

O CONVÊNIO SEM REPASSE FINANCEIRO E ASPECTOS DE SEU CONTROLE.

ALVARO THEODOR HERMAN SALEM CAGGIANO

Doutorando em Direito do Estado - Direito Administrativo, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP)

Mestre em Direito do Estado - Direito Administrativo, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP)

Assessor Jurídico de Controle Externo do TCMSP

Possui experiência como docente na Universidade Presbiteriana Mackenzie e na Escola Superior de Gestão e Contas Públicas Conselheiro Eurípedes Sales - TCMSP

Possui experiência em Advocacia Pública e Privada.

SUMÁRIO

1 – Introdução. 2 - A atividade de fomento e a doutrina “moderna” sobre os convênios na Administração Pública. 3 - As características dos convênios sem repasse financeiro e seus aspectos de controle no ordenamento jurídico em vigor. 4 – Conclusões. 5 – Bibliografia.

1. Introdução

A partir das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, ocorridas na Inglaterra, EUA e França, sobretudo com influência predominante para a formação do nosso Direito Administrativo pátrio, a Revolução Francesa iniciada em 1789, muitas transformações e evoluções se sucederam na atuação direta, concreta e imediata da Administração Pública entre nós.

Merece destaque inicialmente a conjuntura liberal modelada pelos Estados pós-revolucionários em ambiente de Estado de Direito, e que, com certo atraso, mas efetividade veio aclarar os modelos políticos-jurídicos dos Estados anteriormente colonizados, o que entre nós, podemos citar como marco real, a primeira Constituição Republicana de 1891.

No decorrer dos estudos de Direito Administrativo no Brasil, tanto de base doutrinária francesa, que iniciou na fase monárquica, no entanto em ambiente de jurisdição una, de influência norte-americana, adaptado depois da

proclamação da república, o objeto inicial de estudo dos administrativistas eram o poder de polícia e a prestação de serviço público.

Isso em decorrência da própria característica de Estado Liberal de Direito adotada, isto é, sem a preocupação, ainda, com a questão social, bem como voltado a manutenção da liberdade e da propriedade, sem auspícios de intervenção e regulação na área econômica e no mercado.

Após as guerras mundiais e principalmente nas Constituições do Velho Continente, no pós II Guerra Mundial, as preocupações giravam em torno de um Estado focado na questão social, devido à intensa desigualdade social que abominava a maioria dos Estados, bem como uma regulação de mercado intensificada, ou seja, o Estado intervindo no ordenamento jurídico econômico com vistas a evitar a formação de monopólios e cartéis, entre outras finalidades.

Esse espírito tocou Legisladores Constituintes de vários Estados, que instituíram documentos constitucionais denominados Neoliberais, com abandono do excesso de positivismo regulatório e apoio em normas principiológicas, que possuíssem carga valorativa dimensionada na necessidade do estabelecimento de justiça e razoabilidade, tanto na formação da ordem, quanto na sua aplicação.

A Constituição Federal de 1988 seguiu esse modelo Neoliberal, sendo de característica analítica, adentra em diversos campos de atuação e não se limita apenas em garantir Direitos Fundamentais e regular a formação e atuação dos Poderes e do Estado.

Em nosso atual Estado Democrático Neoconstitucional de Direito, a Administração atua em diversas frentes, tanto naquelas tradicionais, isto é, pelo poder de polícia e pela prestação de serviços públicos, bem como, já há algum tempo intervindo na economia e através da atividade de fomento.

Para a presente investigação será realizada inicialmente uma abordagem sobre a atividade de fomento que a Administração Pública desenvolve, sua raiz, seu atual estágio e para onde caminha.

Posteriormente, analisaremos o objeto específico do trabalho em epígrafe, isto é, os convênios que a Administração Pública firma sem o repasse financeiro.

Trata-se de uma dentre as espécies apontadas pelos doutrinadores como negócio jurídico em que a Administração Pública participa e que se inclui no gênero da atividade de fomento.

Também merece destaque apontarmos quais seriam os aspectos de controle sobre esses convênios que a Administração Pública firma sem o repasse financeiro. Podemos manter um eventual rigor, mesmo sem o repasse financeiro do Estado ao eventual destinatário acordante?

2. A atividade de fomento e a doutrina “moderna” sobre os convênios na Administração Pública.

A atividade de fomento do Estado surgiu na Europa, nos séculos XVII e XVIII, como um instrumento de indução de comportamento desejado pelo Ente Estatal no segmento de desenvolvimento do comércio.

*Santamaría Pastor*¹ marca os séculos XVII e XVIII como marco inaugural da atividade de fomento, quando França e Inglaterra primeiramente, depois os Estados Europeus, no afã de programarem o sistema econômico baseado na teoria do mercantilismo adotavam decisões com relação à comercialização de produtos que geravam impactos na economia nacional respectiva.

Já na Espanha, afirma *Santamaria Pastor*², que o fomento das atividades econômicas privadas de maior relevância foram as primeiras a receberem o incentivo do Estado, no reinado de Felipe VI.

Saindo do campo estritamente econômico, ligada à incentivos tributários nas atividade de comércio, já no século XX, a atividade de fomento alça outros campos de incidência, se tornando um instrumento bastante efetivo em

¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 2ª.ed., vol. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 341-350.

² Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 2ª.ed., vol. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 341-350.

incrementar atividades econômicas menos favorecidas, bem como implementar políticas públicas sociais e culturais.

Assim, diante da instituição de Estados Neoliberais, sobretudo após a segunda metade do século XX, após a II Guerra Mundial, a atividade de fomento se torna protagonista das ações estatais, ao lado do poder de polícia e da prestação de serviços públicos.

No entanto, ainda nos países da Europa, essa posição elevada da atividade de fomento não veio acompanhada da evolução do tratamento normativo respectivo.

*Santamaría Pastor*³ afirma que essa carência normativa se fundamentava pelo fator histórico do desenvolvimento do fomento comparando-o aos exercícios de polícia e prestação de serviços, considerando que com relação ao fomento, não havia uma expectativa impactante em direitos e garantias individuais ou maiores dificuldades procedimentais que demandassem a atenção normativa.

Havia um grande hiato entre a atividade de fomento e a regulação que deveria existir com relação à mesma, causando, por vezes, até mesmo o esquecimento de valores expressamente positivados em textos constitucionais, fundantes do próprio Estado de Direito, como a igualdade de participação pelos interessados em fomentar juntamente com o Estado, bem como a informalidade e insegurança jurídica que categorizavam esses pactos de fomento.

*Santamaria Pastor*⁴ encampa, nesse sentido, que a atividade de fomento deve respeitar também os princípios da reserva de lei, igualdade, sujeição ao procedimento e respeito a regras de competência territoriais e material, para que não tenha um viés autoritário e arbitrário, marcado pelo tratamento pessoal do interesse público.

³ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 2ª.ed., vol. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 341-350.

⁴ Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 2ª.ed., vol. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 341-350.

No Brasil, a atividade de fomento é bastante desenvolvida.

Entre nós, no afã de efetivar todas as projeções e programas constitucionais previsto na Constituição Federal de 1988, sobretudo no campo do incentivo à economia e comércio nacional e internacional, criação de mercados novos, desenvolvimento regional, apoio à cultura e dever social, entre outras searas, a atividade de fomento também se tornou protagonista de medidas administrativas importantes, de grande impacto na atividade financeira do Estado, inclusive.

Seguiu, igualmente, a problemática ausência de uma regulação simples, objetiva e prática sobre o tema.

No entanto, desde incentivos tributários, até concessões de títulos, hoje o Brasil possui um vasto leque de medidas que podemos incluir no gênero da atividade de fomento.

Entre essas medidas, podemos marcar, na última década, a institucionalização das denominadas parcerias, tanto entre Entes Públicos, quanto entre esses e Entidades Privadas.

Fernando Dias Menezes de Almeida⁵ leciona que essas modernas parcerias avançadas pela Administração Pública se encaixa no âmbito dos “*Módulos Convencionais de Cooperação*”, sendo que cita os seguintes exemplos: “o convenio (em sentido amplo), ... Lei 8666/93, o consórcio ..., o contrato de repasse ..., mencionado no Decreto 6170/07, o convênio de cooperação, tratado pelo Artigo 241 da Constituição Federal, o contrato de gestão ... nos termos da Lei 9637/98, o termo de parceria ... previsto na Lei 9790/99, o consórcio público, tratado pela Lei 11.107/05, bem como seu acessório contrato de rateio, o contrato programa, de que cuida a Lei 11.107/05, a sociedade e associação de que o estado participe, bem como diversas outras figuras umas tipificadas em lei, outras sem tipificação precisa, que têm o sentido geral de fomento a atividades privadas. ...”.

⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do Contrato Administrativo*. Uma Abordagem Histórico-Evolutiva com Foco no Direito Brasileiro. Tese (Livre-Docência em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010. P. 236/237.

Efetivamente eclodiram diversas figuras jurídicas advindas da ideia de atividade de fomento, especificamente no campo das parcerias firmadas pela Administração Pública, como retrata Fernando Menezes.

Merece destaque a convergência da doutrina em atribuir genericamente a denominação de “convênio”, “termo”, “ajuste”, entre outras nomenclaturas, no afã de qualificar juridicamente essas posturas administrativas modernas, não obstante alguns diplomas normativas regulem especificamente algumas dessas parcerias, atribuindo, assim, especialmente, a alcunha jurídica que entenda adequada.

E mais, não há consenso no que tange ao entendimento desses “convênios”, aqui tratados enquanto sinônimos de parcerias formalizadas pela Administração Pública, serem efetivamente uma manifestação contratual, nos moldes da doutrina tradicional de contratos administrativo.

Doutrina tradicional⁶ aponta diferença entre os “convênios” e os contratos administrativos, indicando que essas parcerias afastam-se da ideia tradicional que advém do conceito referente ao contrato administrativo “*stricto sensu*”, que traz como características peculiares, entre outras, a noção de contraprestação e a presença de interesses distintos entre as partes contratantes.

Há que se considerar, todavia, a presença de alguns elementos comuns entre os “convênios” e os “contratos administrativos”.

É com base nessas semelhanças é que doutrina mais recente vem apontando pela manifestação contratual existente nessas parcerias firmada pela Administração Pública.

Fernando Dias Menezes de Almeida⁷, como já ressaltado acima, em sua tese de livre docência “*Teoria do Contrato Administrativo*”, nos traz uma classificação “modular” das figuras contratuais na Administração e engloba os “convênios” dentro dos “*módulos convencionais de cooperação - expressão que ressalta a ideia de atuação conjunta para um mesmo fim;...*”.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 17. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 354/355.

⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do Contrato Administrativo*. Uma Abordagem Histórico-Evolutiva com Foco no Direito Brasileiro. Tese (Livre-Docência em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010. P. 236.

Carlos Ari Sundfield e Rodrigo Pagani de Souza⁸ trazendo uma abordagem moderna sobre a visão dessas parcerias com foco na relação entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, afirmam que: *“Uma característica desses vínculos merece atenção: eles estão se contratualizando. Contratualizam-se inclusive aqueles vínculos do Estado com o Terceiro Setor que se supunha serem em boa medida distintos dos instrumentalizados por contratos e, por isso mesmo, se apreçoava como afeitos a espécies diferentes de instrumentos, como os convênios e instrumentos congêneres; hoje se descobre que muitos deles não são opostos, mas sim perfeitamente assemelhados aos regidos por contratos administrativos de prestação de serviços. Bem por isso, a despeito da denominação diversa que recebam os respectivos instrumentos, são vínculos verdadeiramente contratuais.”*

Concluo que a visão que entende pela postura contratual dessas parcerias se adequa melhor aos desafios que esta atividade da Administração Pública tem que enfrentar, sobretudo, no campo da elaboração jurídica normativa.

Assim, acolho a tese de que de fato, são contratos, até porque, na maioria das vezes, essas parcerias atendem aos requisitos tradicionais advindos da teoria geral dos contratos e que cabe na doutrina de contrato administrativo tais como: sinalagma, bilateralidade e comutatividade.

É cediço que tais características, por vezes, não estarão presentes em sua dimensão máxima nessas parcerias, invocando-se o entendimento da união comum de interesses e ausência de um cunho equivalente de prestações recíprocas entre os parceiros.

Mesmo assim, haverá a formalização de contrato, sendo que as partes se obrigarão em alguma medida no alcance de determinado interesse comum.

⁸ Sundfeld, Carlos Ari; Souza, Rodrigo Pagani de. "As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor", in: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, Belo Horizonte, Fórum, a. 11, n. 43, jan./mar. 2011, p. 57-89.

Até mesmo o fato da possibilidade de rescisão da parceria gerar, em alguns casos, consequências menos drásticas para as partes, não desnatura o padrão contratual que deve seguir as parcerias avençadas pela Administração Pública.

Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza⁹ lecionam sobre a condição contratual das novas parcerias da Administração pública: *“A despeito da inércia da tradição envolvida no uso de certas expressões, esta vai sendo quebrada. A prática das parcerias, assim como as normas e as tendências normativas contemporâneas, encarregam-se por si de evidenciar que descrições e denominações feitas com os olhos doutra época perdem a utilidade como categorias dogmáticas e merecem ser superadas por outras, mais afeitas ao presente. Já passou o tempo em que as parcerias do Estado com o Terceiro Setor não tinham caráter sinalagmático e não inspiravam os cuidados de um contrato, mas, supunha-se, exigiam apenas a atenção de um instrumento de outro naipe, cujo regime era um tanto incerto e nisso não se viam maiores problemas. Hoje, fazem-se parcerias que envolvem prestações e contraprestações, implicam gastos de milhões de reais, revelam-se indispensáveis à prestação de diversos serviços de relevância pública e, ainda, são meio de fomento à realização de valores caríssimos à sociedade moderna, como a defesa de direitos difusos e coletivos, a cidadania, o associativismo e a filantropia.”*

Portanto, me inclino a optar pela doutrina que inclui as parcerias avençadas pela Administração Pública como uma manifestação contratual administrativa da Administração Pública, entendendo pela presença, por vezes, de obrigações recíprocas e equivalentes, na medida do possível, entre as partes ou participantes.

Devemos ressaltar, igualmente, que o tema referente aos “convênios” e suas respectivas espécies não dispõem de uma categorização normativa sistematizada em vigor.

⁹ Sundfeld, Carlos Ari; Souza, Rodrigo Pagani de. "As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor", in: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, Belo Horizonte, Fórum, a. 11, n. 43, jan./mar. 2011, p. 57-89.

Vale também informarmos que o novo marco regulatório das parcerias entre o Estado e Organizações da Sociedade Civil, a denominada nova lei dos “convênios”, que entraria em vigor a partir de novembro de 2014 - Lei 13.019, de 31 de julho de 2014, no entanto, só entrará em vigor em janeiro de 2016, uma vez que fora prorrogada sua “vacatio legis”, mais uma vez.

Assim dispõe seu objeto normativo¹⁰: *“Estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999.”*

Por ora, existem diversos diplomas que regulam a matéria, conforme apontado acima, por Fernando Menezes, tanto na esfera federal, quando nas demais esferas¹¹, bem como, por vezes, tais regulações são elaboradas de maneira imprecisa, surgindo para a doutrina um campo bastante amplo e subjetivo de atuação.

Não obstante tal situação vale citar como parâmetros normativos gerais para a elaboração dessas parcerias, os princípios constitucionais de Direito

¹⁰http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm. Consulta realizada em 24.11.2014.

¹¹ No que tange ao Município de São Paulo: “DM 49.539, de 29/5/2008, dispõe sobre a transferência de recursos municipais mediante convênios. O DM 49.539/08 é impositivo apenas para os convênios que envolvam transferência de recursos financeiros municipais. Sua aplicação é excepcionada nos casos expressos ou se houver norma específica tratando da matéria. DM 51.501, de 18/5/2010, institui procedimentos de competência para celebração de convênios que envolvam recursos financeiros. DM 54.311, de 04/9/2013, institui procedimentos para a celebração de convênios com órgãos e entidades da Administração Pública Federal. LM 14.469, de 05/7/2007, dispõe sobre a divulgação Pela internet de todos os convênios com repasse de recursos públicos. DM 52.830, de 01/12/2011, reorganiza o CENTS -- Cadastro Municipal Único de Entidades Parceiras do Terceiro Setor, veda a celebração de convênios com entidades não cadastradas no CENTS e estabelece a obrigatoriedade de divulgação dos convênios com repasse de recursos públicos.”

Administrativo previsto no “caput” do artigo 37 da Constituição Federal¹², bem como a própria Lei 8.666/93¹³.

3. As características dos convênios sem repasse financeiro e seus aspectos de controle no ordenamento jurídico em vigor.

Vejam, inicialmente, alguns dispositivos normativos referentes à matéria, os quais comprovarão a ausência de uma legislação uníssona sobre o tema, bem como preocupação normativa preponderante apenas com aquelas parcerias que envolvam repasses financeiros.

Em terreno constitucional, invocamos o artigo 242 da nossa Constituição Federal de 1988¹⁴: *“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.”*

Ainda em sede constitucional¹⁵, encontramos a seguinte previsão, entre outras, sobre a assistência à saúde, disposição normativa prevista no artigo 199, §1º, da Constituição Federal de 1988: *“As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”*

Em patamar infraconstitucional de aplicação na esfera federal assim conceitua o Decreto Federal nº 6.170/2007¹⁶: “art. 1º, inciso I e a Portaria

¹² “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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).” (GN) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Consulta em 26/08/2014.

¹³ “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.” (GN) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Consulta em 26/08/2014.

¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Consulta realizada em 24.11.2014

¹⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Consulta realizada em 24.11.2014

¹⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm. Consulta realizada em 24.11.2014

Interministerial 507/11¹⁷, art. 1º, inciso VI “*Convênio: acordo ou ajuste 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, do Distrito Federal ou municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução 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 artigo 116, da Lei 8666/93¹⁸ é o efetivo dispositivo normativo que serve como parâmetro mais objetivo para o controle das parcerias no âmbito da Administração Pública e que se aplica a todos os Entes da Administração Direta e Indireta, de todos os níveis federativos e esferas de poder.

O que se percebe, registra-se mais uma vez, realizando análise com relação aos dispositivos normativos supra mencionados é a ausência de norma que sistematize a atividade fomento da Administração Pública e que reúna, ao menos de forma exemplificativa, as regras básicas e os princípios específicos dessa nova roupagem de atuação administrativa.

Igualmente, já com foco nas parcerias entre o Poder Público e outros Entes ou Instituições Privadas, o tecido normativo em vigor aplica o rigor da Lei 8.666/93 de forma subsidiária e no que couber e estabelece regras cuja preocupação preponderante são aquelas parcerias que envolvam repasse financeiro do Estado.

No afã de estabelecer, pois, a regulamentação dessa atividade de fomento com foco nas parcerias formalizadas pelo Poder Público, a Lei 13.019/14 foi editada e entrará em vigor em 2016¹⁹.

Vejamos o texto do artigo 1º: “*Art. 1o Esta Lei institui normas gerais para as parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, estabelecidas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e*

¹⁷ <http://www.governoeletronico.gov.br/biblioteca/arquivos/portaria-interministerial-no-507-de-24-de-novembro-de-2011/view>. Consulta realizada em 24.11.2014.

¹⁸ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Consulta em 24.11.2014.

¹⁹ Vide: “Art. 88. Esta Lei entra em vigor após decorridos 540 (quinhentos e quarenta) dias de sua publicação oficial. [\(Redação dada pela Medida Provisória nº 684, de 2015\).](#)”

respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, com organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com as organizações da sociedade civil; e institui o termo de colaboração e o termo de fomento”.

Houve certamente avanço no sistema de regulamentação da atividade de fomento realizada pelo Poder Público, sobretudo com foco nas parcerias.

Aqui merece atenção o dispositivo que faz aplicar as normas do referido marco regulatório das parcerias aquelas que não envolvam repasse financeiro, fazendo incidir também os princípios expostos no artigo 5º, entre outros dispositivos previstos no texto da mencionada Lei, de forma mais específica.

De toda forma, a Lei 13019/14 ainda não pode surtir seus efeitos devido a prorrogação da respectiva “*vacatio legis*” e demandará, inclusive, regulamentação pelo Executivo, via Decreto, que torne o texto normativo ainda mais efetivo para que as parcerias sirvam ao interesse público e se sujeitem aos princípios do Estado Democrático de Direito.

No trabalho em epígrafe, tomemos como parâmetro normativo, no entanto, as normas em pleno vigor.

O que são essas parcerias, objeto da investigação do presente trabalho, mais precisamente os convênios, os quais não possuem qualquer repasse financeiro do Poder Público?

Para que servem esses convênios nos quais não há repasse financeiro do Poder Público e o Conveniado, seja Ente Público ou Instituição Privada?

Será que merecem observação com o mesmo rigor de controle de uma parceria que envolva repasse financeiro?

O Estado deve consagrar os valores fundamentais previstos no texto da Constituição Federal de 1988, sendo que para efetivar esses princípios, nos diversos campos de sua atuação obrigatória, e que são diversos, como, por exemplo, educação, seguridade social, segurança pública, entre outros, o Estado realiza parcerias, além de, como já ressaltado, contratos administrativos com a iniciativa privada, estes de cunho tradicional.

As parcerias, no entanto, formalizadas pelo Estado com Entes Públicos ou Instituições Privadas podem receber tratamento específico normativo, como o caso dos Contratos de Gestão e o Termo de Parceria, regulados, respectivamente, pelas Leis 9.637/98 e 9.790/99, entre outras regulações também específicas.

Para todas as outras parcerias avençadas pelo Poder Público com outros Entes Públicos ou Instituições Privadas que não possuem tratamentos por legislação específica e que são formalizadas pelo Estado, através da função administrativa de fomento, alcunha-se o nome de “convênios”.

A Lei 8.666/93, no “caput” do artigo 116, estende o conceito de convênio como sinônimo dos termos acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, senão relembramos: *“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.”*

Esses convênios ou acordos podem, em alguns casos, não demandar o repasse financeiro do Poder Público, não deixando de descaracteriza-los como ações de fomento, bem como contratos de convênio propriamente dito.

José dos Santos Carvalho Filho²⁰ ensina sobre o instrumento sob análise: *“Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público. (...) No contrato os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Neste tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro, que é o almejado pelas partes no contrato. (...) Nos convênios, ao revés, podem ser vários os pólos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais pólos. Os convênios não se formam com personalidade jurídica autônoma e representam, na verdade, o vínculo que aproxima várias entidades com personalidade jurídica própria. O vínculo jurídico nessa modalidade de ajuste não tem a rigidez própria das relações contratuais. Como regra, cada pactuante pode denunciar o convênio, retirando-se livremente do pacto, (...). A celebração de convênios, por sua*

²⁰ Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág. 210/211.

natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei nº 8666/93 estabelece, no art. 116, que ela é aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz entretanto a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados ao fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. (...) Também desnecessária se nos afigura autorização legislativa. Quanto à sua formalização, são eles normalmente consubstanciados através de “termos”, “termos de cooperação”, ou mesmo com a própria denominação de “convênio”. Mais importante que o rótulo, porém, é o seu conteúdo, caracterizado pelo intuito dos pactuantes de recíproca cooperação, em ordem a ser alcançado determinado fim de seu interesse comum.”

É comum na atividade administrativa do Poder Público se estabelecer acordos de mútua colaboração nos segmentos de pesquisa, educação, tecnologia, entre outros segmentos, sem quaisquer limitação, onde as partes desenvolvem conjuntamente esforços para alcançar um objetivo comum entre elas sem o repasse financeiro ou econômico oriundo do Poder Público.

Isso não quer dizer que não haja custo para as partes conveniadas para o alcance do objetivo comum traçado no instrumento de convênio.

Em quaisquer casos, tanto naqueles convênios onde há repasse financeiro, como naqueles onde não há repasse financeiro, haverá custo dispensado pelo Ente Público.

Nesse sentido, deve haver previsão normativa nas legislações orçamentárias que prescrevam a faculdade para o Poder Público formalizar instrumentos de convênio, com ou sem repasse financeiro garantindo-se a lisura e subsunção financeiro-orçamentária entre a atuação administrativa e o orçamento estatal.

Destarte, nos parece que mesmo diante de um contrato de convênio sem repasse financeiro, o Estado deve cumprir requisitos normativos formais e materiais para que jamais se afaste da Lei e do Direito.

Isso quer dizer que deve haver previsão legal e/ou normativa para a realização desses convênios sem o repasse financeiro, o contrato deve ser escrito, entre sujeitos capazes e o objeto do convênio deve ser lícito.

No entanto, também merece ser registrado que o controle a ser realizado sobre tais convênios sem repasse financeiro possa ser menos agressivo do que naqueles em que realmente há quase “delegação” de serviço público, com repasse financeiro direto e, também, repasse de servidores.

É que nesses casos, isto é, nos convênios sem repasse financeiro, a perspectiva de controle tende a ser realizada para que se evite a utilização política desses instrumentos, em detrimento da finalidade pública específica previamente definida pela norma.

Dessa forma, aqueles controles previstos na norma do artigo 116 e seguintes da Lei 8666/93, como, por exemplo, a retenção de parcela referente ao convenio enquanto não sanada eventual irregularidade pelo Ente Conveniente ou até mesmo a previa existência de apresentação de plano de trabalho ou a comunicação do convênio ao Poder Legislativo, perde completamente o sentido.

Outra questão importante refere-se ao dever de licitação.

Parece-nos que no caso dos convênios, em geral, com ou sem repasse financeiro, prevalece o entendimento hodierno da realização do chamamento público, quando viável, procedimento equivalente à licitação, que faz presumir o cumprimento do princípio constitucional da isonomia.

No entanto, diferentemente dos contratos tradicionais, no caso do contrato de convênio o procedimento de escolha mais vantajosa via licitação é exceção à regra.

Nesse sentido, em regra, não se realiza licitação pela inviabilidade de competição e/ou pela sua dispensabilidade, desde que, em ambos os casos, essa ausência do dever de licitação seja arguida com motivação razoável pelo Poder Público.

Isso porque na maioria das vezes o Ente Público ou Instituição Privada Conveniados possuem atribuições específicas tão peculiares, bem como o objeto do convênio passa a ser igualmente tão específico, que não é viável, ou

até mesmo dispensável, a abertura de qualquer certame, fazendo-se operar a regra dos artigos 24 e 25, da Lei 8.666/93.

Ademais, a nova Lei 13.019/2014, por sua vez, prevê como regra obrigatória a realização de chamamento público, no entanto, também prescreve exceções à referida regra do dever de chamamento público, como se depreende do teor dos respectivos artigos 30, 31 e 32, desde que, em quaisquer casos exista a motivação administrativa.

Devemos aguardar como será implementado o dever do chamamento público e se era o caso efetivamente de torná-lo regra de cunho obrigatória, mesmo diante do campo de fomento, considerando que os “Conveniados”, na maioria das vezes, possuem características peculiares, o que dispensaria a concorrência. Talvez a exceção, nesse caso, seja mais utilizada do que a própria regra.

Outro aspecto importante é a estipulação das contrapartidas entre os Sujeitos Conveniados.

Nesta seara o tema merece tratamento distinto, uma vez que já se afirmou pela presença de elementos característicos do fenômeno da *contratualização*, como bilateralidade e existência de prestações e obrigações recíprocas, entre outros, com relação às parcerias nas quais o Poder Público repassa valores aos Conveniados.

Parece-nos que mesmo com relação aos convênios nos quais não haja o repasse financeiro tais características podem qualificar os respectivos contratos e, portanto, serem parâmetros de controle.

Sobre esse aspecto entendo que a estipulação de contrapartidas equivalentes entre os sujeitos conveniados é possível, no entanto, a realização de uma contrapartida e/ou obrigação por um conveniente não é causa (causalidade) para a prestação de contrapartida pela outra parte conveniente, justamente em razão da **inexistência da bilateralidade sinalagmática**²¹ dos contratos bilaterais que caracteriza este convênio sem repasse financeiro.

²¹ “Contrato bilateral – os contratantes são simultânea e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, produzindo o negócio direitos e deveres para ambos os envolvidos, de forma proporcional. O contrato bilateral é também denominado contrato sinalagmático, pela presença do sinalagma, que é a proporcionalidade das prestações, eis que as partes têm direitos e deveres entre si (relação obrigacional complexa) Exemplos: compra e venda e locação.”. TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil. 4ª edição. São Paulo: Método, 2014. Pág. 554.

Entendo também como ausência da bilateralidade sinalagmática que as contrapartidas estabelecidas pelas partes na minuta sob análise devem se ajustar e serem executadas na medida das respectivas possibilidades, todavia, não há e nem deve haver uma relação comutativa marcada pelo equilíbrio nas contrapartidas estipuladas, podendo a parte que tenha maior possibilidade, em certo período, oferecer e/ou realizar mais ações, desde que voltadas ao mesmo interesse objeto do convênio.

Por fim, infere-se que as obrigações dos convenientes devem ser operacionalizadas na medida de suas respectivas dimensões, sob pena de se tornar o convênio ineficaz e passível, inclusive, de denúncia por não representar mais interesse para a parte não atendida. Percebe-se que a eventual denúncia nesse caso não será aquela atinente à exceção do contrato não cumprido, como nos contratos bilaterais, mas sim a própria falta de interesse no ajuste e ocorrerá sem consequências drásticas para ambas as partes.

Outro tema relevante sobre os aspectos de controle sobre os convênios sem repasse financeiro são as causas de denuncia e consequências da rescisão contratual.

Parece-nos que as causas para a rescisão de um convênio sem repasse financeiro podem decorrer da lei, mas podem ser estipuladas entre os sujeitos contratantes.

Ainda que eventualmente mitigada, a supremacia do interesse pública sempre estará presente e poderá incidir seus efeitos para o âmbito do contrato de convênio sem repasse financeiro, uma vez que decorre da regra do próprio Estado de Direito.

As consequências da rescisão de um convênio sem repasse financeiro são menos gravosas em relação aos contratos tradicionais, ou até mesmo aos convênios onde haja repasse financeiro.

No entanto, devem ser reguladas no bojo do contrato formalizado, assegurando, ainda mais, segurança jurídica aos sujeitos envolvidos.

4. Conclusões

Portanto, se conclui que a atividade de fomento é protagonista de um leque grande de medidas administrativas, bem como de alta relevância, em campos, inclusive, antes ocupados por contratos de terceirização ou privatização.

A evolução do Estado e de suas atribuições contribuíram com essa novel figura do Direito Administrativo, sendo que a evolução normativa da atividade de fomento ainda se encontra muito dispersa e pouco objetiva, por vezes obstaculizando a consagração de valores constitucionais fundantes do Estado de Direito, como legalidade e igualdade.

Nesse contexto, a formação de parcerias entre o Poder Público e Entes Públicos e/ou Instituições Privadas devem receber atenção meticulosa da doutrina e jurisprudência, sendo o contrato de convênio uma de suas manifestações, podendo o mesmo existir sem a necessidade de repasse financeiro entre os Sujeitos Convenientes.

De toda forma, ainda que o contrato de convênio sem repasse financeiro tenha atenuado alguns aspectos de seu controle normativo, quando em relação a outros contratos administrativos com repasse financeiro, jamais pode se desgarrar dos princípios fundamentais da Administração Pública, servindo à interesse meramente políticos, bem como deve cumprir com os seus respectivos objetos, sob pena de afronta ao Estado de Direito esculpido em nossa Constituição Federal de 1988.

5. Bibliografia

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do Contrato Administrativo. Uma Abordagem Histórico-Evolutiva com Foco no Direito Brasileiro*. Tese (Livre-Docência em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3ª Edição. São Paulo: RT, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1992.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 2ª.ed., vol. II, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. "As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor", in: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C*, Belo Horizonte, Fórum, a. 11, n. 43, jan./mar. 2011.