos não se compõem, não formam um terceiro interesse, como nos contratos de sociedade.

Odete Medauar entende que os consensos, acordos, cooperações e parcerias entre a Administração Pública e particulares "incluem-se numa figura contratual, num módulo contratual" e que "a dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual".

Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz que "o convênio é o ato administrativo complexo em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho conjunto, por cooperação ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira.

Outro ponto de debate é o que trata da necessidade ou não de licitação prévia à assinatura dos convênios administrativos firmados com entidades privadas ainda na etapa de seleção do conveniente.

Não há, sob o ponto de vista legal, qualquer imposição nesse sentido. A desobrigação de licitação fundamenta-se na especificidade do objeto e na necessidade de encontro de interesses recíprocos.

Desse modo, devido à sua própria natureza, a celebração de convênio independe de prévia licitação, pois não há, em princípio, viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração.

Todavia, esse tema merece ponderação. Existem na literatura administrativa e jurisprudencial indagações acerca da necessidade de realizar-se licitação no momento que antecede a celebração do ajuste, ou seja, na fase de escolha do conveniente.

A etapa de seleção do ente conveniente, cuja escolha faz parte do poder discricionário do agente público, pode caracterizar, também, e de forma ainda mais perniciosa, a fuga do processo licitatório, à medida que o agente público pode optar pelo convênio para esquivar-se do dever legal de licitar, podendo incumbir, por meio desse ajuste, a produção do objeto desejado ao particular destituído dos requisitos necessários à celebração de convênio.

Conforme antes mencionado, somente em 2007, com a edição do Decreto 6.170/2007, introduziu-se, mesmo assim na esfera da competência discricionária, a possibilidade de chamamento público para a seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficazes o objeto do ajuste.

Todavia, considerando o caráter facultativo do comando legal, é possível concluir que os gestores públicos continuarão procedendo ao processo de escolha de forma pessoal e não isonômica.

O caráter discricionário do chamamento público, no entanto, já foi tratado pelo Tribunal de Contas da União, que, em recente deliberação (Acórdão 1331/2008 – Plenário) recomendou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que avalie a oportunidade e a conveniência de:

9.2.2. orientar os órgãos e entidades da Administração Pública para que editem normativos próprios visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados;

O referido Acórdão também recomendou à Casa Civil da Presidência da República:

(...) que oriente os órgãos e entidades da Administração Pública para que editem normativos próprios visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados;

Vê-se, portanto, que o TCU recomenda que o chamamento público se torne uma regra geral, transformando em exceções os casos em que tal procedimento não seja factível ou conveniente.

Sobre esse tópico, a pergunta que se faz é: é correto que, existindo muitos potenciais colaboradores com interesse no objeto, iguais condições técnicas e operacionais, custos similares para a realização de projeto na mesma área de interesse público, o gestor público escolha livremente aquele que lhe parece mais apropriado para executá-lo? Não devia a lei imprimir o caráter coercitivo do processo de escolha mediante chamamento público?

O chamamento público, enquanto facultativo, já nasce quase que extirpado do mundo jurídico, pois a discricionariedade quase sempre resulta na rara ocorrência efetiva do ato facultado.

No entanto, algum tipo de processo seletivo deve ser utilizado quando a Administração defronta-se com uma variedade de entidades aptas a realizarem o mesmo objeto, situação que não foi efetivamente resolvida pelo Decreto 6.170/2007, dado o caráter optativo que o normativo conferiu ao procedimento.

Apesar de tratar-se de uma faculdade, de um ato pertencente à esfera discricionária do gestor, e não a um dever, existindo mais de um interessado em firmar convênio com a Administração Pública não poderá o administrador, sem qualquer motivação, escolher uma das entidades postulantes do ajuste, sob pena de violar os princípios constitucionais, mormente os da moralidade e da isonomia.

Em situações peculiares, quando caracterizada a inequívoca impossibilidade de concorrência entre os interessados, poder-se-iam utilizar, por analogia, fundamentações como a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, tornando-se obrigatórias, como no caso dos contratos, as justificativas na instrução processual respectiva.

Também relevante no processo de escolha do conveniente é a caracterização da reciprocidade de interesses, antes comprovada mediante o simples exame do estatuto da entidade conveniente, conforme já citado anteriormente neste trabalho.

A Instrução Normativa STN 7/07 alterou dispositivos da Instrução Normativa STN 1/97, introduzindo importante modificação no art. 1º, § 2º, que passou a estabelecer que a execução descentralizada de ação a cargo de órgãos e entidades públicos federais, mediante celebração e execução de convênio, somente

se efetivaria para entes que comprovassem dispor de condições para consecução do objeto do Programa de Trabalho relativo à ação e desenvolvessem programas próprios idênticos ou assemelhados.

Antes, exigia-se que a descentralização da execução mediante convênio ou Portaria somente se efetivasse para entes que dispusessem de condições para consecução do seu objeto e tivessem atribuições regimentais ou estatutárias relacionadas com ele. A ênfase agora, portanto, não é a finalidade expressa no estatuto, mas o tipo de atividade desenvolvida pelos convenientes.

Essa alteração objetivou, talvez, corrigir a prática de introduzir nos estatutos das entidades privadas uma gama variada de atribuições, com o propósito de ampliar o leque de oportunidades de celebração de convênios ou outros instrumentos afins com a Administração Pública. A título ilustrativo, cita-se a expressão “incumbido regimentalmente de desenvolvimento institucional” ou “promover o desenvolvimento sustentável”, entre outras de cunho geral.

Como caso concreto, transcreve-se abaixo trecho extraído do estatuto da Fundação de Desenvolvimento Regional - FUNDER, que já atuou na Administração Pública na posição de conveniente:

Art. 4 A Funder tem como finalidade o apoio ao ensino, à pesquisa e à extensão, o desenvolvimento social, cultural, institucional, de saúde, do turismo, de proteção ao meio ambiente, à promoção e ao desenvolvimento científico, tecnológico, de inovação, incentivando a formação de recursos humanos, à pesquisa básica e aplicada, capacitação tecnológica e à difusão de conhecimento, devendo, para tanto, buscar a integração dos órgãos instituidores e de quadros que possam colaborar na busca do bem-estar da sociedade.

O Ministério do Turismo celebrou com a referida Fundação os Contratos de Repasse cujos objetos consistiram na construção de estações de tratamento de esgoto nos Municípios de Lima Duarte/MG e Santana do Garambeu/MG e na execução de melhorias no Píer e na orla de Paraty/RJ.

Veja que, dada a amplitude do objetivo estatutário, a entidade estaria apta a firmar convênios com temas afetos a diversos ministérios da estrutura do Poder Executivo.

Todavia, o Tribunal de Contas da União, ao examinar o histórico de trabalhos desenvolvidos pela Fundação, avaliou que todos os projetos até então realizados pela entidade eram pertinentes à área tecnológica e científica, tais como serviços técnicos especializados de estação de tratamento de efluentes líquidos; construção e reforma de casas de farinha; construção de laboratório para pesquisa; recomposição da cobertura vegetal de nascente, margem e áreas degradadas nas sub-bacias e bacia hidrográfica do São Francisco; modernização da infraestrutura física do laboratório de virologia e biologia molecular; projeto de parque tecnológico; aumento da eficiência no uso de água e da irrigação; despoluição de rio, entre outras atividades.

Em outro processo, o TC 016.078/1999-3, consta no *site* do Tribunal que o Banco do Brasil e a Fundação Instituto de Administração- FIA e a Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras- FIPECAFI e a Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas- FIPE firmaram convênio para desenvolver metodologias, modelos e trabalhos de pesquisa, consultoria e treinamento em assuntos de administração, economia, ciências contábeis, atuariais e financeiras de interesse mútuo das partes convenientes, que serão realizados pelas fundações para o Banco do Brasil.

Nesse exemplo, entendeu-se que o ajuste não preenchia os requisitos necessários à celebração de convênio, dado que o regime mútuo não pode implicar contraprestação, em que uma parte remunera a outra pelos serviços prestados. No caso, o Banco do Brasil objetivava a prestação de serviços por parte das fundações e o conveniente a remuneração pelos trabalhos executados.

No processo 031.449/2007-6, o TCU detectou problemas na escolha do instrumento de consecução dos objetivos almejados pela Administração, uma vez que o interesse das partes envolvidas (América Latina Logística do Brasil S.A. e 10º Batalhão de Engenharia e Construção do Exército Brasileiro) não eram similares, face à restrição do objetivo da conveniente à realização de serviços de recuperação da malha ferroviária da qual detinha a concessão de exploração, não se coadunando com os interesses do Batalhão, que era o adestramento do seu corpo de engenharia.

Ainda como exemplificação, verificou-se que o Tribunal de Contas da União realizou auditoria no Ministério do Meio Ambiente com fito de analisar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão no que tange aos convênios firmados

com organizações não-governamentais (ONGs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIPs.

Segundo a equipe de auditores do Tribunal, dos 350 convênios celebrados entre o Ministério do Meio Ambiente e essas entidades durante os anos de 2003 a 2005, no valor total aproximado de R\$ 124 milhões, 57 convênios, correspondentes a R\$ 31 milhões, teriam sido celebrados com ONGs e OSCIPs cuja denominação não guardavam pertinência com as finalidades ligadas ao meio ambiente.

A fim de coibir ocorrências como essas, a reciprocidade de interesse deve ser examinada analisando-se conjuntamente as competências estatutárias e as atividades costumeiramente desempenhadas pelo proponente, observando-se a similaridade entre o ramo de atuação da entidade e a natureza do objeto do convênio ou contrato de repasse.

Além da reciprocidade de interesse, a análise da efetiva capacidade operacional do convenente deve ser avaliada pelos agentes públicos responsáveis pelo repasse de recursos a entes privados, questão que também mereceu a atenção dos novos normativos disciplinadores das transferências de recursos federais, como o art. 4º da Portaria Interministerial 127/2008, *verbis*:

art. 4º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal que pretenderem executar programas, projetos e atividades que envolvam transferências de recursos financeiros deverão divulgar anualmente no SICONV a relação dos programas a serem executados de forma descentralizada e, quando couber, critérios para a seleção do convenente ou contratado.

(...)

§ 2º Os critérios de elegibilidade e de prioridade deverão ser estabelecidos de forma objetiva, com base nas diretrizes e objetivos dos respectivos programas, visando atingir melhores resultados na execução do objeto, considerando, entre outros aspectos, a aferição da qualificação técnica e da capacidade operacional do convenente.

Na mesma direção, o art. 5º, § 2º estipula que:

Art. 5º, § 2º. A qualificação técnica e capacidade operacional da entidade privada sem fins lucrativos será aferida segundo critérios técnicos e objetivos a serem definidos pelo concedente ou contratante, bem como por meio de indicadores de eficiência e eficácia estabelecidos a partir do histórico do desempenho na gestão de convênios ou contratos de repasse celebrados a partir de 1º de julho de 2008.

De acordo com o art. 72 da Portaria, a utilização de indicadores de eficácia e eficiência será obrigatória para instrumentos celebrados a partir de 2011. Portanto, em tese, desde julho de 2008 os convenientes entidades privadas têm tido o seu histórico de capacitação catalogado pelos concedentes, e, já a partir de 2011, os índices construídos nortearão a escolha do partícipe privado.

Desse modo, procedendo-se à escolha do particular qualificado e operacionalmente preparado, pressupõe-se que o ente particular efetivamente tem meios e sabe como (*know how*) executar o objeto pretendido, devendo ser examinados pontos como o desempenho anterior na realização de objetos semelhantes; a existência de corpo técnico qualificado ou a capacidade de sua mobilização, atendendo, dessa maneira, a um dos requisitos para assinatura de convênio.

A relevância da parametrização dessas questões decorre do fato de que, quando os gestores públicos adotam o convênio indistintamente, sem observar os pressupostos norteadores dessa modalidade de ajuste, maculam o interesse público, à medida que afrontam o princípio constitucional inserto no art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, que dispõe que, afora as exceções previstas em lei, é obrigatório que as obras, serviços, compras e alienações sejam precedidos de licitação pública, assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes.

14. PARALELO ENTRE A LEI 8.666/93 E A PORTARIA INTERMINISTERIAL MPOG/MF/CGU 127, DE 29/5/2008

Observando-se mais atentamente os termos da Portaria Interministerial 127/2008, especialmente as suas referências ao Sistema SICONV, é possível verificar que o normativo instituiu, efetivamente, processo licitatório de natureza

simplificada para os ajustes que tenham entidades privadas sem fins lucrativos como partícipes, pois muitos de seus mandamentos assemelham-se àqueles consignados na Lei 8.666/93, como pode ser visualizado no quadro seguinte:

Lei 8.666/93	Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127, de 29/5/2008
<p>Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.</p> <p>Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impeçoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.</p>	<p>Art. 45. Para a aquisição de bens e contratação de serviços com recursos de órgãos ou entidades da Administração Pública federal, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.</p>
<p>Art. 24. É dispensável a licitação:</p>	<p>Parágrafo único. A entidade privada sem fins lucrativos</p>

<p>V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;</p>	<p>deverá contratar empresas que tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.</p>
<p>Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:</p> <p>I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;</p> <p>Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:</p> <p>§ 2o O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da</p>	<p>Art. 46. A cotação prévia de preços prevista no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, será realizada por intermédio do SICONV, conforme os seguintes procedimentos:</p> <p>I - o conveniente registrará a descrição completa e detalhada do objeto a ser contratado, que deverá estar em conformidade com o Plano de Trabalho, especificando as quantidades no caso da aquisição de bens;</p> <p>II - a convocação para cotação prévia de preços permanecerá disponível no SICONV pelo prazo mínimo de cinco dias e determinará:</p> <p>a) prazo para o recebimento de propostas, que respeitará os limites mínimos de cinco dias, para a aquisição de bens, e quinze dias para a contratação de serviços;</p> <p>b) critérios para a seleção da proposta que priorizem o menor preço, sendo admitida a definição de outros critérios relacionados a qualificações especialmente relevantes do objeto, tais como o valor técnico, o caráter estético e funcional, as características ambientais, o custo de utilização, a rentabilidade; e</p> <p>c) prazo de validade das propostas, respeitado o limite máximo de sessenta dias.</p> <p>III - o SICONV notificará automaticamente, quando do</p>

<p>realização do evento será:</p> <p>I - quarenta e cinco dias para: (...)</p> <p>II - trinta dias para: (...)</p> <p>Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos</p> <p>§ 1o Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;</p> <p>II - a de melhor técnica;</p> <p>III - a de técnica e preço.</p> <p>IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.</p>	<p>registro da convocação para cotação prévia de preços, as empresas cadastradas no SICAF que pertençam à linha de fornecimento do bem ou serviço a ser contratado;</p> <p>IV - a entidade privada sem fins lucrativos, em decisão fundamentada, selecionará a proposta mais vantajosa, segundo os critérios definidos no chamamento para cotação prévia de preços; e</p> <p>V - o resultado da seleção a que se refere o inciso anterior será registrado no SICONV.</p>
--	--

<p>Art. 24. É dispensável a licitação:</p> <p>II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;</p>	<p>§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária:</p> <p>I - quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou compra ou ainda para obras, serviços e compras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e</p> <p>II - quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar tão-só os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes.</p> <p>§ 2º O registro, no SICONV, dos contratos celebrados pelo beneficiário na execução do objeto é condição indispensável para sua eficácia e para a liberação das parcelas subseqüentes do instrumento, conforme previsto no art. 3º.</p>

15. CONCLUSÃO

A presente pesquisa estudou a diferença entre contratos administrativos e convênios, quando se abordou que nestes não há vínculo contratual, há acordo de vontades; não há partes, mas sim partícipes com as mesmas pretensões (interesses comuns), podendo qualquer um retirar-se do acordo quando bem desejar; no contrato, há duas partes com interesses opostos (um pretende o objeto e o outro a contraprestação), aplicando-se-lhe integralmente a Lei 8.666/93.

O instrumento de convênio pressupõe a existência de interesses comuns entre as partes, não havendo, nessa relação, o lucro, produto da existência de

interesses antagônicos e motivo pelo qual a legislação que regulamenta a matéria na esfera federal não permite que o ente conveniente seja entidade privada com fins lucrativos.

Vale lembrar que a opção pela transferência de recursos resulta do reconhecimento, pelo concedente, de que é conveniente que um terceiro, com propósitos comuns, implemente o objeto desejado. Ou seja, se constitui objetivo de ambos promover a execução do objeto, que visa, obviamente, atender ao interesse público, nada impede que sejam viabilizadas condições para tanto.

Antes da edição do Decreto 6.170/2007, havia incertezas quanto à obrigatoriedade de que as entidades privadas, ao gerir recursos públicos oriundos de convênios, observassem plenamente a Lei 8.666/93.

O Tribunal de Contas da União, orientando e disciplinando o assunto, primeiramente reputou inadequada a permissão contida na IN STN 1/97, que autorizava que o conveniente privado adotasse procedimentos análogos ao estabelecido na Lei de Licitações.

Como consequência, o Tesouro Nacional alterou o referido normativo, que passou a dispor que o conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei 8.666/93, especialmente em relação à licitação e contrato.

Em seguida, a compreensão sobre o tema foi alterada pelo Tribunal, firmando-se o entendimento que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convenio deve atender, no que couber, a Lei de Licitações. Naquela mesma oportunidade, foi dirigida recomendação à Presidência da República para que regulamentasse o art. 116 da Lei 8.666/93, de forma a estabelecer os dispositivos da Lei 8.666/93 que deviam ser seguidos pelo particular partícipe de convênio, o que veio a ser implementado por meio do Decreto Federal 6.170/2007, que dispôs, entre outras matérias, sobre a exigência de que as entidades privadas sem fins lucrativos realizem cotação prévia de preços no mercado quando da aquisição de bens e serviços com recursos advindos de convênio.

Entretanto, enquanto vigia essa indefinição, antes, portanto, do mencionado decreto, diversos convênios foram firmados à margem da lei, servindo como instrumento de fuga do processo licitatório, vez que o gestor público, no lugar de firmar contratos, muitas vezes conveniava com entidades particulares que não

apresentavam os pressupostos básicos para celebração de convênios (reciprocidade de interesses e capacidade operacional) e desobrigadas de realizar processo licitatório, tornando muito mais céleres, porém contrárias aos princípios constitucionais, as aquisições de bens e serviços pela Administração Pública.

O convênio firmado com entidade privada sem fins lucrativos, enquanto instrumento apropriado para viabilizar a associação de interesses entre o setor público e privado, permite que o particular, gerenciando recursos públicos, adquira bens e serviços de terceiros sem se submeter integralmente aos ditames da Lei 8.666/93, comportamento cuja legalidade foi reafirmada com a edição do Decreto 6.170/2007.

Nesse sentido, quando o particular selecionado não satisfaz as qualificações legalmente impostas, evidencia-se a utilização do convênio como instrumento de fuga do processo licitatório, pois os gastos respectivos, caso fossem realizados por meio de contrato, exigiriam a observância plena da Lei 8.666/93.

Agindo dessa maneira, a obtenção do objeto pretendido fica a cargo do particular escolhido de acordo com os interesses pessoais do administrador público, resultando, quase que invariavelmente, na terceirização de 100% dos bens e serviços atinentes ao convênio, descaracterizando a própria natureza desse instrumento.

Atualmente, com os regramentos estabelecidos pelo Decreto 6.170/2007, a questão parece, em princípio, pacificada. Primeiro, em razão da já referida exigência de cotação prévia de preços; segundo, porque, embora dentro da esfera da competência discricionária, a legislação brasileira introduziu o denominado chamamento público, procedimento mediante o qual o concedente poderá, por meio do Portal dos Convênios, selecionar projetos e órgãos e entidades que tornem a execução do objeto mais eficaz.

Logo, as dúvidas sobre a exigência ou não de que as entidades privadas sem fins lucrativos partícipes de convênios realizem procedimento licitatório na forma preconizada pela Lei 8.666/93 dissiparam-se em razão da edição do Decreto 6.170/2007 e respectivas portarias regulamentadoras: não é necessário adotar a lei licitatória, mas sim realizar cotação prévia de preços no mercado por meio do Sistema SICONV, desde que observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade

Anote-se, por fim, no tocante ao controle exercido sobre os convênios, que as entidades concedentes devem ser as primeiras fiscalizadoras e controladoras das transferências de recursos públicos. O controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União ocorre em um segundo momento, nos processos de denúncias, representações, tomada e prestação de contas anuais, auditorias, entre outros.

Nesse sentido, sob o ângulo do controle, e como sugestão para futuro tema de pesquisa, sugere-se a análise comparativa entre os convênios firmados antes e depois da implementação do SICONV, evidenciando quais aspectos irregulares antes recorrentes serão solucionados quando o Sistema tornar-se efetivo, bem como os efeitos contributivos para os órgãos de controle interno e externo.

16. REFERÊNCIAS

___BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/principal.htm>. Acesso em 2 mar. 2009.

___ BRASIL. Lei 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.datalegis.inf.br/datalegis.php>>. Acesso em: 5 mar.2009.

___ BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 25 abr. 2009.

___BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 23 abr. 2009.

____BRASIL. Decreto 6.170, de 25 de junho de 2007. Dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/_decretos2007.htm>. Acesso em 20 mar. 2009.

____BRASIL. Instrução Normativa Secretaria do Tesouro Nacional nº 1, de 15 de janeiro de 1997. Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/legislacao/download/estados/IN_STN_1_1997_Convenios/IN_stn_01_15jan1997_convenios.htm>. Acesso em: 2 mar. 2009.

____BRASIL. Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 127, de 29 de maio de 2008. Estabelece normas para as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Disponível em: <https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/PortariaInterministerial_127-2008-convenios.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2009.

____BRASIL. Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 342, de 5 de novembro de 2008. Altera a Portaria Interministerial nº 127/MP/MF/CGU, de 29 de maio de 2008, que estabelece normas para as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Disponível em: <https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/Portaria_342_5_novembro_2008.pdf>. Acesso em 24 jun. 2009.

____BRASIL. Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU 404, de 23 de dezembro de 2008. Altera a Portaria Interministerial nº 127 /MP/MF/CGU, de 29 de maio de 2008, que estabelece normas para as transferências de recursos da União mediante convênio e contratos de repasse. Disponível em: <<https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/PortariaInterministerial40423122008alteraportaria12729052008.pdf>> Acesso em 24 jun. 2009.

____ Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.070/2003-Plenário, Sessão de 6 de agosto de 2003. Disponível em < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>>. Acesso em 24 abr.2009.

____Tribunal de Contas da União. Acórdão 353/2005-Plenário, Sessão de 6 de abril de 2005. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=2&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 2 abr. 2009.

____Tribunal de Contas da União. Acórdão 63/1999- Plenário, Sessão de 26 de maio de 2009. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=3&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

____Tribunal de Contas da União. Acórdão 68/1997- Plenário, Sessão de 16 de abril de 1997. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=4>>. Acesso em: 15 mai. 2009.

____Tribunal de Contas da União. Acórdão 458/2004- Plenário, Sessão de 28 de abril de 2004. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=5&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 16 mai. 2009.

____Tribunal de Contas da União. Acórdão 898/2004- Segunda Câmara, Sessão de 27 de maio de 2004. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=7>>. Acesso em: 17 mai. 2009.

____Tribunal de Contas da União. Acórdão 788/2006- Plenário, Sessão de 25 de maio de 2006. Disponível em: < <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=8&doc=1&dpp=20&p=0>>. Acesso em: 2 mai. 2009.

____Tribunal de Contas da União. Acórdão 2066/2006- Plenário, Sessão de 8 de novembro de 2006. Disponível em: <

<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=9&doc=1&dpp=20&p=0>>.

Acesso em: 3 mai. 2009.

____Tribunal de Contas da União. Acórdão 1470/2004- Plenário, Sessão de 29 de setembro de 2004. Disponível em: <

<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=10&doc=1&dpp=20&p=0>>.

Acesso em: 4 jun. 2009.

CANDEIA, Remilson Soares. Convênios celebrados com a União e suas prestações de contas. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35^a Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Editora Dialética, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

SILVA, Wálteno Marques; SILVA, Gustavo Henrique T., L & C Revista de Administração Pública e Política, Editora Consulex, Ano X, n ° 110, agosto de 2007, fl. 9.

VIOLIN, Tarso Cabral. Peculiaridades dos convênios administrativos firmados com as entidades do terceiro setor. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br>>. acesso em: 3 ago. 2009.