

O REGIME JURÍDICO DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

The legal regime of administrative covenants

Juliana de Oliveira Costa Gomes Sato¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Natureza Jurídica dos convênios administrativos. 2. Do regime jurídico dos convênios administrativos. 2.1. Previsão Constitucional, convênios públicos e convênios firmados com pessoa jurídica de direito privado. 2.2. Da necessidade de prévia licitação. 2.3. Da necessidade de prévia autorização legislativa. 2.4. Dos princípios jurídicos. 2.5. Do repasse de verbas públicas. 2.6. Do convênio sem sentido estrito e da Lei 13.019/2014 (Lei de parcerias e do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil). 3. Conclusões. Referências.

RESUMO

Os convênios administrativos possuem natureza contratual, embora demandem a adoção de regime jurídico próprio distinto dos contratos administrativos em sentido estrito, com interesses contrapostos. A existência de diversas modalidades de convênios administrativos torna necessária a correta identificação do instituto e o estudo da disciplina legal pertinente.

Palavras-chave: Contratos. Contratos administrativos. Convênios administrativos. Regime jurídico administrativo.

ABSTRACT

Administrative covenants are contractual in nature, although they require the adoption of a separate legal regime from administrative contracts in the strict sense. The existence of different types of administrative agreements makes it necessary to correctly identify the institute and study the relevant legal discipline.

Keywords: Administrative covenant, legal nature, administrative contract, types of administrative agreements.

INTRODUÇÃO

Na condução da gestão pública, o Administrador possui diversos instrumentos para a concretização do interesse público. Nesse sentido, o convênio administrativo constitui instituto bastante útil para a consecução desses objetivos.

Existe grande polêmica a respeito da natureza jurídica dos convênios administrativos, dividindo-se a doutrina entre os que defendem a ideia da natureza contratual, do ato administrativo composto ou modalidade do gênero acordo, do qual os contratos e os convênios seriam espécies. A distinção entre os contratos administrativos e os convênios é de suma importância, face o disposto no art. 116 da Lei 8666/93.

Saliente-se que a utilização do instrumento jurídico caracterizado como convênio administrativo está longe de ser considerada discricionária, sendo que a sua utilização inadequada é considerada como dispensa indevida de licitação.

¹ Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

A compreensão aprofundada da natureza do instituto, no caso, os convênios, permite compreender a sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, mas nem por isso, nos isenta de dúvidas práticas de aplicação ou mesmo críticas às disposições vigentes.

1. A NATUREZA JURÍDICA DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS.

A natureza jurídica de um instituto não está vinculada a nomenclatura utilizada, mas ao seu próprio conteúdo². Desta forma, partimos da premissa de que o que deve ser analisado é a natureza jurídica do instituto, uma vez que a legislação pode conter imprecisões terminológicas.

Para a doutrina majoritária, os convênios constituem figura distinta dos contratos administrativos. Existe o gênero “acordo” do qual tanto os convênios como os contratos administrativos fazem parte. A diferença fundamental é que, nos convênios, não existiriam interesses contrapostos entre os partícipes, típico das relações contratuais. Ainda, se escoram no art.116 da Lei 8.666/93, que excepciona o tratamento dos convênios da disciplina aplicável aos contratos administrativos.

Segundo Hely Lopes Meirelles³, “convênio é acordo, mas não é contrato (STF, RTJ 141/619).” E prossegue:

No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; nos convênios, 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 esta 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.

Filia-se também a este entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “o convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas.”⁴

De outro lado, alguns doutrinadores defendem a natureza contratual (embora peculiar) dos convênios administrativos. Os contratos administrativos seriam o gênero do qual os convênios e os contratos administrativos em sentido estrito seriam

² BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**. 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.29.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016 p. 511.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.379.

espécies. A exceção prevista no art.116 da Lei 8.666/93 não seria óbice para o reconhecimento da natureza contratual, uma vez que existem contratos administrativos com regramento próprio, exemplificando-se o contrato de concessão. Além disso, nem todos os contratos são constituídos com base em interesses contrapostos - como nos casos dos contratos societários. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵.

De acordo com Odete Medauar⁶, a própria dificuldade de se diferenciar os convênios dos contratos administrativos, per si, já demonstra que ambos os institutos são similares, pertencentes a mesma categoria contratual.

Por fim, para parte minoritária da doutrina, os convênios seriam “atos administrativos complexos”, espécies do gênero atos administrativos plurilaterais. Entretanto, tal não poderia ser aceito no direito brasileiro, uma vez que não é permitida a prática de ato administrativo por pessoa privada sem relação com a função administrativa.⁷

Dos conceitos acima, podemos afirmar que os convênios administrativos constituem acordo de vontades entre entes públicos ou públicos e privados para alcançarem objetivos comuns.

Para a doutrina majoritária, o acordo de vontades constitui gênero do qual tanto o convênio como o contrato administrativos e os consórcios são espécies⁸. Alguns doutrinadores defendem que os convênios possuem a essência de ato administrativo complexo, contudo, nos filiamos à corrente de que o convênio seria uma espécie do gênero *contrato administrativo*.

Frise-se que o elemento essencial do contrato administrativo não seriam vontades contrapostas, mas sim, o estabelecimento de obrigações recíprocas. Assim dispõe o art.2º, § único da Lei 8.666/96.

Mas, quais as características peculiares dos convênios que os diferenciaria dos contratos administrativos em sentido restrito?

Enquanto nos contratos administrativos os interesses são contrapostos, no convênio administrativo estes são comuns⁹. Assim, os partícipes compartilham objetivos institucionais e o resultado do ajuste será usufruído por todos os envolvidos.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015, p.686.

⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.238.

⁷ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.560.

⁸ “Ou seja, o convenio é uma espécie de contrato administrativo e a ele se aplicam algumas das regras próprias das contratações administrativas” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.306).

⁹ Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que os convênios também são chamados de ato coletivo, pois todos os participantes querem a mesma coisa (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.389).

Além disso, a ausência de prestação e contraprestação não impedem o estabelecimento de obrigações¹⁰ aos entes participantes, conjugadas para o objetivo comum. Conforme nos ensina Thiago Marrara¹¹, não há que se falar em prestação e contraprestação, mas somente em prestações, que visam o resultado comum:

Isso significa que as obrigações constantes de um convênio administrativo devam apontar seu caráter bilateral resultante da soma de esforços de todos os partícipes e cooperativo, em busca da consecução de metas e ações finais comuns. Daí porque não haveria espaço para se falar em prestação e contraprestação, mas tão somente em prestações. Não se entenda com isso, porém, um empecilho à natureza recíproca das obrigações previstas.

É importante salientar, no entanto, que, quando os interesses forem contrapostos, deve ser utilizado o instituto do contrato administrativo (sentido estrito). Nesse caso, não há qualquer discricionariedade por parte do Administrador, pois, face a exceção do art. 116 da Lei 8.666/93, pode redundar em dispensa indevida de licitação. Nesse sentido, a orientação do E. Tribunal de Contas da União, no acórdão 1940/2015¹²:

A delegação a terceiros da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser instrumentalizada por meio de contrato administrativo, haja vista a ausência, no objeto da relação jurídica, de interesses recíprocos e de regime de mútua cooperação.

Entretanto, uma diferença fundamental entre os institutos é que a prestação realizada não passa a compor o patrimônio jurídico da outra entidade conveniada. Conforme nos ensina Marçal Justen Filho, “diversamente se passa com a maioria dos

¹⁰ Todavia, com relação às obrigações de não fazer, o autor prossegue, afirmando serem incompatíveis com a essência dos convênios, devendo ser utilizadas somente em caráter excepcional: “As obrigações de não-fazer, no entanto, são geralmente incompatíveis com esse caráter construtivo ou sinérgico dos convênios administrativos, haja vista que exigem ou omissões ou, no mínimo, atos de tolerância, revelando-se como uma auto-restrição para o sujeito passivo da obrigação. Sendo assim, a inclusão de tais obrigações em convênios administrativos deve ter caráter excepcional.” (Op.cit., p.554).

¹¹ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.551-571, p.553.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. (...) 1. A delegação a terceiros da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser instrumentalizada por meio de contrato administrativo, haja vista a ausência, no objeto da relação jurídica, de interesses recíprocos e de regime de mútua cooperação; (...) 6. A receitas públicas advindas de contraprestação pecuniária ao contrato de prestação, em caráter de exclusivo, dos serviços de gestão financeira da folha de pagamento e de outros serviços similares integram o Orçamento Geral da União, devendo, assim, serem recolhidas à conta única do Tesouro Nacional e estarem previstas na Lei Orçamentária, em respeito aos princípios da universalidade orçamentária e da unicidade de caixa, presentes nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 4.320/64.” CONSULTA (CONS) 033.466/2013-0. Acórdão 1940/2015 (Plenário). Data da sessão 05/08/2015 Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo>. Acesso em 03/02/2020.

contratos administrativos, que apresentam cunho comutativo, as partes se valem da contratação para produzir a transferência entre si da titularidade de bens e interesses”.¹³

Segundo Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁴, ainda que os interesses forem convergentes, caso seja criada situação subjetiva de obrigações recíprocas, deve ser utilizado o instrumento do contrato administrativo estrito senso.

Frise-se que o convênio não contempla interesses lucrativos para nenhum dos partícipes, ao contrário dos contratos administrativos.¹⁶ O Tribunal de Contas da União, no acórdão 1175/2019¹⁷, decidiu pela inadequação de utilização de convênio cujo objeto constitui atividade-meio e preveja a respectiva remuneração, entendendo, que neste caso, deve ser celebrado contrato administrativo:

35. Conforme demonstrado, pretendeu-se, com a parceria, apenas a execução de atividades de organização e logística, isto é, de cunho meramente operacional para realização de eventos pela SID/MinC. Nesse contexto, considero as ocorrências graves, porque se tentou manejar um instrumento destinado ao atingimento de fins nobres, conforme previsto na Lei 9.790/1999, para afastar a aplicação da Lei 8.666/1993 e remunerar a entidade privada pela prestação dos já referidos serviços.

Outra diferença fundamental é que o objeto do convênio pode assumir diversas formas, diversamente dos contratos onde são prescritos o preço e a remuneração.¹⁸ Nos convênios, os objetivos comuns podem ser atingidos pelo repasse de verbas, tecnologia e recursos humanos, a título de exemplo.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.307.

¹⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012. p.243.

¹⁵ “Todas essas situações são caracterizadoras de situações jurídicas subjetivas, nas quais as regras criadas aplicam-se individualmente às pessoas envolvidas, tendo um objeto concretamente definido, cuja execução conduz naturalmente ao encerramento da relação jurídica. Ou, na já citada fórmula de DUGUIT, uma situação ‘concreta, individual e momentânea, que não foi criada pelo direito objetivo, que não existiria a cargo desse indivíduo por aplicação de uma regra qualquer de direito objetivo’” (Op.cit., p.244)

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 306.

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União, acórdão 1175/2019 (plenário). “A celebração de termo de parceria para execução de serviços de atividades-meio, passíveis de serem licitados e prestados mediante contrato administrativo, não se coaduna com as finalidades previstas nos arts. 3º e 9º da Lei 9.790/1999 e configura fuga à *licitação*. A lei estabelece como objetivo dos termos de parceria celebrados com Oscips a prestação de serviços públicos à sociedade, ou seja, a prestação de atividades finalísticas do Estado à população.” Revisor: Augusto Sherman. Brasília-DF. Publicado em Boletim de Jurisprudência nº 266 de 10/06/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada> Acesso em 31/01/2020.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.309.

Como ressaltado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não há que se falar em cláusula de permanência obrigatória entre os entes conveniados¹⁹. Segundo Marçal Justen Filho²⁰, “o convênio pode ser denunciado por vontade unilateral da parte, mas este ato produzirá efeitos para o futuro, ou seja, não afetara direitos e obrigações existentes.”

Thiago Marrara²¹ nos ensina que as cláusulas sancionatórias não são adequadas a figura do convênio, ao contrário das cláusulas de mediação e arbitragem, que se ajustam ao seu caráter cooperativo:

A título de ilustração, a previsão de termos de ajustamento e conclusão de atividades, bem como cláusulas de mediação e arbitragem no tocante a solução de controvérsias que possam surgir são muito mais coerentes ao espírito do convênio do que as cláusulas de foro ou regras sancionatórias em favor de um ou outro partícipe. Nesta lógica, também são incompatíveis com os convênios quaisquer modalidades de cláusulas penais, garantias ou arras – comuns nos contratos privados.

Uma vez definida a sua natureza contratual, cabe analisar quais espécies de obrigações podem ser estabelecidas pelos convênios.

Thiago Marrara²² enfatiza, por sua vez, que as obrigações de dar somente seriam permitidas no limite necessário para a execução do objeto do convênio:

De outro lado, as obrigações de dar não poderão ser previstas além do necessário à consecução o objeto negociado nos convênios. Toda transferência de bens entre os partícipes que tenha por finalidade gerar vantagens econômicas sem correção com o objetivo de cooperação será ilegal, implicando enriquecimento ilícito de uma parte e desvio de finalidade de outra.

Obrigações de não fazer, em princípio, não parecem adequadas ao instituto dos convênios administrativos, pois têm como pressuposto lógico o esforço cooperativo para a consecução de resultados comuns.

Assim, convênios administrativos em sentido amplo²³ constituem todos os acordos de vontade de caráter cooperativo firmados pelo Poder Público entre as demais esferas de governo ou com entidades sem fins lucrativos, englobando, nesse conceito, os convênios administrativos em sentido estrito (previstos no art.116 da Lei 8.666/1993),

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 390.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.306.

²¹ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.555.

²² MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p. 554.

²³ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.20.

os consórcios públicos, termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, termos de parceria e contratos de gestão. Por sua vez, convênio administrativo em sentido estrito²⁴ seria o previsto no art. 116 da Lei 8.666/93.

Os consórcios públicos inserem-se como categoria especial de convênios administrativos. Isso porque embora possuam a mesma natureza jurídica contratual e cooperativa, os convênios administrativos, geralmente, não possuem personalidade jurídica, diversamente dos consórcios previstos na Lei 11.107/2002²⁵.

Conforme nos alerta Marçal Justen filho²⁶, a figura do consórcio, ao constituir novo sujeito de direitos e obrigações, é utilizada para estabelecer cooperações dotadas de permanência e estabilidade. Assim, os requisitos para a sua constituição demandam rigor para a sua formalização como a criação mediante lei (art. 5º da²⁷ Lei 11.107/2005).

Ressalte-se também que é vedado às pessoas jurídicas privadas a participação em consórcio público, assim como aos entes da Administração Pública Indireta, o que é permitido nas demais modalidades de convênio.

O consórcio público pode criar pessoa jurídica de direito privado. Celso Antônio Bandeira de Mello critica essa possibilidade²⁸:

Não é difícil perceber que quando tiverem personalidade de Direito Público, serão autarquias intergovernamentais e quando tiverem personalidade de Direito Privado serão empresas públicas; portanto, ainda que a lei não o diga, neste caso, também farão parte da Administração Indireta, porém, apenas da entidade governamental que detiver a maioria acionária.

Por fim, a Lei 13.822/2019, que alterou o §2º do art. 6º da Lei 11.107/2002, tornou expressa a obrigatoriedade de todos os consórcios, seja com personalidade

²⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.22.

²⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.241.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.310.

²⁷ Art. 5º O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

§ 1º O contrato de consórcio público, caso assim preveja cláusula, pode ser celebrado por apenas 1 (uma) parcela dos entes da Federação que subscreveram o protocolo de intenções.

§ 2º A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

§ 3º A ratificação realizada após 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.

§ 4º É dispensado da ratificação prevista no caput deste artigo o ente da Federação que, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar por lei a sua participação no consórcio público.

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015, p.687.

jurídica de direito público ou de direito privado a observância das normas de Direito público concernentes à licitação para a celebração de contratos administrativos, à prestação de contas, bem como a contratação do pessoal pelo regime da CLT:

§ 2º O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Redação dada pela Lei nº 13.822, de 2019)

Quanto aos contratos de gestão, Marçal Justen Filho²⁹ afirma que devem ser diferenciados os contratos de gestão internos, firmados entre os integrantes da Administração Pública, e os contratos de gestão externos, que envolvem entidades do terceiro setor. Frise-se que, com a edição da Lei 13.934/2019, os “contratos de gestão interno” passaram a ser denominados “contratos de desempenho”.

Assim, antes da inovação legal, os “contratos de gestão internos” eram aqueles previstos no art.51, II da Lei 9.649/1998, realizados com as autarquias e fundações qualificadas como “agências executivas”:

Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

(...)

II - ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

(...)

De acordo com Paulo Modesto³⁰, com a vigência da Lei 13.934/2019³², ampliaram-se as hipóteses de celebração dos contratos de desempenho no âmbito da Administração Federal, não mais restritas às “agências executivas”:

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.312.

³⁰ MODESTO, Paulo. **Contrato de Desempenho e Organização Administrativa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-19/interesse-publico-contrato-desempenho-organizacao-administrativa>. Acesso em: 17/02/2020.

³¹ O Autor, ainda, critica a Lei 13.934/2019 ao afirmar que não vislumbrou as empresas estatais e sociedades de economia mista. Ainda, tem aplicação restrita ao âmbito federal: “A Lei 13.934/2019 restringe a sua aplicação, por igual, aos órgãos e entidades da União. Mais ainda: deixa de fora as empresas estatais e sociedades de economia mista, limitando-se a administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais. O Projeto de Lei do Senado (PLS) 459 era abrangente, predispondo-se a regulamentar o artigo 37, § 8º, da Constituição Federal.” (*op.cit.*)

³² Art. 1º Esta Lei regulamenta o contrato referido no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, denominado “contrato de desempenho”, no âmbito da administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais.

A grande novidade - semelhante em alguns aspectos a inovações pouco desenvolvidas no instituto das Agências Executivas - é que a regulamentação do contrato de desempenho autoriza para amplo segmento de entidades e órgãos *mecanismo flexível para modificar-se o regime de funcionamento e vinculação de órgãos e entidades públicas mediante um simples ato administrativo de aprovação do acordo*. O acordo em si não é inovador da ordem jurídica ou equivalente à lei, mas funciona como mecanismo de enquadramento da entidade em regime jurídico especial, abstratamente e previamente assinalado em lei, ou em regulamento, nesta última hipótese quando em causa matéria legitimamente sublegal.

Segundo Marçal Justen Filho³³, esses “contratos de gestão internos” (atualmente denominados de “contrato de desempenho”) não possuem natureza contratual. Eles visam a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira conforme prescrito pelo §8º³⁴ do art. 37 da CF/88. A expressão também consta do art.12³⁵ da Lei 12.897/2013.

Por sua vez, o contrato externo de gestão “consiste numa modalidade de convênio público, subordinado às regras específicas e diferenciadas³⁶”. Esse tipo de avença pode resultar na delegação de um serviço público à organização social. Ressalte-se que, como espécie de convênio, não tem por objetivo o lucro de um dos partícipes, ao contrário do contrato de concessão. Esses contratos de gestão são disciplinados pela Lei 9.637/1988 que assim dispôs:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como

Art. 2º Contrato de desempenho é o acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.

(...)

³³ “O contrato de gestão praticado entre os integrantes da Administração Pública – basicamente aquele previsto para a atribuição da qualificação como agência executiva no e no âmbito dos serviços sociais impróprios – não apresenta natureza contratual. É um instrumento pactuado entre entidades integrantes da Administração Pública, visando reduzir a intensidade do controle interno. O instrumento prevê metas e procedimentos a serem adotados no âmbito de certa entidade” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.312).

³⁴ (...)

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

(...)

³⁵ Art. 12. A Anatel firmará contrato de gestão com o Poder Executivo federal para execução das finalidades previstas nesta Lei.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.313.

organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷, o contrato de gestão interno (ho-diernamente denominado “contrato de desempenho”) amplia a autonomia das partes no âmbito da Administração Pública. Diversamente, o contrato de gestão externo, justamente as restringe:

O contrato de gestão, quando celebrado com entidades da Administração Indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia; porém, quando celebrado com organizações sociais, restringe a sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato de gestão.

Os termos de parceria são regulamentados pela Lei 9.790/99:

Art. 9º - Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

De acordo com Marçal Justen Filho³⁸, os termos de parceria também constituem modalidade de convênio sujeito a regramento próprio: “o termo de parceria é previsto na Lei 9.790/1999, que dispõe sobre as OSCIPs. Tal como o contrato de gestão, o termo de parceria prevê uma modalidade de convênio, que existe a cooperação entre as partes para o fomento e execução de atividades de interesse coletivo”.

A grande diferença entre as organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) é que, conforme nos ensina Maria Sylvia Zanella DI Pietro³⁹, “a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de serviço público, enquanto a Oscip exerce atividade de natureza privada, com ajuda do Estado.” A jurista prossegue afirmando que, para celebrar parcerias com a Administração, a Organização Social deve firmar o Contrato de Gestão e a Oscip⁴⁰, o termo de parceria.

Portanto, o instrumento adequado para a celebração de convênio (sentido amplo) com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) são os termos de parceria previstos na Lei 9.790/1999.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.379.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.314.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.650.

⁴⁰ A qualificação como Oscip é feita nos termos da Lei 9.790/2014, independentemente da avença de parceria celebrada com o Poder Público, ao contrário das Organizações Sociais, cuja qualificação é dada à entidade que firmar o contrato de gestão com a Administração (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.652).

2. DO REGIME JURÍDICO DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

2.1. Previsão constitucional, convênios públicos e convênios firmados com pessoa jurídica de direito privado

A depender de como vislumbramos a natureza jurídica do convênio, o tratamento constitucional diverge. Isso porque, nos termos do art. 22 da CF/88 cabe à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.

Ora, se conceituarmos o convênio como espécie de contrato administrativo, caberá logicamente à União definir suas normas gerais, através de Lei Nacional. Essa Lei Nacional seria a Lei 8.666/93 (*no que couber*), face ao disposto no art. 116.

Para os que negam a natureza contratual dos convênios, prevalece a autonomia dos entes federativos para estabelecerem suas próprias normas. Qualquer legislação nesse sentido, seria Lei Federal e não Lei Nacional. Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira⁴¹:

Em consequência, ausente norma constitucional que contemple a prerrogativa de fixação de normas gerais, por parte da União, para os convênios, a conclusão é no sentido de reconhecer a autonomia federativa dos entes para estabelecerem as suas próprias normas, na forma do art. 18, CRFB.

A Constituição Federal previu inicialmente, de forma implícita, os convênios firmados entre os entes públicos no art.23, quando dispôs a respeito de leis complementares que fixariam normas visando a cooperação para atividades de competência comum.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa lei complementar mencionada pelo art.23 seria de natureza concorrente (art.24 da CF/88). Com o advento da Emenda Constitucional 19/1998 o instituto dos convênios firmados entre os entes públicos também passou a figurar expressamente no art. 241.⁴²

Assim, a Lei complementar 11.107/2005 disciplinou os consórcios públicos. Os convênios em sentido estrito celebrados entre as entidades públicas devem obedecer ao art. 116 da Lei 8666/93.

Saliente-se que por falta da menção expressa do art.23 da CF/88, parte da doutrina passou a entender que não existiria a possibilidade de celebração de convênio com entidades privadas. Contudo, tal posicionamento se distanciava da própria prática administrativa, como observa Sidney Bittencourt⁴³:

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a administração e as organizações da sociedade civil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n.46, p.13.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.381.

⁴³ BITTENCOURT, Sidney. *Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos*, 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.31.

Data vênia, consideramos que essa teoria ergue-se sobre pilares frágeis, porquanto, além da própria prática, que já desenvolve convênios de toda a ordem entre os entes públicos e organizações privadas, verifica-se que, apesar da Constituição Federal inicialmente, não se referir expressamente (em termos nominados) aos convênios, já fomenta a sua formação com cooperação associativa, consoante se verifica na apreciação do parágrafo único de seu art.23, perseguindo, não só a compatibilização de atuação entre os entes federativos, como determinado, às claras, a harmonia dos atos de cooperação de uns com os outros, desde que se consiga evitar conflitos de orientações, sempre alvitando o alcance do bem-estar da população.

A ideia não prevalece, uma vez que o próprio art. 199, parágrafo primeiro também prevê expressamente a participação das instituições privadas no Sistema Único de Saúde mediante convênio.

Além disso, como mencionado por Sidney Bittencourt⁴⁴, já existiu a previsão constitucional dos convênios na Constituição de 1967⁴⁵, bem como no Decreto-Lei 200/67⁴⁶. O advento da Lei 13.019/2014 apenas reforça essa possibilidade.

O convênio entre o poder público e as entidades privadas é permitido, no entanto, somente com pessoas *sem fins lucrativos*. Caso contrário, os interesses não seriam comuns, mas contrapostos. Conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷:

⁴⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**, 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.32.

⁴⁵ Art.8º - Compete à União:

(...)

§ 1º - **A União poderá celebrar convênios com os Estados** para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões.

(...) (Grifei)

⁴⁶ Art. 9º Os órgãos que operam na mesma área geográfica serão submetidos à coordenação com o objetivo de assegurar a programação e execução integrada dos serviços federais.

Parágrafo único. Quando ficar demonstrada a inviabilidade de celebração de **convênio** (alínea b do § 1º do art. 10) com os órgãos estaduais e municipais que exerçam atividades idênticas, os órgãos federais buscarão com eles coordenar-se, para evitar dispersão de esforços e de investimentos na mesma área geográfica. (Grifei)

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

(...)

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante **convênio**;

(...) (Grifei)

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015, p.687, p.689.

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

Em sentido diverso, Thiago Marrara⁴⁸ entende ser possível o convênio com pessoa jurídica com fins lucrativos, considerando a popularização da ideia de responsabilidade social:

Finalmente, deve-se notar que não há empecilho legal, a priori, em relação à celebração de convênio com pessoa jurídica de Direito Privado que tenha intuito lucrativo. A predominância das atividades lucrativas, por exemplo, das empresas, não as impossibilita de praticar outras de caráter cooperativo com a Administração Pública, principalmente, com a popularização da ideia de responsabilidade social.

2.2. Da necessidade prévia de licitação

Discute-se a respeito da obrigatoriedade de prévio procedimento licitatório à celebração dos convênios administrativos. Note-se, de plano, que o art. 116 da Lei de Licitações determina a aplicação daquela lei aos convênios, no que “couber”, deixando vago a respeito da necessidade de realização do procedimento.

Frise-se que não há que se falar em obrigatoriedade de licitação para a celebração de consórcios públicos, considerados por alguns autores como convênio em sentido amplo. Nesse sentido, vale transcrever as considerações de Odete Medauar⁴⁹:

Nos consórcios entre os Municípios ou que envolvem outros entes estatais, o grau de especificidade do objeto é tão significativo que seria incabível cogitar-se de licitação. As mesmas ponderações se aplicam aos convênios entre entidades ou órgãos da Administração, em especial, aos convênios entre universidades nacionais e universidades estrangeiras.

De qualquer forma, muitas vezes a licitação não será obrigatória considerando a própria matéria objeto do ajuste, que possibilitará a adesão múltipla ao convênio. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁰.

⁴⁸ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.559.

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 14^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p..239.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.383.

Por outro lado, no caso de celebração de convênios com entidades particulares que não sejam abertos a ampla participação, a doutrina se divide a respeito da obrigatoriedade ou não do procedimento licitatório.

Segundo Thiago Marrara, a licitação seria desnecessária, mas por hipótese natural de inexigibilidade licitatória⁵¹.

Em sentido contrário, Odete Medauar⁵² pondera que, “no entanto, se a Administração pretende realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada licitação ou se abrir a possibilidade de conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente”.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³ também defende a realização do procedimento licitatório em respeito ao *princípio da igualdade*, ao afirmar que:

Para travar convênios com entidades privadas – salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade.

Assim, considerando que a conduta da Administração Pública deve estar pautada pelos princípios expostos no art. 37, *caput*⁵⁴ da CF/88, é necessário justificar a sua escolha do partícipe. Nesse sentido, vale a reflexão realizada por Thiago Marrara, para que, havendo pluralidade de possibilidades sem a pessoalidade própria dos convênios, o correto seria aderir à figura dos contratos administrativos, através da licitação e da Lei 8.666/93:⁵⁵

Deve-se advertir, contudo, que, havendo possibilidade clara de competição pelo baixo grau de pessoalidade, que recai sobre as obrigações ajustadas, mais correto seria ignorar a figura do convênio e abrir procedimento para a celebração de contrato administrativo em sentido estrito, nos termos integrais da Lei 8666/93.

Contudo, o entendimento majoritário é de que o procedimento licitatório, em si, não é obrigatório, face a predominância da doutrina que não concebe a natureza contratual dos convênios, entendendo-se, todavia, que deve ser realizado um processo mais simplificado, embora objetivo, para a escolha da entidade conveniada.

⁵¹ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.566.

⁵² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.239.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. Malheiros: São Paulo, 2015, p.687, p.689.

⁵⁴ 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) (...)

⁵⁵ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.567.

A Advocacia Geral da União, através da orientação Normativa nº 31, de 15 de abril de 2010⁵⁶ reafirmou o entendimento ao estabelecer que “a celebração de convênio com entidade privada sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público. Nos casos em que não for realizado tal procedimento deverá haver fundamentação”.

O Decreto 6.170/2007 que trata dos contratos de repasse e convênios celebrados pela União para a execução de programas, projetos e atividades oriundas do orçamento fiscal e seguridade social prevê o “chamamento público”, instituto mais simplificado que o procedimento licitatório.

O instituto está previsto no art. 4º do Decreto 6.170/2007 que determina que “a celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.”

Ainda, no que concerne as contratações efetuadas em decorrência do repasse de recursos públicos, o art. 11 do Decreto 6170/2007 determinou a observância dos princípios administrativos da impessoalidade, moralidade e economicidade e dispôs sobre a necessidade de realizar, no mínimo, a cotação prévia dos preços no mercado.

Note-se que, no que concerne aos convênios com entidades que recebam recursos da União, o Decreto 5.504/2005 dispõe a respeito da obrigatoriedade do procedimento licitatório.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷, face a divergência de disposições a respeito do procedimento licitatório, é forçoso reconhecer que o Decreto 6.170/2007 revogou tacitamente o Decreto 5.504/2005 no que se refere a obrigatoriedade do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns. A observância dos princípios administrativos e a cotação prévia dos preços no mercado seriam suficientes nos termos do art. 11 do Decreto 6.170/2007:

Em consequência, pode-se entender que o Decreto 5.504/2005 ficou implicitamente revogado na parte em que conflita com o artigo 11 do Decreto 6170/2007, ou seja, na parte em que impõe licitação sob a modalidade de pregão, para a aquisição de bens e serviços comuns com verbas repassadas pela União; basta que sejam observados os princípios da Administração e a cotação prévia de preços no mercado.

O Tribunal de Contas da União, no acórdão 7231/2017⁵⁸ entendeu que as entidades privadas conveniadas que recebam recursos públicos não necessitam

⁵⁶ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/248638>, acesso em 29/01/2020.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.386.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 7231/2017 (Plenário). A partir da edição do Decreto 6.170/2007, afastou-se a obrigatoriedade, por parte das entidades privadas que gerem recursos públi-

realizar licitação, mas podem dispor de procedimentos simplificados, observando os princípios administrativos da legalidade, moralidade, igualdade, legalidade e eficiência administrativa elencados art.37, *caput* da CF/88.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1864/PR⁵⁹ também se manifestou expressamente a respeito da desnecessidade do procedimento licitatório formal para as entidades conveniadas, conforme consta no acórdão lavrado pelo Ministro Joaquim Barbosa:

cos mediante *convênio*, contrato de repasse ou termo de execução descentralizada, da observância dos procedimentos licitatórios exigíveis para a Administração Pública direta e indireta. Nas contratações com recursos da União, exige-se-lhes a observância dos princípios da *impressoalidade*, da moralidade e da economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração de contrato (art. 11 do Decreto 6.170/2007). Relator: Augusto Nardes. Publicado em Boletim de Jurisprudência n.186 de 04/09/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/jurisprudencia-selecionada>. Acesso em 31/01/2020.

⁵⁹ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. ENTIDADES DE COOPERAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 11.970/1997 DO ESTADO DO PARANÁ. PARANAEDUCAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Na sessão plenária de 12 de abril de 2004, esta Corte, preliminarmente e por decisão unânime, não conheceu da ação relativamente à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação-CNTE. Posterior alteração da jurisprudência da Corte acerca da legitimidade ativa da CNTE não altera o julgamento da preliminar já concluído. Preclusão. Legitimidade ativa do Partido dos Trabalhadores reconhecida. 2. O PARANAEDUCAÇÃO é entidade instituída com o fim de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, tendo como finalidades a prestação de apoio técnico, administrativo, financeiro e pedagógico, bem como o suprimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros da Secretaria Estadual de Educação. Como se vê, o PARANAEDUCAÇÃO tem atuação paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, sendo mero auxiliar na execução da função pública - Educação. 3. A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO. 4. A contratação de empregados regidos pela CLT não ofende a Constituição porque se trata de uma entidade de direito privado. No entanto, ao permitir que os servidores públicos estaduais optem pelo regime celetista ao ingressarem no PARANAEDUCAÇÃO, a norma viola o artigo 39 da Constituição, com a redação em vigor antes da EC 19/1998. 5. Por fim, ao atribuir a uma entidade de direito privado, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão dos recursos financeiros do Estado destinados ao desenvolvimento da educação, possibilitando ainda que a entidade exerça a gerência das verbas públicas, externas ao seu patrimônio, legitimando-a a tomar decisões autônomas sobre sua aplicação, a norma incide em inconstitucionalidade. De fato, somente é possível ao Estado o desempenho eficaz de seu papel no que toca à educação se estiver apto a determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários de que dispõe para tal atividade. Esta competência é exclusiva do Estado, não podendo ser delegada a entidades de direito privado. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 19, § 3º da lei 11.970/1997 do estado do Paraná, bem como para dar interpretação conforme à Constituição ao artigo 3º, I e ao artigo 11, incisos IV e VII do mesmo diploma legal, de sorte a entender-se que as normas de procedimentos e os critérios de utilização e repasse de recursos financeiros a serem geridos pelo PARANAEDUCAÇÃO podem ter como objeto, unicamente, a parcela dos recursos formal e especificamente alocados ao PARANAEDUCAÇÃO, não abrangendo, em nenhuma hipótese, a totalidade dos recursos públicos destinados à educação no Estado do Paraná. (Grifei) ADI 1864, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2007, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-01 PP-00089 RTJ VOL-00204-02 PP-00535). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1721389>. Acesso em 04/02/2020.

A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO.

(...)

Com efeito, conforme já mencionado, o PARANAEDUCAÇÃO tem natureza jurídica de direito privado. Assim, mesmo desempenhando uma atividade jurídica de cooperação na prestação de serviços de educação, entendendo que não está obrigado à contratação de funcionários públicos sob o regime jurídico próprio dos servidores públicos. Desse modo, por ser pessoa de direito privado, pode contratar empregados sem a realização de concurso público e regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Assim, considerando o efeito vinculante do julgamento da ADI 1864 tem-se a questão por encerrada, o que torna obrigatório a observância dos princípios administrativos, mas não do procedimento licitatório formal pelas entidades conveniadas.

Por fim, convém salientar que, aos convênios, aplica-se a Lei 8.666/93 *no que couber*. Portanto, é vedado o estabelecimento de acordo verbal, conforme disposto no art. 60⁶⁰ da referida lei.

2.3. Da necessidade de prévia autorização legislativa

Debate-se a respeito da obrigatoriedade de autorização legislativa para a celebração de convênios.

Para Odete Medauar, essa autorização pode ser genérica, prevista nas Constituições Estaduais e nas Leis orgânicas.⁶¹

Por sua vez, Marçal Justen Filho entende que essa autorização seria desnecessária, quando afirma: “assim, e apenas para exemplificar, a criação do consórcio depende de autorização legislativa (envolvendo cada um dos entes associados), o que não é demandado para a pactuação de um convênio”⁶²

⁶⁰ Art.60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea “a” desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.239.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.310.

Todavia prevalece na doutrina brasileira a ideia da dispensa de prévia autorização legislativa em face do controle posterior dos convênios pelos Tribunais de Conta.

Como alerta Thiago Marrara⁶³, “a fiscalização pelos Tribunais de Contas seria, portanto, espécie de controle legislativo, não havendo que se falar de outro com a mesma função sob o risco de se afrontar a eficiência e a razoabilidade que se espera do Estado”.

Assim, considerando que o convênio pode assumir diversas formas, entendemos que quando a avença envolva repasse de verbas públicas, deve existir a autorização legislativa, ainda que realizada de forma genérica. Isso porque deve estar previsto em Lei Orçamentária.

No Estado de São Paulo, o Decreto Estadual 59.215/2013 determina que os convênios a serem celebrados no âmbito estadual dependem de autorização governamental, exceto quando subscrito pelo chefe do Poder Executivo ou que não prevejam repasse de recursos (materiais ou financeiros). Ressalte-se, ainda, que, quando há repasse de recursos não previstos em lei orçamentária, a celebração do convênio depende de autorização da Assembleia Legislativa.

Observe-se que a Lei 11.107/2005 prevê que o contrato de consórcio será celebrado com ratificação em lei, dispensada quando houver prévia lei geral disciplinando referidas relações.

Por sua vez, o §2º do art.166 da Lei 8.666/1993 dispõe que, “assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.”

2.4. Dos princípios jurídicos

Os convênios administrativos são regidos pelos princípios que pautam a atividade administrativa, conforme disposto no art. 37, *caput* da CCF/88, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ainda vale frisar que dispõe expressamente art.11 do Decreto 6.170/2007:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 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 antes da celebração do contrato. (Grifei)

Além disso, de acordo com o regramento do processo administrativo federal, a Administração sempre deverá se ater aos princípios da legalidade, finalidade,

⁶³ MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.100, jan/dez 2005, p.568.

motivação, segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público e a eficiência. Segundo Sidney Bittencourt⁶⁴,

Ademais, o art.2º do Decreto n.9784/99, que regulamente o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe que o Poder Público sempre deverá obedecer, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, proporcionalidade, interesse público e eficiência.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁵, o convênio público não é instrumento adequado de delegação do serviço público, mas sim, como atividade de fomento. No mesmo sentido, Irene Patrícia Nohara⁶⁶, ao comentar a Lei 13.019/2014 afirma que a atividade do terceiro setor deve ser complementar à do Estado, mas jamais substitutiva:

Logo, mesmo que o terceiro setor mereça todo o incentivo do Poder Público, ainda sim, ele deve conviver e complementar tarefas do Estado, mas jamais ser visto como apto a substituir a Administração Pública, que tem um compromisso permanente com a prestação de serviços públicos que veiculam a realização de inúmeros direito fundamentais.

Ressalte-se que a Lei 13.019/2014 (art.40) dispõe que é vedada a celebração das parcerias (a lei trata dos termos de fomento, termos de colaboração e acordos de colaboração) que tenham por objeto a delegação de funções de regulação, fiscalização, exercício de poder de polícia ou outras atividades exclusivas do Estado.

O Tribunal de Contas da União, no acórdão 1940/2015⁶⁷, entendeu que a delegação em caráter exclusivo de serviços mediante remuneração implica na adoção da figura contratual, sendo inadequada a utilização dos convênios.

2.5. Repasse de verbas públicas

Quando o convênio envolver o repasse de verbas públicas, será atribuída algumas peculiaridades ao regime jurídico.

⁶⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**. 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.39.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.381.

⁶⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 718.

⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1940/2015 (Plenário). Consulta 033.466/2013-0. A delegação a terceiros da prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser instrumentalizada por meio de contrato administrativo, não se admitindo a utilização de convênios ou instrumentos similares, haja vista a ausência, no objeto da relação jurídica, de interesses recíprocos e de regime de mútua cooperação. Relator Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão:05/08/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/jurisprudencia-selecionada>. Acesso em 31/01/2020.

Os convênios de natureza financeira são definidos pelo Decreto 6170/2007 como acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos públicos e que tenha como partícipe de um lado, a Administração Pública e de outro, poder público estadual, distrital ou municipal ou entidades privadas sem fins lucrativos, visando a realização de interesse recíproco em colaboração.

Sidney Bittencourt⁶⁸ entende que o art.116 da Lei 8666/93 somente se aplica a esta espécie de convênios, de natureza financeira:

Insta também ressaltar que o aplicador das regras dispostas deve se preocupar em avaliar, com esmero, o tipo de convênio que ajustará, dada a necessidade de distinguir entre as duas espécies do gênero convênio os de natureza financeira, e os tradicionais, apenas de colaboração, nos quais inexistente a ocorrência da transferência de recursos mas tão somente a cooperação mútua dos partícipes.

Incontestavelmente, este art.116 só deve ser adotado integralmente quando o convênio a ser celebrado se enquadrar na espécie de natureza financeira.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o art.116 visa controlar os recursos repassados por meio de convênio, uma vez que não perdem a qualidade de verba pública, sujeitando, inclusive, o Administrador ao controle financeiro do art.70 da CF/88⁶⁹.

Os convênios de natureza financeira envolvem o repasse de recursos públicos através de “transferência voluntária” (em sua maior parte), definida pelo art.25 da Lei Complementar 101/2000 como “a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.”

Segundo Fernando Borges Mânica, “as transferências de capital podem ocorrer a título de auxílios, que são previstos e disciplinados diretamente na legislação orçamentária, e a título de contribuição de capital, previstas e disciplinadas em lei especial”.⁷⁰

Ainda segundo o Autor⁷¹, “os convênios público-privados em sentido estrito envolvem o repasse de recursos públicos a entidades privadas, os quais independem de contraprestação específica e podem ser aplicados em despesas de custeio ou de capital, conforme previsão orçamentária específica.” Contudo, esse repasse é realizado

⁶⁸ BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**. 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.73.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.382.

⁷⁰ MÂNICA, FERNANDO BORGES. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.26.

⁷¹ MÂNICA, FERNANDO BORGES. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.26.

através de transferências, que não demandam contraprestação, conforme a própria essência do instituto.⁷²

Note-se ainda que, face ao teor do art.6º⁷³ da Lei 4.320/1964, todas as despesas devem constar na lei orçamentária, vedadas quaisquer deduções.

Frise-se que, segundo o art.35, II da Lei 13.019/2014, é necessário a demonstração de dotação orçamentária.

Segundo Sidney Bittencourt⁷⁴, os partícipes de convênio beneficiários dos repasses de recursos públicos devem prestar contas de sua regular aplicação. Parte desse procedimento consiste na avaliação da conformidade financeira. Por outro lado, também são julgados os aspectos técnicos, que consubstanciam o alcance dos resultados almejados:

De acordo com os incs XXV e XXVI do §1º da Portaria 424/2016, a prestação de contas se subdivide em duas formas: financeira e técnica. A primeira, configurando procedimento de acompanhamento sistemático da conformidade financeira, considerando o início e o fim da vigência dos instrumentos; e a segunda, de análise dos elementos comprovadores, sob os aspectos técnicos, da execução integral do objeto e do alcance dos resultados previstos nos instrumentos.

No âmbito da União, quando o convênio envolver o repasse de recursos públicos, está sujeito a fiscalização e controle pelo Tribunal de Contas da União, conforme prescreve o art.71, VI⁷⁵ da CF/88. No mesmo sentido, os arts.32 e 33⁷⁶ da

⁷² “Uma das principais semelhanças entre elas, no que tange a seu vínculo com o Estado, consiste na natureza do repasse de recursos públicos, que é tido como ‘transferências’. Como visto acima, as transferências, normalmente denominadas de ‘transferências voluntárias’, podem ser de diversas espécies e finalidades, mas todas têm como ponto em comum a inexistência de contraprestação específica em bens ou serviços” (MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.27).

⁷³ Art. 6º Todas as receitas e despesas constarão da Lei de Orçamento pelos seus totais, vedadas quaisquer deduções.

§ 1º As cotas de receitas que uma entidade pública deva transferir a outra incluir-se-ão, como despesa, no orçamento da entidade obrigada a transferência e, como receita, no orçamento da que as deva receber.

§ 2º Para cumprimento do disposto no parágrafo anterior, o cálculo das cotas terá por base os dados apurados no balanço do exercício anterior aquele em que se elaborar a proposta orçamentária do governo obrigada a transferência.

⁷⁴ BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**. 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018, p.180.

⁷⁵ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

(...)

⁷⁶ Artigo 32 - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, das entidades da administração direta e indireta e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Públi-

Constituição do Estado de São Paulo determina que qualquer pessoa, física ou jurídica que receba recursos públicos deve prestar contas ao Poder Legislativo, através do Tribunal de Contas do Estado.

Quando o convênio envolver o repasse de recursos públicos, a entidade conveniada obriga-se a seguir as diretrizes firmadas pelo repassador. O Tribunal de Contas da União⁷⁷, inclusive, entendeu pela impossibilidade de alegação da autonomia do princípio federativo como justificativa para o não cumprimento dessas regras:

Trata-se de recursos de reconsideração interpostos contra o acórdão 1.527/2012 - Plenário, prolatado em tomada de contas especial originada da conversão de processo de representação que noticiava irregularidades na aplicação de verbas federais transferidas, mediante convênios e termos de parceria, à Secretaria de Estado da Educação de Sergipe. Dentre as irregularidades, em síntese, figuravam a dispensa ou utilização de modalidade indevida em processos licitatórios, o direcionamento e a fraude à licitação e o superfaturamento de algumas contratações.

[...]

13. Ao refutar mais um argumento recursal, destaco que, ao lidar com recursos originários de convênios celebrados com a União, de forma contrária ao que afirma o recorrente, estabeleceu-se a obrigação de que a Secretaria de Estado da Educação seguisse as regras de aplicação estabelecidas pelo repassador, a exemplo dos decretos e instruções normativas explicitamente mencionadas nos instrumentos de repasse. Não há, nesse caso, que se invocar a independência e autonomia do ente federativo estadual.

O Tribunal de Contas da União, ainda, através da Súmula TCU 286⁷⁸ entende que persiste a responsabilidade solidária da entidade de direito privado pelos danos ao erário decorrentes da utilização dos recursos públicos repassados:

co, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único - Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou pelos quais o Estado responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Artigo 33 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

(...)

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. “Ao utilizar recursos originários de convênios celebrados com a União, estabelece-se a obrigação de a pessoa jurídica de direito público interno seguir as regras de aplicação estabelecidas pelo repassador. Nesses casos, não há que se invocar a autonomia do ente federativo.” Processo 010.514/2008-2. Acórdão 65/2014 (Plenário). Relator: Ana Arraes. Data da sessão: 22/01/2014. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada>. Acesso em 03/02/2020

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. “A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde soli-

A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos.

2.6. Do convênio em sentido estrito e da Lei 13.019/2014 (Lei de parcerias - do marco regulatório das organizações da sociedade civil).

A Lei 13.019/2014 dispõe sobre parcerias com organizações não governamentais, prescrevendo regras específicas. Contudo, como nos alerta Marçal Justen Filho, “deve-se ter em vista que, apesar disso, essas convenções também apresentam a natureza jurídica de convênio, entendida a expressão num sentido amplo”.⁷⁹

Faz-se necessário, ainda, diferenciar os convênios em sentido amplo e os convênios em sentido estrito, em razão, sobretudo, das disciplinas legais específicas.

Segundo Fernando Borges Mânica, “em sentido amplo, trata-se de uma categoria jurídica da qual fazem parte todas as modalidades de parceria com o terceiro setor existentes no Brasil.”⁸⁰⁻⁸¹ Assim, neste conceito, estariam incluídos os Convênios em sentido estrito (art. 116 da Lei 8.666/1993), os Termos de Colaboração, Termos de Fomento, Acordos de Cooperação (disciplinados pela Lei 13.019/2014), |Contratos de Gestão (Lei 9.637/1998) e Termos de Parceria (disciplinados pela Lei 9.790/1999).

O autor⁸² prossegue afirmando que, de início, a CF/88 previu apenas os convênios como forma de parceria entre o Poder Público e o terceiro setor, nos termos do art. 199, §1º⁸³ da CF/88. Assim, a Lei 8.666/93, em seu art. 116, seguida de atos infralegais, passou a disciplinar o art. 199 da CF/88.

dariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos.” *Processo 018.804/2012-8 acórdão 2386/2014 (Plenário)*, Relator BENJAMIN ZYMLER. Data da Sessão: 10/09/2014 disponível em: [https://pesquisa .apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/286/%2520/%2520?ts=1580775564569](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/sumula/286/%2520/%2520?ts=1580775564569). Acesso em 03/02/2020.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.309.

⁸⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.19.

⁸¹ Segundo o Autor: “É possível, portanto, reconduzir todas as parcerias com o terceiro setor previstas pelo ordenamento pátrio a uma categoria jurídica denominada de ‘convênios público-privados em sentido amplo’. Esse é o sentido adotado no §1º do art. 199 da CF/88” (op.cit., p.22).

⁸² MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.20.

⁸³ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

(...)

Contudo, posteriormente, como alerta Fernando Borges Mânica⁸⁴, surgiram novas formas de parceria com o terceiro setor, com disciplinas legais específicas (o que será melhor abordado a seguir), o que demandou a releitura do dispositivo constitucional.

Segundo o autor⁸⁵, os convênios público-privados em sentido amplo englobariam todas as formas de parceria com o terceiro setor existentes. Mais adiante, distingue-os dos convênios em sentido estrito, exclusivamente regulados pelo art. 116 da Lei 8.666/93 (na esfera Federal, são regulamentados pelo Decreto 6.170/2007):

Deve-se ressaltar que o ordenamento brasileiro adota duas acepções aos convênios público-privados. Em sentido amplo, trata-se de uma categoria jurídica da qual fazem parte todas as modalidades de parceria com o terceiro setor existentes no Brasil. Já em sentido estrito, trata-se de uma das diversas modalidades de parceria com o terceiro setor previstas na legislação brasileira, disciplinada pelo artigo 116 da Lei 8666/93.

A lei 13.019/2014 dispõe que:

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

(...)

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal ; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

(...) (Grifei)

Mais adiante, o art. 84 reitera que a Lei 13.019/14 não se aplica aos convênios celebrados nos termos do inciso IV do art.3º, bem como aos convênios públicos:

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

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

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

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

⁸⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.21.

⁸⁵ MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR*, Ano 2, Número 2, agosto/2017, p.08.

E para que não paire quaisquer dúvidas, o art.84-A inserido pela Lei 13.204/2015 afirma que os convênios públicos privados somente serão firmados nos termos da Lei 13.019/2014, com as exceções já mencionadas:

Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, após o advento da Lei 13.019/2014, os convênios em sentido estrito somente poderiam ser firmados entre os entes públicos ou nos termos do art. 199 da CF/88⁸⁶.

Portanto, para parte da doutrina, o advento da Lei 13.019/2014 reformulou a nomenclatura utilizada, sendo correto unicamente se referir a convênios (estrito senso) àqueles realizados no âmbito do Sistema Único de Saúde (art.199 da CF/88) e os convênios públicos.

Os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação são disciplinados pelo art.2⁸⁷ da Lei 13.019/14. Assim, termo de colaboração é o instrumento por meio do qual são formalizadas parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para consecução de resultados de interesse público e recíproco propostas pelo Poder Público e que envolvam repasse de recursos financeiros. Quando essas parcerias forem propostas pelas organizações da sociedade civil, o instrumento recebe a designação de termo de fomento. Quando o instrumento de colaboração não envolver repasse de recursos públicos, será denominado acordo de colaboração.

A Lei 13.019/2019, ainda, previu o instituto do chamamento público para a seleção das parcerias de que trata. Segundo Irene Patrícia Nohara⁸⁸, “o chamamento público é o procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.381.

⁸⁷ Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **propostas pela administração pública** que envolvam a transferência de recursos financeiros;

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **propostas pelas organizações da sociedade civil**, que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco **que não envolvam a transferência de recursos financeiros**; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015) (Grifei)

⁸⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p.718.

parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento”. Mais adiante, a autora enfatiza que o chamamento ao processo deve observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, moralidade, da igualdade, da publicidade, proibidade administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório. Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁹, o chamamento público constitui modalidade de licitação, com regramento próprio.

Os arts. 30 e 31 da Lei 13.019/2014, ainda, previu hipótese de dispensa e inexigibilidade⁹⁰ de licitação. De acordo com Irene Patrícia Nohara⁹¹, “*Há a hipótese de celebração de parceria sem chamamento público, em circunstâncias parecidas com as previstas na Lei de Licitações e Contratos, que são chamadas de dispensa e inexigibilidade*”.

A Lei 13.019/2014 previu, também, o “procedimento de manifestação de interesse social” no seu artigo 18: “*é instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.*”

Ainda, a lei veda o reconhecimento de vínculo dos empregados da entidade privada partícipe com a Administração, seguindo a mesma linha do art.71§1⁹² da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, a Lei 13.019/2014 prescreve que o Poder Público não é responsável pelos encargos trabalhistas, conforme art. 42, XX:

XX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução do objeto previsto no termo de colaboração ou de

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.657.

⁹⁰ Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

¹- o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

¹¹- a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

⁹¹ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 720.

⁹² Art.42 (...) XIX - a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal; 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

(...)

fomento, não implicando responsabilidade solidária ou subsidiária da administração pública a inadimplência da organização da sociedade civil em relação ao referido pagamento, os ônus incidentes sobre o objeto da parceria ou os danos decorrentes de restrição à sua execução. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Conforme bem observado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁹³, “verifica-se que, ao contrário da previsão contida no art.71, §2ª da Lei 8666/1993, a Lei n. 13019/2014 não estabelece responsabilidade solidária entre o Poder Público e a pessoa jurídica de direito privado pelos encargos previdenciários.”

3. CONCLUSÕES

Embora largamente utilizado no decorrer da atividade administrativa, existe grande dificuldade na abordagem dos convênios, sobretudo, face a ausência de um regramento único geral que discipline a espécie, subsistindo diversas expressões terminológicas, mas que, ainda sim, expressam a essência deste mesmo instrumento.

Por tal razão, é de suma importância que a análise do instituto esmiúce sua natureza jurídica, possibilitando sua identificação ainda que sob denominação diversa.

Apesar de opiniões respeitáveis em sentido contrário, é forçoso reconhecer a natureza contratual do convênio administrativo. O convênio constitui contrato, mas de cunho cooperativo, atraindo o regramento jurídico inerente às suas peculiaridades.

O convênio não está submetido as mesmas exigências dos contratos administrativos em geral, seja em razão da própria essência consistente no esforço cooperativo para a consecução de objetivos comuns, seja porque nem sempre envolverá repasse de recursos financeiros.

Como excepciona a aplicação da Lei 8666/93, a utilização dos convênios administrativos deixa de ser discricionária nas hipóteses em que são cabíveis a celebração de contratos administrativos em sentido estrito.

Contudo, face ao regramento jurídico dotado de maior rigidez, nada impede que o administrador opte pela figura contratual em sentido estrito ao invés da parceria a ser celebrada através dos convênios. Mas nesse caso, deverá justificar seus atos uma vez que devem ser pautados pelos princípios administrativos, sobretudo, o da eficiência (art.37, *caput*, CF/88).

O simples fato do art.116 excepcionar a aplicação da lei aos convênios não pode servir de base para negar a sua natureza contratual. Assim como o contrato de concessão que possui disciplina própria, mas ainda assim, são considerados como contratos, os convênios possuem regramento específico, a depender da sua subespécie.

⁹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a administração e as organizações da sociedade civil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p.29.

Contudo, uma vez reconhecido seu caráter contratual, permite a União a edição de Lei Nacional, o que é negado por grande parte da doutrina, que entende que a União somente poderia editar Leis Federais em face da autotomia federativa.

A grande dificuldade referente aos convênios advém da imprecisão conceitual, uma vez que os dispositivos normativos, por vezes, designam termos técnicos próprios, mas que nem por isso nos permite dizer que o instituto regulado deixou de ter a natureza jurídica de convênio.

Assim, em sentido amplo, o convênio administrativo engloba todas as modalidades de parceria firmada no âmbito da própria administração ou com entidades sem fins lucrativos, incluindo convênio em sentido estrito, consórcios públicos, contrato de gestão, termos de parceria e os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação.

Os convênios em sentido estrito estão disciplinados pelo art.116 da Lei 8.666/1993, sendo aplicados aos convênios públicos e aos firmados nos termos do art.199 da CF/88. As demais formas de parceria possuem regramento próprio, como o contrato de gestão (Lei 9.637/1998), os termos de parceria (Lei 9.790/1999) e os termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação (Lei 13.019/2014).

Nos convênios público-privados em que envolvam repasse de recursos públicos e houver pluralidade de sujeitos aptos, deve ser realizado o chamamento público, possibilitando o respeito aos dispositivos constitucionais que preconizam a igualdade e impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF/88).

Frise-se que, ainda que envolvesse a transferência de recursos através de *transferências voluntárias*, o art.116 da Lei 8.666/93 é claro ao afirmar que à modalidade de avença somente se aplica a Lei 8.666/1993 *no que couber*. Embora a licitação formal não seja obrigatória, é importante salientar que o instrumento não pode ser utilizado para burlar os dispositivos legais e implicar em favorecimento de particular em detrimento dos princípios que regem a Administração Pública. Nesse sentido, a utilização do convênio unicamente com o objetivo de burlar o procedimento licitatório pode ocasionar a responsabilização do agente público. Note-se que a Lei 13.822/2019, que alterou o §2º do art. 6º da Lei 11.107/2002 determina que, no que se refere aos consórcios públicos, devem ser observadas normas de Direito Público, inclusive a licitação.

É importante salientar que os convênios público-privados que prevejam repasse de verbas através de transferências voluntárias devem se submeter à Lei Complementar 101/2000 bem como as Leis Orçamentárias do ente público partícipe. Portanto, é correto dizer que a autorização legislativa se consubstancia nas leis orçamentárias do ente federativo partícipe.

Observe-se, ainda que os convênios se submetem ao controle *a posteriori* pelos Tribunais de Contas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros instrumentos de transferência de recursos públicos**, 1ª ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 12ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei 13.019/14. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR**, Ano 2, Número 2, agosto/2017. p.12-40.
- MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v.100, jan/dez 2005, p.551-571.
- MARRARA, Thiago. Duração de convênios administrativos: aspectos gerais e o caso dos convênios de regulação de serviços de saneamento básico por consórcio público. In WALD, Arnoldo, JUSTEN FILHO, Marçal, PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org). **O Direito Administrativo na Atualidade – Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.1130-1150.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 14ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed, Malheiros: São Paulo, 2015.
- MODESTO, Paulo. **Contrato de Desempenho e Organização Administrativa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-19/interesse-publico-contrato-desempenho-organizacao-administrativa>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2020.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O novo marco regulatório das parcerias entre a administração e as organizações da sociedade civil. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p.9-32.

