

DA SELEÇÃO DE ENTIDADES PRIVADAS NOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

Selection of private entities in administrative agreements

Mara Christina Faiwichow Estefam¹

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Contratos e convênios administrativos. 3. Convênios celebrados entre entes públicos e convênios celebrados entre a Administração Pública e entidades particulares. 4. Natureza do regime jurídico dos convênios celebrados entre Administração Pública e particulares. 5. Os princípios constitucionais da Administração Pública e os princípios aplicáveis aos convênios administrativos. 6. Da necessária instauração de procedimento visando à celebração de convênios administrativos com entidades particulares. 7. Dos procedimentos para seleção de entidades particulares. 8. Do chamamento público. 9. Da proposta de um chamamento coletivo. 10. Dos convênios administrativos celebrados com entidades privadas detentoras de fins lucrativos. 11. Da viabilidade das celebrações de convênios com entidades lucrativas. 12. Normatização dos procedimentos seletivos das entidades interessadas em conveniar com o Poder Público. 13. Conclusões. 14. Referências bibliográficas.

RESUMO

Por sua fundamental importância e pelas recorrentes evoluções do direito administrativo, o convênio administrativo é tema que merece ser revisitado e repensado. No presente estudo, o objeto de análise é o convênio administrativo, sob o enfoque da seleção da entidade privada que se relaciona com o Estado. Portanto, analisou-se a evolução normativa dos convênios administrativos e o seu regime jurídico atual, bem como se incursionou na distinção deles, em relação aos contratos administrativos e na análise dos convênios administrativos celebrados entre entes públicos e entre a entidade pública e o particular, adentrando no estudo do regime jurídico pertinente. À sua vez, averiguaram-se os princípios constitucionais da Administração Pública, os princípios aplicáveis aos convênios administrativos e os procedimentos, exigências normativas e critérios para a escolha do conveniente privado, tecendo-se uma conclusão, ao final.

Palavras-chave: Convênio administrativo – Entidade privada – Princípios – Administração Pública.

ABSTRACT

For its fundamental importance and for the constant developments of the Administrative Law, the administrative agreement is subject that deserves to be revisited and rethought. In this study, the object of analysis is the administrative agreement, under the approach of the selection of the private entity that relates to the state. Therefore, we analyzed the legal evolution of administrative agreements and their current legal discipline, as well as the distinction between administrative agreements and administrative contracts and the analysis of administrative agreements performed between

¹ Procuradora do Estado de São Paulo aposentada. Membro efetivo da Comissão do Advogado Público da OAB/SP. Especialista em direito constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional. Especialista em direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

public entities and between the public entity and the particular, entering in the study of the relevant legal regime. Moreover, we studied the constitutional principles of public administration, the principles applicable to administrative agreements and the procedures, legal requirements and criteria for the choice of the private contracting party, leading us at the end to a conclusion.

Keywords: Administrative agreements – Private entities – Principles – Public Administration.

1. INTRODUÇÃO

Embora se encontrem registros anteriores acerca do conceito de convênio, haja vista que tal figura foi introduzida expressamente com o advento da Constituição de 1946, por inserções constitucionais da Emenda Constitucional nº 18, de 01.12.1965, bem ainda em vista da disposição sobre a matéria constante da Constituição Federal de 1967, é certo que o verdadeiro marco histórico da Administração Pública brasileira, no que se refere aos convênios administrativos, veio representado pelo Decreto-Lei nº 200/67, o qual estabeleceu os princípios fundamentais que até hoje norteiam a atividade governamental, cuja previsão normativa se inclinou para que seu uso fosse projetado com vistas à descentralização de programas federais, parcerias e auxílio na gestão de alguns órgãos e entidades da Administração Pública.

Com efeito, o sobredito Decreto-Lei nº 200/67, ao cuidar da reforma administrativa, recomendou que o convênio se preordenasse como um meio da descentralização das atividades da Administração Federal para as unidades federadas, desde que os partícipes estivessem devidamente aparelhados, conforme disposição do seu artigo 10, parágrafo 1º, alínea “b”.²

No que se refere à Carta Federal em vigor, não ocorreu menção direta ao instituto, nada obstante em seu artigo 23 tenha sido determinado que lei complementar viria a estabelecer normas objetivando a cooperação entre a União e os Estados, Distrito Federal e municípios, restando acrescentado, por força da Emenda Constitucional nº 19/98, o artigo 241, que determinou a edição de lei disciplinadora da celebração de convênios de cooperação, mediante gestão associada entre os entes federados.

Por fim, em vista da edição da Lei federal nº 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (normas gerais de licitação), expedida com esteio na competência privativa da União, outorgada pelo artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, foi efetivamente regulada a matéria no artigo 116, o que tem viabilizado a utilização do convênio administrativo pelas mais diversas esferas de governo.

² Art. 10 - A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º - A descentralização será posta em prática em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução; b) da Administração Federal para as unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Com esteio na mais abalizada doutrina pode-se afirmar que consistem os convênios administrativos em acordos firmados entre entidades públicas de qualquer espécie ou entre elas e organizações particulares, visando, em ambos os casos, ao alcance de objetivos de interesse público, comuns aos partícipes.

E especificamente sobre esse segundo caso, a entidade pública seleciona um particular para com ele travar a avença e, em vista dessa escolha, à luz, especialmente, dos princípios da isonomia e da impessoalidade, dentre outros, empreende-se neste estudo analisar, sob o enfoque dogmático, como a entidade pública deve escolher o particular conveniente.

Assim, com vistas ao desenvolvimento da análise proposta, parte-se da premissa de que os convênios celebrados com entidades particulares se predestinam ao incentivo da iniciativa privada pelo Poder Público, para a realização de uma atividade (de fomento) de interesse público, sob regime diferenciado dos convênios eminentemente públicos.

2. CONTRATOS E CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

Na esteira da doutrina³ há diferenças evidentes entre contratos e convênios, consistindo a principal no fato de que, nos contratos, os interesses são opostos e contraditórios e, nos convênios, são recíprocos, como também em vista de possuírem os partícipes nos convênios objetivos institucionais comuns, se reunindo por meio da avença para alcançá-los, com vistas à obtenção do resultado pretendido, o que não ocorre no contrato, bem ainda que, em face da mútua colaboração praticada nos convênios, torna-se inviável a cogitação de um preço pelas atividades efetuadas, ao reverso do que sucede no contrato, cujo preço é cláusula inerente.

Ademais, nos contratos, o valor pago a título de remuneração passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebe, sendo irrelevante para o repassador a utilização dele pelo beneficiário, e, nos convênios, a utilização dos recursos repassados fica vinculada à expressa previsão da avença; outrossim, nos contratos, as vontades são antagônicas, compondo-se, mas não se adicionando, do que resulta uma terceira, que é a vontade contratual, gerando uma vinculação contratual inexistente nos convênios.

Contrariamente assinala Odete Medauar⁴, no que se relaciona à existência de interesses convergentes no convênio, asseverando que se um dos partícipes é o particular, o interesse por ele desempenhado não será o interesse público, faltando, assim, o proclamado requisito da identidade de interesses entre os convenientes, bem ainda

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 347-348.

⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 264.

enumerando ocorrências que afastam os requisitos exigidos para a caracterização do convênio administrativo.⁵

Muito embora as negativas acima apresentadas, as manifestas diferenças entre os institutos – contrato e convênio – são extremamente claras, como foi evidenciado, as quais serão neste estudo prestigiadas.

No que se refere aos contratos, e em se tratando dos privados, diferentemente dos contratos administrativos, são compostos por acordos de vontade livremente firmados pelas partes, nos quais os interesses delas se compõem e instituem uma vontade nascida do consenso, que se afigura autônoma e diferenciada das vontades individuais originais, que passam a se subordinar à oriunda do consenso. Tal vontade nascida do referido consenso regerá a relação formada, criando deveres e direitos recíprocos, fazendo aflorar do acordo os princípios consistentes no *pacta sunt servanda* (o atendimento irrestrito ao pactuado), no *lex inter partes* (o contrato faz lei entre as partes) e ainda no *exceptio non adimpleti contractus* (que se traduz na exceção de contrato não cumprido), inexistentes nos contratos administrativos, os quais, visto envolverem interesse público, não podem ficar à mercê do interesse privado, sendo que sua negociação não será consensual, já que sua finalidade configura-se indisponível.

No que se refere aos convênios administrativos, impõe mencionar que, ao contrário dos contratos administrativos, tais ajustes são adequados ao regime de cooperação associativa entre as pessoas envolvidas, que obrigatoriamente têm as mesmas pretensões. Os partícipes possuem posições jurídicas idênticas, nada obstante possa haver diversidade apenas em relação à cooperação empreendida por cada um dos integrantes, consoante as contingências para a consecução do objetivo público comum, sendo que o consenso no convênio⁶ afigura-se como um elemento de conjugação das vontades, que se mantêm paralelas e unidirecionadas, preordenando-se à realização de interesses comuns dos participantes, ao reverso do

⁵ Explica Odete Medauar que há contratos nos quais a Administração Pública igualmente não remunera o particular, como ocorre nos convênios (contratos de concessão de serviço público e o de concessão de serviço precedida de obra), alertando sobre a existência de convênios nos quais há também obrigações recíprocas, como sucede nos contratos celebrados para a construção de uma escola pública, nos quais o Poder Público e o outro partícipe possuem encargos recíprocos para atingir o resultado (um com relação ao repasse de recursos públicos e o outro referente à edificação da escola). (MEDAUAR, Odete, Direito administrativo moderno, cit., p. 264).

⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto assim conceitua convênio: “Ato administrativo complexo em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades públicas ou privadas o desempenho conjunto por cooperação ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira.” (*Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. rev., refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 212). Assinala ainda que ato complexo configura-se como “o concurso de manifestações de vontade autônomas em que, conforme a espécie, uma delas, várias ou todas emanam da Administração Pública, tendo por objeto comum a constituição de uma relação jurídica de coordenação de vontades, tanto na modalidade de cooperação como na modalidade de colaboração, visando a um resultado de interesse público comum às partes acordantes e de competência, pelo menos, de uma delas” (Ibidem, p 208-209).

consenso no contrato, que atua como composição das vontades, partindo de visões antagônicas, objetivando interesses distintos que só serão definidos no momento em que os contratantes, abrindo mão dos interesses secundários, chegam à concórdia do que lhes parece essencial.

3. CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE ENTES PÚBLICOS E CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ENTIDADES PARTICULARES

Como cediço, os convênios podem ser celebrados entre entes públicos ou serem formalizados pela Administração Pública com entidades particulares, consubstanciando-se em descentralização realizada pela Administração, que, além de efetuarla por via de outorga constitucional e por desconcentração, também o faz mediante delegação ou colaboração, transferindo a atividade administrativa a terceiros.

Os convênios celebrados entre entidades públicas caracterizam-se como aqueles formalizados mediante acordo de vontades, sob o regime de mútua cooperação, no intuito de atender aos objetivos de competência comum, sendo que, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 19/98, a previsão da gestão associada, conforme disposição do artigo 241 da Carta Federal⁷, vem sendo implementada pelo consórcio público, pelo contrato de programa e pelo convênio de cooperação. Embora a dita previsão, permanece a possibilidade da celebração de convênios entre entes públicos, atinentes também à consecução das políticas públicas, preordenados na realização de objetivos de interesse comum mediante mútua colaboração dos partícipes públicos.

Tratando dos convênios celebrados entre a Administração Pública e entidades privadas, Hely Lopes Meirelles⁸ salienta que pela interpretação do texto constitucional há a impressão de que os convênios só são admitidos entre entidades estatais, nada obstante possam ser ajustados por quaisquer pessoas ou organizações, públicas ou particulares, que se disponham a realizar os objetivos comuns e de interesse recíproco dos partícipes.

Tais ajustes, com efeito, são utilizados pelo Poder Público para estimular, por meio das atividades de fomento, as organizações privadas a desempenhá-las, com o fim de que, por intermédio da prática de atividades de interesse da coletividade, seja alcançado o objetivo público almejado, devendo garantir, como óbvio, a proteção do interesse público. Tal propósito acarreta que, principalmente em face dos princípios da isonomia e da impessoalidade, deva ser estabelecido um procedimento

⁷ Art. 241 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios disciplinarão por lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos [...].

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 405.

administrativo lícito e idôneo, capaz de selecionar a organização privada que melhor atenda aos fins públicos propostos no convênio. E tal asserção se deve ao fato da efetiva possibilidade de existirem várias organizações privadas que se interessem pela celebração da avença, e assim viabilizar que todas possam pleitear que o convênio seja formalizado com a que demonstrar mais aptidão para o desenvolvimento da atividade de fomento delegada.

4. NATUREZA DO REGIME JURÍDICO DOS CONVÊNIOS CELEBRADOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULARES

Na concepção originária, o convênio era utilizado quase que exclusivamente como instrumento de cooperação entre entes públicos, submetendo-se a um regime jurídico próprio, distinto dos contratos administrativos, já que, em face da impossibilidade da existência de hierarquia entre os entes federados, a relação negocial estabelecida não poderia ser desigual entre os partícipes públicos.

A partir da admissão da possibilidade da entabulação de convênios administrativos não apenas entre entes públicos, mas também com entidades privadas, passou-se, quanto a esses últimos, também a aplicar o mesmo regime jurídico dos ajustados entre os entes públicos, baseando-se na ideia de que ambos os tipos de convênios têm sempre como premissa a busca do interesse público.

Porém, inclinando-se o convênio ajustado com os particulares a uma atividade de fomento, embora colaborativa, afigura-se totalmente diversa da empreendida pelos entes públicos, inexistindo, portanto, qualquer equivalência entre seus regimes jurídicos.

Os convênios administrativos celebrados com entidades privadas possuem natureza jurídica convencional, avença que se perfaz mediante a conjugação das vontades autônomas, convergentes e homogêneas dos partícipes, as quais se somam para o alcance do interesse público almejado e preordenam-se mediante a realização de atividades de fomento público.

A atividade de fomento público vem conceituada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹ “*como o estímulo oferecido direta, imediata e concretamente pela Administração, na forma da lei, a iniciativas da sociedade que sejam de reconhecido interesse público*”.

A atividade fomentadora é uma das modalidades de interferência da Administração Pública no campo privado¹⁰, mediante o exercício da administração consensual, com características facultativas ao particular, que poderá, outrossim, ser manifestada por via da celebração de convênios.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, cit., p. 585.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo. Malheiros. 1993. p. 25.

Nesse diapasão, dentre as técnicas da descentralização de atividades, a que mais simplesmente se aperfeiçoa é a celebração de convênio com entidade privada, posto que já disciplinada pelo artigo 116 da Lei nº 8.666/93, possibilitando a formalização da avença para a execução das atividades pretendidas.¹¹

5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição da República enumera, em seu artigo 37, como norteadores da conduta da Administração Pública, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo também ser apontados, como princípios implícitos que conduzem da mesma forma a ação da Administração Pública, os da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da isonomia, da finalidade, da boa administração, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da economicidade, dentre outros.

Considerando que a Administração Pública não titulariza os interesses públicos, cujo detentor é o Estado, que deve protegê-los e que os exercita por meio da função administrativa, as pessoas administrativas têm o dever de praticá-los nos termos e nas finalidades predeterminadas legalmente, implicando que toda conduta deva estar sujeita sempre aos princípios da Administração Pública.

O referido “*princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais*”¹², estabelecendo-se a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas, o que ocorrerá se a celebração de convênio administrativo com determinada entidade privada, caso existentes várias qualificadas para tal, seja intentada sem nenhum critério isonômico.

Os interesses que incumbem à Administração Pública proteger e garantir são pertencentes à sociedade como um todo, e quaisquer atos praticados pelos órgãos administrativos deverão refletir, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, a igualdade de oportunidades a todos, levando em conta que todos são iguais perante a Administração Pública.

Por seu turno, o princípio da impessoalidade, que é emanação do princípio da isonomia e da moralidade, indica vedação a distinções infundadas em quaisquer caracteres dos interessados, a fim de excluir o subjetivismo do agente administrativo, preordenando-se, no que se relaciona aos convênios, a obstaculizar o desenvolvimento

¹¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro setor, empresas e estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 37.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 22. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 35.

de qualquer tipo de favorecimento ou prejuízo aos pretensos partícipes, acarretando, também, a necessidade da estipulação de mecanismos de seleção justa e criteriosa dos pretendentes a conveniar com o Poder Público, sob pena de invalidação irremediável da celebração.

Cumpra mencionar ainda o princípio da eficiência, correlato ao da boa administração, que pressupõe dever a atividade administrativa desenvolver-se de modo mais congruente, oportuno e adequado, estabelecendo o princípio da economicidade ao qual o agente público, com referência aos recursos públicos envolvidos nos atos praticados, deve ficar totalmente compromissado na busca da economicidade adequada, os quais impõem à Administração que, mediante a formalização do convênio, seja evitado o desperdício do dinheiro público, bem ainda seja executado o objeto avençado com presteza, perfeição e rendimento funcional, implicando o dever do Estado em buscar o eficaz e excelente desempenho, qualidade e eficiência também nos convênios celebrados com entidades privadas.

É certo afirmar que o princípio, sendo a base essencial do sistema jurídico, por estabelecer os principais fundamentos, os direcionamentos e as referências gerais e setoriais para o ordenamento, afigura-se superior em relação às regras, “*pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico*”.¹³

Deflui que, nada obstante os princípios se relacionem a valores, estabelecem principalmente a obrigatoriedade da adoção de condutas que se afigurem necessárias à promoção do estado das coisas, coerentemente aos seus propósitos, exercendo uma função integrativa, acarretando que se um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não estiver previsto, o princípio deverá garanti-lo.

Por todo o concluído, como consequência, deverão ser buscados, nos convênios administrativos a serem celebrados pelo Estado com entidades privadas, desde que apurada a existência de uma pluralidade de interessados aptos à formalização, mecanismos pelos quais seja garantido o efetivo atendimento aos princípios da eficiência, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da supremacia do interesse público sobre o particular, da motivação e da publicidade, dentre os outros pertinentes à conduta da Administração, que além de constituírem rumo para a interpretação do direito, também reservam-se ao suprimento de lacunas e imperfeições da lei.

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 137-140.

6. DA NECESSÁRIA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO VISANDO À CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS COM ENTIDADES PARTICULARES

Fernando Dias Menezes de Almeida, ao classificar os convênios administrativos a que se refere a Lei nº 8.666/93, os estabelece, entre outras¹⁴, como uma subespécie de módulos convencionais de cooperação, que se configuram quando “*uma nova situação jurídica é criada, necessariamente a partir do acordo de vontade das partes*”¹⁵, evidenciando a ideia da atuação conjunta dos partícipes para o mesmo fim.

Ressalta, assim, que o aspecto mais importante dos convênios administrativos se relaciona ao fato de se preordenarem à criação de uma situação subjetiva, da mesma forma que nas contratações, nas quais as regras são concebidas e aplicadas individualmente às pessoas envolvidas, nada obstante existentes no convênio interesses convergentes, contendo, outrossim, um objeto predefinido, bem ainda pelo fato da execução integral da avença originar o término da relação jurídica formalizada, ensejando, tal qual nos contratos, que eles devam receber, por tais razões, o mesmo tratamento jurídico aos contratos dispensado, embora de contratos não se trate.

Releva notar que, com base nos interesses convergentes existentes nos convênios administrativos e em face de não deter o convênio natureza contratual, posiciona-se a doutrina majoritária quanto à desnecessidade da realização de licitação ou de outra modalidade de escolha do parceiro privado.

Destarte, na medida em que o convênio administrativo configura-se em um negócio jurídico administrativo¹⁶, incluído na categoria de ato complexo, inserido em um gênero convencional, ou seja, é um ajuste no qual são estabelecidas situações subjetivas criadas pelos participantes, as quais são aplicadas tão somente a eles na proporção do ajustado, objetivando propósitos comuns, “*por que não se valer, ainda que não estritamente, das modalidades previstas na Lei nº 8.666/93, de instrumentos que permitam garantir a isonomia dos que pretendem se relacionar com a Administração e, ao mesmo tempo, permitam a esta escolher a melhor proposta?*”¹⁷

¹⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 240-241. Elenca o autor, como subespécies de módulos convencionais de cooperação, também o consórcio, contrato de repasse, convênio de cooperação, contrato de gestão, termo de parceria, consórcio público, contrato de programa, sociedade e associação de que o Estado é partícipe e outras figuras que têm o sentido de fomento a atividades privadas.

¹⁵ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 239.

¹⁶ ARAÚJO, Edmir Netto. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 153. Assevera o autor, que se constitui o negócio jurídico como “declaração de vontade preordenada à produção de consequências jurídicas agasalhadas pelo ordenamento, mas precisamente aquele efeito que com a declaração transitivada se desejou alcançar, e esse resultado se transforma e se concretiza em uma relação jurídica nova, inexistente antes das declarações”.

¹⁷ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 245.

Em nada influi o fato de o convênio não deter natureza contratual, porque a natureza contratual não constitui por si só o requisito essencial e exigido a possibilitar e originar a obrigatoriedade da seleção, que deve ser instalada, em vista da necessidade de cumprimento dos princípios constitucionais da eficiência, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade, da supremacia do interesse público sobre o particular, da motivação e da publicidade, norteadores da conduta da Administração Pública, o que ocasiona a imprescindibilidade do estabelecimento de critérios técnicos para avaliar comparativamente a qualidade das proposições dos interessados e possibilitar a todos os particulares chances idênticas de conveniar com o Poder Público.

A despeito dessa alegação, é possível a ocorrência de circunstância na qual só exista uma determinada entidade que possa conveniar com o Estado, visto ser a única detentora da finalidade direta e específica pretendida pelo Poder Público, acarretando que, em face da inexistência de outras, deva ser o convênio celebrado com a única pertinente.

Por sua vez, ainda há a possibilidade de existirem várias entidades com as mesmas finalidades, as quais irão celebrar conjuntamente o convênio administrativo com o Poder Público.

As duas hipóteses acima referidas encerram situações em que seriam desnecessárias quaisquer seleções referentes aos pretendentes, já que existente, na primeira, somente uma entidade apta à celebração do ajuste, ou em vista de restar garantida a todos interessados; na segunda situação, a mesma oportunidade para conveniar com o Estado, não ocorrendo nenhum desacato aos princípios constitucionais invocados, sendo possível a celebração direta, situação que regularmente não se sucede, pois, como já assinalado, quase sempre existem inúmeras entidades particulares hábeis a figurarem como parceiras do Estado, sendo impróprio que sejam mantidas preferências injustificadas na escolha do participante a conveniar com o Poder Público.

7. DOS PROCEDIMENTOS PARA SELEÇÃO DE ENTIDADES PARTICULARES

Sendo imperioso que ocorra uma justa e criteriosa seleção das entidades particulares apropriadas a conveniar com o Estado, deverá então ser perquirida a modalidade adequada para tal, já que não existe nenhuma determinação em lei que imponha a obrigatoriedade do procedimento licitatório para a celebração de convênio com entidade privada.

A desobrigação de licitação para tal fim, embora existam entendimentos ao reverso¹⁸, fundamenta-se principalmente na especificidade do objeto e na necessidade

¹⁸ MEDAUAR, Odete, *Direito administrativo moderno*, cit., p. 265. A autora entende que os convênios encontram-se inseridos no denominado módulo contratual, e desde que a Administração os formalize para a obtenção de um resultado e finalidade que podem ser alcançados por muitos, a licitação deve ser realizada, atendidas as condições fixadas genericamente.

do encontro de interesses recíprocos, acarretando, devido a sua própria natureza, que a celebração do convênio independe de prévia licitação. Nada obstante, se restar desconsiderada a necessária seleção justa e criteriosa do ente que celebrará convênio com o Estado, outorgando-se tal eleição apenas ao poder discricionário do agente público, poderá restar caracterizada, de forma perniciosa, a produção do objeto desejado ao particular destituído dos requisitos necessários à celebração do convênio, ou o protecionismo de determinado particular.

E nesse passo cumpre afirmar que o artigo 116 da Lei nº 8.666/93, ao estipular que a Lei de Licitações é aplicável aos convênios e a outros acordos congêneres só no *que couber*, não autoriza a dispensa da instituição de procedimento tendente a, consoante o modelo instituído pelo procedimento licitatório, eleger a entidade a conveniar, mediante observância dos princípios constitucionais da Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹, adepta da inaplicabilidade do procedimento licitatório em convênios, explica que não incide sobre eles a exigência de licitação, já que visam à mútua colaboração, sendo que nem sempre o alcance dos interesses almejados pelos partícipes envolve o repasse de verbas, não se cogitando, portanto, de preço ou de remuneração que admita competição, assinalando que o artigo 2º da Lei de Licitações²⁰ refere-se à exigência de licitação tão somente para as obras, serviços, compras, concessões, permissões e locações que serão contratadas com terceiros, dispondo ainda em seu parágrafo único que o contrato administrativo deverá conter estipulação de obrigações recíprocas, as quais inexistem no convênio.

Na mesma linha pontua José dos Santos Carvalho Filho, asseverando que:

Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação.²¹

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, cit., p. 350-351.

²⁰ “Art. 2 - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único - Para fins desta Lei consideram-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” (grifamos)

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 215.

Conjuga do aludido entendimento Pedro Durão.²²

Portanto, destinando-se a licitação à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, entendida maior vantagem como aquela em que a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa, e o particular se obriga a realizar a mais completa prestação, ou seja, menor custo e maior benefício à Administração²³, sua instauração, com vistas à celebração de convênios, viria a desnaturar as características dessa avença, bem como não seria adequada às pretensões buscadas nos convênios, que se consubstanciam na realização do interesse comum dos partícipes, afigurando inadequado o procedimento licitatório para a formalização de convênios administrativos.

8. DO CHAMAMENTO PÚBLICO

Os convênios administrativos se preordenam à criação de uma situação subjetiva, na qual as regras são concebidas e aplicadas individualmente às pessoas envolvidas²⁴, encerrando ditos instrumentos um acordo de vontades que objetiva o estabelecimento de uma cooperação mútua entre os participantes. Portanto, desde que ocorrente, como aqui asseverado, uma situação em que exista mais que uma entidade particular habilitada à concretização da finalidade ou do resultado pretendido pelo Poder Público, impõe-se a instauração de procedimento visando à escolha justa e criteriosa da entidade mais apta à satisfação do interesse público.

Nesse diapasão, cumpre mencionar a figura do chamamento público, instituto criado em nível da União, a qual objetiva a convocação de entidades particulares que, por força de convênios administrativos, venham a ser beneficiadas por transferências de recursos públicos federais, procedimento atualmente obrigatório, conforme disposições do artigo 4º do Decreto nº 6.170/2007²⁵, mediante o acolhimento integral da orientação traçada por decisão do Tribunal de Contas da União, proferida no Acórdão nº 1.331/2008.²⁶

²² Tratando dos convênios, conclui Pedro Durão: “Assim, alia-se o presente trabalho à ideia de que a licitação à admissão de convênios está obstada por ser absolutamente inaplicável aos propósitos a que se presta o acordo de cooperação”. (*Convênios e consórcios públicos: gestão, teoria, prática*. 3. ed. rev. ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2012. p. 107).

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 443.

²⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 244.

²⁵ Art. 4 - 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. (grifamos)

²⁶ Assunto: Acórdão no 1.331/2008-TCU Plenário (Chamamento Público) Texto: Senhores dirigentes, atendendo à recomendação do TCU, exarada por meio do Acórdão no 1331/ 2008, em sessão do

Retrata o chamamento público um meio de seleção de projetos com regras objetivas, para o recebimento e repasse de recursos públicos às entidades particulares, o qual se destina a convidar os interessados a participar do procedimento, por meio do qual o candidato a conveniente se obriga a executar um projeto, prestar uma atividade ou um serviço de acordo com os critérios estabelecidos pelo ente concedente dos recursos.

O ato convocatório do chamamento público estabelece uma descrição detalhada do programa objeto da pretensão de descentralização pela Administração Pública, que tem por finalidade dispor de forma isonômica e transparente as etapas do procedimento para a escolha das propostas, desenvolvendo-se mediante a observância obrigatória dos requisitos e exigências constantes do edital, bem como mediante ampla publicidade.

Ao reverso, no Estado de São Paulo há o Decreto nº 59.215, de 21.05.2013, que dispõe sobre a disciplina acerca da celebração de convênios, não consignada expressamente, nem sequer sugerindo implicitamente, a necessidade da instauração, para a celebração dos convênios, de procedimento administrativo próprio visando à seleção isonômica e criteriosa das entidades particulares interessadas em conveniar com o Estado, situação ocorrente de maneira similar no Município de São Paulo, posto que o Decreto Municipal nº 49.539, de 29.05.2008, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos do Município de São Paulo mediante convênios, prevê em seu artigo 8º²⁷ a faculdade de que as celebrações com entidades privadas sejam precedidas do chamamento público, a critério da concedente, atribuindo ao agente administrativo poder discricionário na escolha da deflagração ou não do chamamento público, contrariando, outrossim, os princípios que devem nortear a Administração Pública, maculando, ambos decretos, por vício insanável, a eleição dos parceiros privados assim eleitos.

9. DA PROPOSTA DE UM CHAMAMENTO COLETIVO

Em que pese o fato de existir em nível da União o chamamento público, ao reverso da falta de previsão no Estado e obrigatoriedade no Município de São Paulo, há ainda a possibilidade, não prevista em nenhuma legislação, da instauração de um chamamento coletivo, procedimento por meio do qual a Administração, ao invés de

Plenário de 09/07/2008, especialmente o contido no item 9.2.2, orientamos os órgãos e entidades do SICONV a editar normativos próprios, visando a estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados.

²⁷ “Art. 8º - A celebração de convênio com entidades privadas poderá ser precedida, a critério da concedente, de chamamento público, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.”

promover um processo para a eleição de apenas uma entidade privada para a celebração do ajuste, instala um procedimento semelhante ao do credenciamento, instituto no qual os interessados buscam a celebração de contratos administrativos.

A título de esclarecimento, no que toca à figura do credenciamento, cumpre trazer a lição de Adilson de Abreu Dallari, transcrita na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁸, que o definiu como:

O ato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos executados desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente de boa-fé.

Embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro lei específica que discipline a figura do credenciamento, configura como seu suporte legal o artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre a contratação direta mediante inexigibilidade de procedimento licitatório, valendo ressaltar que as hipóteses trazidas pelo sobredito artigo 25 da Lei de Licitações não se configuram como exaustivas, admitindo-se outras, desde que venham caracterizar ocorrências nas quais seja inviável a instauração de procedimento licitatório, situações que teriam, em face do princípio da legalidade, amparo no *caput* do dispositivo citado para permissão da contratação direta.

Portanto, se a Administração convoca todas as pessoas físicas ou jurídicas de determinado setor com o intuito celebrar contratos administrativos com todas as interessadas, desde que elas satisfaçam aos requisitos estabelecidos no ato convocatório e concordem com o preço fixado pela própria Administração, como ocorre no credenciamento, inexistirá qualquer competição, já que a todas será assegurada a contratação, subsumindo-se a situação à hipótese do *caput* do referido artigo 25.

O instituto aqui proposto, a consubstanciar celebração de convênios com todas as interessadas, similar ao credenciamento, destinar-se-ia à convocação de todas as organizações privadas interessadas em conveniar com a Administração Pública, só afigurando-se pertinente sua instauração se a atividade de interesse público pretendida pelo Poder Público puder ser desenvolvida pelas várias entidades particulares, ou seja, que nada impeça a consecução concomitante das atividades públicas por todas as pretendentes, sem nenhuma exclusão, justificando sua instalação o interesse público, dirigido à obtenção do maior número possível de entidades privadas que

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 443.

realizem as atividades de interesse da coletividade, e desde que o eficaz atendimento ao interesse público só seja consumado se celebrados convênios com um número ilimitado de particulares.

Dessa forma, se a Administração Pública convocar todas as entidades pretendentes e se dispuser a conveniar com todas as interessadas que satisfaçam aos requisitos estabelecidos, não ocorrerá nenhuma burla aos princípios da isonomia e da impessoalidade, bem ainda deverão ser estabelecidos critérios claros e objetivos e descrição detalhada do programa planejado, sendo imperioso que não haja data especialmente designada para o encerramento do proposto procedimento, o qual deverá manter-se sempre aberto enquanto a Administração mantiver interesse nas celebrações dos convênios. Ademais, deverão ser acolhidas no chamamento coletivo todas as interessadas que atendam às condições e requisitos traçados para a participação, nada impedindo, *mutatis mutandis*, que sejam adotadas as recomendações do Tribunal de Contas da União, Processo nº TC 016.522/95-8, mediante o Acórdão nº 656/1995, que se pronunciou sobre consulta formulada acerca da legalidade do credenciamento de entidades.²⁹

10. DOS CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS COM ENTIDADES PRIVADAS DETENTORAS DE FINS LUCRATIVOS

Concluído, portanto, acerca da imperativa necessidade de previsão de procedimento específico para a celebração de convênios com entidades privadas, vale verificar se os ajustes deverão ser celebrados apenas com pessoas sem fins lucrativos, ou também, com vistas à observância do princípio da isonomia, poderão ser formalizados com entidades privadas com fins lucrativos.

²⁹ “1 - dar ampla divulgação, mediante aviso publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação local, podendo também a Administração utilizar-se, suplementarmente e a qualquer tempo, com vistas a ampliar o universo dos credenciados, de convites a interessados do ramo que gozem de boa reputação profissional; 2 - fixar os critérios e exigências mínimas para que os interessados possam credenciar-se, de modo que os profissionais, clínicas e laboratórios que vierem a ser credenciados tenham, de fato, condições de prestar um bom atendimento, sem que isso signifique restrição indevida ao credenciamento; 3 - fixar, de forma criteriosa, a tabela de preços que remunerará os diversos itens de serviços médicos e laboratoriais e os critérios de reajustamento, bem assim as condições e prazos para o pagamento dos serviços faturados; 4 - consignar vedação expressa do pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada, ou do cometimento a terceiros (associação de servidores, p. ex.) da atribuição de proceder ao credenciamento e/ou intermediação do pagamento dos serviços prestados; 5 - estabelecer as hipóteses de descumprimento, de forma que os credenciados que não estejam cumprindo as regras e condições fixadas para o atendimento, sejam imediatamente excluídos do rol de credenciados; 6 - permitir o credenciamento, a qualquer tempo, de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas exigidas; 7 - prever a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo; 8 - possibilitar que os usuários denunciem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços e/ou no faturamento; e 9 - fixar as regras que devam ser observadas pelos credenciados no atendimento (como p. ex. proibição de que o credenciado exija que o usuário assine fatura ou guia de atendimento em branco).”

Na opinião da doutrina majoritária, o Estado somente poderá celebrar convênios com entidades privadas se elas forem pessoas sem fins lucrativos, sustentando que a finalidade lucrativa impede a atuação desinteressada no caso concreto.³⁰

Desse modo, com vistas a discorrer sobre a questão apresentada, faz-se necessário, preliminarmente, que se trate da natureza das transferências de recursos operadas nos convênios administrativos, objetivando elucidar se eles podem ser destinados às entidades privadas detentoras de fins lucrativos.

No que alude à origem dos recursos e suas transferências nos convênios administrativos, constituem-se tais repasses nas denominadas transferências voluntárias, que são aquelas em que inexistente qualquer imposição legal ou constitucional para sua efetivação, decorrendo tais repasses de medidas que visam a substanciar a cooperação ou a colaboração entre os entes celebrantes.

À vista disso, as transferências voluntárias compõem os recursos transferidos ao partícipe, com vistas à execução dos convênios administrativos, detendo natureza e origem próprias, possuindo seu disciplinamento no artigo 25 da Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000.³¹

O mencionado artigo 25 da Lei nº 4.320/64 trata das transferências voluntárias operadas nos convênios administrativos celebrados entre entes da Federação, inexistindo previsão referente às transferências realizadas na celebração de convênios pelos entes públicos, ou suas entidades, com organizações particulares.

Em que pese tal fato, “no Estado Democrático de Direito, a consecução do interesse público não é concebida como monopólio estatal, sendo possível que entidades privadas sem finalidade lucrativa se organizem para promover ações de interesse público”.³²

Em sendo assim, em face do princípio democrático, nada impede tais parcerias, formalizadas por força dos convênios administrativos entre a Administração Pública e entidades particulares, visando à realização de atividades decorrentes da responsabilidade social de todos perante a nação.

E, nesse passo, cumpre evidenciar que:

³⁰ Incluem-se entre os partidários da mencionada corrente Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, afirmando este último que “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” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 666).

³¹ Art. 25 - Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária 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.

³² MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

O princípio da legalidade impõe uma relação entre o plano da ação administrativa, cujo vínculo consiste numa relação de conformidade material de normas, atos e condutas administrativas relativamente a normas legais superiores. O administrador público encontra-se vinculado à legalidade formal emitida pelo Poder Legislativo, e também à legalidade material, realizando o conteúdo valorativo e axiológico (princípios, valores, fins públicos) adotado pela Constituição.³³

Dessa feita, embora incorrente a previsão das transferências de recursos públicos às entidades privadas no invocado artigo, nada impede que tais celebrações se sucedam, em razão do importante princípio democrático do qual decorre a responsabilidade social e cívica de todos, originando deva ser implementado o conteúdo valorativo do dito princípio, e que, em vista da legalidade material, ocorra a pertinência da efetivação de convênios também com entidades particulares.

Partindo das premissas já assentadas, no sentido de ser cabível a formalização de convênios com entidades particulares, bem como que o convênio é um veículo de transferências voluntárias e, finalmente, a efetiva possibilidade da celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, resta verificar se há efetivamente vedações constitucionais e legais impeditivas do recebimento de recursos públicos e, por consequência, da celebração de convênios com entidades detentoras de fins lucrativos.

Convém, preliminarmente, mencionar que as vedações para as transferências de recursos públicos às entidades lucrativas vêm expressamente previstas no parágrafo 2º do artigo 199³⁴ da Constituição Federal, o qual dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, *proibindo repasses financeiros atinentes a auxílios ou subvenções às entidades privadas com fins lucrativos*, e ainda no artigo 19 da Lei nº 4.320³⁵, que determina que a Lei Orçamentária não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei, existindo em sentido idêntico a Súmula nº 3 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.³⁶

³³ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 121.

³⁴ “Art. 199 - A assistência à saúde é livre à iniciativa privada: [...] § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.”

³⁵ “Art. 19 - A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.”

³⁶ “Não é lícita a concessão de Auxílios e Subvenções a entidades com fins lucrativos ou com finalidade específica de valorização patrimonial.”

As subvenções mencionadas no artigo 199, parágrafo 2º, da Constituição Federal, objeto da proibição de repasse às entidades com fins lucrativos, vêm tratadas pelo artigo 12, parágrafo 3º, da Lei nº 4.320/64, que *se destinam a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas*, dividindo-se em sociais e econômicas.³⁷

As subvenções sociais referem-se às transferências para instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural sem finalidade lucrativa, visando primordialmente à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos revelar-se mais econômica. Do que decorre ser vedado o repasse das subvenções sociais, ou seja, doações simples para a manutenção de entidade com fins lucrativos e, se inexistentes tais repasses, nada impede a celebração de convênios com entidades detentoras de fins lucrativos.

Por sua vez, as subvenções econômicas são transferências destinadas à cobertura dos déficits de manutenção das empresas públicas, devendo ser incluídas nas despesas correntes do orçamento das entidades federativas, bem ainda para cobrir diferenças entre os preços de mercado e os preços de revenda, pelo Governo, de gêneros alimentícios ou outros produtos. Amparam tais subvenções as despesas com o pagamento de bonificações a produtores de determinados gêneros ou materiais, conforme previsão do artigo 18, parágrafo único, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 4.320/64, sendo que pelas próprias especificações não possuem nenhuma equivalência aos repasses realizados nos convênios.

Ainda, os auxílios, que vêm disciplinados pelo artigo 12, parágrafo 6º, da Lei nº 4.320/64, caracterizam-se como a transferência de capital que outras pessoas de direito público ou privado devem realizar, independentemente da contraprestação direta em bens ou serviços a favor da entidade obrigada ao repasse do capital, derivando da Lei Orçamentária, que também não estão em conformidade com os propósitos das transferências voluntárias, com essas não se confundindo, nada obstando a celebração de convênios, por esse enfoque, com as entidades possuidoras de finalidades lucrativas.

O artigo 19 da Lei nº 4.320/64, também impeditivo, traz hipótese na qual vedada ajuda financeira às entidades detentoras de fins lucrativos, o que não sucede em convênios, já que estes se consubstanciam em um acordo de colaboração, coordenação e parceria, com vistas à concretização de interesses comuns, em que ambos participantes se mantêm ativos, inexistindo ajuda financeira aos partícipes,

³⁷ “Art. 12 - A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: [...] § 3º - Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II - subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.”

nada impedindo, portanto, formalização de convênios com organizações possuidoras de fins lucrativos.

Conclui-se: considerando que nos convênios são realizados apenas repasses destinados à execução do plano de trabalho, avença que será executada mediante a união de esforços das pessoas conveniadas, que se direcionam ao alcance do interesse público compartilhado pelos partícipes, não há impedimento, quer da Constituição Federal, quer da Lei nº 4.320/64, para que uma entidade com finalidades lucrativas receba recursos públicos e, como decorrência, convenie com a Administração Pública, já que não se tratam as transferências voluntárias de recursos obstados de repasse às organizações lucrativas.

11. DA VIABILIDADE DA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS COM ENTIDADES PRIVADAS LUCRATIVAS

Não obstante a inexistência de impedimentos legais, a celebração de convênios com organizações lucrativas, excetuando a vedação infralegal externada tão somente em nível federal pelo Decreto federal nº 6.170/2007, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, inciso I³⁸, sob o enfoque doutrinário há inúmeras posições contrárias a tais celebrações, mediante o fundamento de que a ideia de lucro é estranha ao convênio³⁹, considerando que, quando o Poder Público transfere os recursos em convênios administrativos à entidade privada para que execute determinado objeto, pressupõe-se que o único propósito de ambos é a realização do objeto conveniado, de forma a executar políticas públicas, o que incompatibiliza com as entidades com fins lucrativos, ainda da mesma forma entendendo que a entidade com fins lucrativos necessariamente atua de forma interessada no convênio, alertando que, se a entidade tiver aspirações lucrativas, sua presença na relação não terá as mesmas finalidades do sujeito público.⁴⁰

Conquanto existam entendimentos desaprovadores da celebração das citadas avenças, parte da doutrina entende ao reverso, apregoando que sob a ótica do interesse público a ser alcançado, não importa se o partícipe atua em todas suas atividades sem a obtenção de lucro, bastando que, no convênio em particular, atue o partícipe privado desinteressadamente, sem exigir contrapartida para a realização do interesse da coletividade, explicando que tanto para os beneficiários das

³⁸ “Carece de legalidade a parte do dispositivo do Decreto nº 6.170 de 2007 (§ 1º do art. 1º), não só por excluir organizações de fins lucrativos, sobretudo por inovar a LRF” (RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso avançado de convênios administrativos da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 29).

³⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “administração consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 65.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 666.

atividades sociais como para o Poder Público é irrelevante que a entidade possua no seu contrato social a finalidade lucrativa, mas o que deve ficar especificado é que está disposta a atuar desinteressadamente na execução da política pública.⁴¹

Também adepto da posição autorizativa acerca da celebração de convênios com entidades detentoras de finalidades lucrativas, Fernando Dias Menezes de Almeida⁴² salienta que nada impede que o sentido finalístico também possa ficar frustrado no convênio celebrado com entidades sem fins lucrativos, e isso porque há a possibilidade de ocorrer a substituição da necessária conjugação de esforços para a obtenção de um fim comum, pelo estabelecimento de uma contraprestação para a entidade sem fins lucrativos, que, embora não busque efetivamente lucro, lhe são oferecidos outros benefícios apropriáveis a partir dos recursos públicos repassados, o que poderá caracterizar uma espécie de remuneração, que também é vedada em convênios administrativos⁴³, sugerindo que “ora, melhor seria atentar, não para o caráter com ou sem fins lucrativos de certa entidade a celebrar alguma espécie de convênio com o Estado, mas sim para o caráter de interesse público objeto da contratação em questão”.⁴⁴

Partilha da mesma posição, Gustavo Alexandre de Magalhães, asseverando que não se configura como condição impeditiva para a celebração do convênio o fato de o partícipe privado visar a lucro em suas atividades, mas impõe-se que, no convênio celebrado, ele atue desinteressadamente, sem exigir nenhuma contraprestação para realizar a atividade de interesse público.⁴⁵

A par do exposto, releva mencionar pronunciamento da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo que, no exame da proposta de formalização de convênio pelo Estado com entidade detentora de finalidade lucrativa, asseverou que:

⁴¹ MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*, cit., p. 70.

⁴² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 250.

⁴³ “Segue-se aí a lógica de que lucrar é condenável, todavia é aceitável viver à custa do erário, a um título qualquer que importe remuneração por atividades de (suposto) interesse público, desde que tecnicamente não seja ‘lucro’.” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*, cit., p. 250).

⁴⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. op. cit., p. 250.

⁴⁵ “Ocorre que, sob a ótica do interesse público a ser alcançado, não importa se o partícipe do convênio atua em todas as suas relações jurídicas sem auferir lucro. O que é relevante para o Estado é se naquele convênio específico o ente colaborador atua desinteressadamente, sem exigir nenhuma contrapartida para a realização da atividade de interesse social. Assim, para os beneficiários das atividades sociais realizadas é irrelevante a finalidade lucrativa que consta no contrato social, sendo também irrelevante para o Poder Público se seu partícipe no convênio específico celebra outros negócios jurídicos nos quais ele busque lucro. O que o Poder Público deve sempre especificar é se o seu parceiro privado está disposto a atuar desinteressadamente na execução da política pública em questão.” (MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*, cit., p. 70).

‘Não se vislumbra óbice à formalização de convênio com ente privado com finalidade lucrativa se há um interesse público na atuação do particular, somado à inexistência de apropriação privada de recursos públicos. No caso em exame, não se pode caracterizar como apropriação de recurso público o mero acesso, na qualidade de procurador do cidadão, a informação a ele relativa em banco de dados públicos’; mencionada explanação acrescentou que ‘nada impede que o ente privado, com finalidade lucrativa, em nome da função social da empresa, some esforços com o ente público para a satisfação do interesse coletivo’, finalizando com a assertiva no sentido de ‘se o conveniente é entidade privada com finalidade lucrativa, isso é irrelevante e não constitui, por si, óbice à celebração de convênio’.⁴⁶

Como apontado na manifestação transcrita, qualquer apropriação de recursos públicos por entidade com finalidades lucrativas deve ser objeto de total vedação, mesmo porque, se ao reverso, restaria configurada afronta aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa consagrados constitucionalmente, já que se o Estado operasse doações a uma entidade lucrativa, estaria favorecendo-a em detrimento das outras.

Por outro lado, na esteira da responsabilidade social de todos, deve a organização lucrativa demonstrar estar disposta a atuar desinteressadamente na execução da política pública, sem exigência de contrapartida ou qualquer tipo de benefício para a realização do interesse da coletividade, sem a imposição de qualquer pagamento pela atividade exercitada, condição essencial para formalização do convênio com entidades lucrativas.

E isso pelo fato de afigurar-se impossível a obtenção de qualquer lucro pelo partícipe dessa natureza, ou qualquer vantagem monetária, categoria na qual incluída a apropriação de recursos públicos, sob pena de restar descaracterizada a essência do ajuste, que se destina a intentar ações cooperativas e colaborativas, próprias dos convênios, nas quais devem estar presentes os interesses coincidentes e comuns de ambos participantes, para o alcance da finalidade pública almejada. Deflui que os recursos públicos repassados devem ficar vinculados à consecução das atividades conveniadas, não perdendo a natureza de dinheiro público, impondo-se seu emprego tão somente nos objetivos conveniados.

Ainda acerca dos convênios com entidades detentoras de finalidades lucrativas, cumpre trazer à baila o artigo 5º da Constituição Federal, que consagra o princípio da isonomia, determinando a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de

⁴⁶ Parecer nº 5/2014, despacho de desaprovação da autoria de Dora Maria de Oliveira Ramos, procuradora do Estado chefe da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

qualquer natureza, implicando que a lei não poderá ser editada em desconformidade com a igualdade.

É cediço que a Administração Pública só poderá conferir tratamento diverso às pessoas jurídicas se existir exceção no sistema jurídico que assim possibilite ou causa suficiente para buscar a igualdade substancial, havendo o “espontâneo reconhecimento da juridicidade de uma norma diferenciadora quando é perceptível a congruência entre a distinção de regimes estabelecida e a desigualdade de situações correspondentes”.⁴⁷

Advém que deverá ser investigado o critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para que, em face desse elemento desigualador, seja atribuído tratamento jurídico diverso dos aplicados às entidades sem fins lucrativos, em relação às entidades lucrativas, construído em vista de tal desigualdade, e que desautoriza a formalização de convênios com organizações com fins lucrativos.

É adequado afirmar que *“é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arrendamento do gravame imposto”*.⁴⁸

Portanto, a lei não pode conceder tratamento específico vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiares a uma categoria própria, se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

Nesse passo, o que interessa nos convênios celebrados pela Administração Pública com entidades particulares é a busca do interesse público, sem que sobrevenha qualquer tipo de remuneração ao partícipe privado, advindo que, desde que exista a busca do interesse público pelas organizações que institucionalmente detenham finalidades lucrativas, e que não seja atribuída nenhuma remuneração a elas, não haverá nenhum óbice para a celebração de convênios administrativos com essas pessoas jurídicas.

Logo, não é o fato de a pessoa jurídica estar vinculada à busca de lucro em seu contrato social que a impedirá de celebrar convênios com o Poder Público, pois se demonstrar sua manifesta intenção no sentido de atuar gratuitamente na consecução das atividades ajustadas, desde que tal atuação vise à consecução de interesses públicos, nada vedará a parceria, não sendo cabível o critério discriminatório empregado pela doutrina, bem ainda pelo Decreto federal nº 6.170/2007, que vem sendo utilizado para vedar tais formalizações.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 37.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, cit., p. 38.

Destarte, sob a ótica do princípio da isonomia, devem tais entidades ser autorizadas a participar da celebração de convênios com a Administração, a fim de que possam integrar, outrossim, o procedimento isonômico devidamente instalado, como aqui se propõe, com vistas à celebração dos mencionados ajustes.

12. NORMATIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SELETIVO DAS ENTIDADES INTERESSADAS A CONVENIAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Impende aduzir, por derradeiro, que, sob o prisma da possibilidade da edição de atos normativos pelos entes federados, visando a traçar as disposições acerca das formalizações de convênios com entidades lucrativas (e sob os mesmos argumentos, também, com as entidades sem fins lucrativos), como proposto neste estudo, as disposições constitucionais do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, que disciplinam a competência da União quanto à edição de normas gerais acerca das licitações e contratos administrativos, expressada pela Lei nº 8.666/93, na qual incluída a figura do convênio, asseguram que tais normas gerais vinculam obrigatoriamente todos os entes federativos.

Nada obstante tal fato, a execução das políticas públicas encontra-se tão somente na esfera de competência de cada ente político, cabendo a eles tomarem as necessárias decisões políticas, resultando nada vedar que os entes federativos disciplinem acerca da viabilidade das entidades privadas, dada a preponderância da consecução das políticas públicas, celebrarem convênios com a Administração Pública, restando autorizada a edição de ato normativo próprio de cada entidade federada que disponha acerca do procedimento e celebração de convênios com entidades lucrativas e, sob o mesmo enfoque, com entidades sem fins lucrativos.

É certo que há editados os competentes atos normativos do Estado de São Paulo, o Decreto estadual nº 59.215, de 21.05.2013, e, no âmbito do Município de São Paulo, o Decreto municipal nº 49.539, de 29.05.2008, que se omitem sobre a possibilidade ou não da celebração de convênios com entidades detentoras de fins lucrativos, nem o artigo 116 da Lei de Licitações retrata proibição nesse sentido, cabendo mencionar que apenas a União, por força do já mencionado Decreto federal nº 6.170, de 25.07.2007, oferece vedação expressa para tais celebrações, apresentando duvidosa constitucionalidade, por contrariar os princípios da isonomia e da impessoalidade, que se afiguram como pilares básicos dos direitos e garantias fundamentais.

13. CONCLUSÕES

Deveras, o tema convênio administrativo merece uma nova reflexão, ensinando sua revisão, sob o enfoque que se refere à forma e à efetiva necessidade de seleção da entidade privada, com vistas à formalização do ajuste, visto que nada obstante a edição da Constituição Federal datar de mais de 26 anos, os princípios nela

insculpídos, norteadores da conduta da Administração Pública, não vêm sendo prestigiados, elegendo-se os convenientes particulares sem critérios justos, isonômicos, determinados e conhecidos, resultando em uma seleção atentatória aos princípios constitucionais.

Assentando-se a assertiva no sentido de que os convênios celebrados entre entes públicos e particulares devem ser destinados às atividades de fomento, com a finalidade de que a iniciativa privada as desempenhe para alcance do interesse da coletividade, praticando o objetivo público almejado, e em face dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da isonomia, da finalidade, da boa administração, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da economicidade, dentre outros que regulam a conduta da Administração Pública e que devem ser de acatamento impositivo para a celebração e consecução dos convênios administrativos, há a obrigatoriedade de seus cumprimentos rigorosos, vista a possibilidade de várias entidades privadas possuírem interesse na celebração da avença, acarretando que deva ser instalado previamente procedimento administrativo, com vistas à escolha da que melhor atenda aos interesses da coletividade.

Com referência ao procedimento administrativo que deve ser instalado para tais celebrações, é apropriado alegar que não existe nenhuma determinação expressa em lei que imponha a obrigatoriedade da instauração de procedimento licitatório para a formalização da avença. E a desobrigação de licitação para tal fim fundamenta-se principalmente na especificidade do objeto e na necessidade do encontro dos interesses convergentes, acarretando que, devido à sua própria natureza, a pactuação do convênio independe de prévia licitação, e esta se encontra, inclusive, obstada, visto que as atividades praticadas relacionam-se à mútua colaboração dos partícipes, objetivando o alcance do interesse da coletividade e predispondo-se ao cumprimento das metas de interesse público planejadas, sem obtenção de nenhum proveito, melhor vantajosidade ou lucro.

A União, com vistas à seleção de entidades privadas para a formalização de convênios, instituiu o chamamento público, por força do Decreto nº 6.170/2007, que trata de um meio hábil para a seleção de projetos, possuindo regras objetivas para o recebimento e para os repasses de recursos públicos destinados às entidades particulares, dedicando-se a convidar os interessados a participar do procedimento, que se desenvolve mediante a observância obrigatória dos requisitos e exigências constantes do edital de chamamento. Nada obstante, em nível do Estado de São Paulo, e também no Município de São Paulo, inexistem quaisquer regramentos nesse sentido, sendo que os convênios administrativos são celebrados mediante escolha do particular pelo próprio agente público responsável, destituída de quaisquer critérios.

Dessa feita, nada impede que o procedimento administrativo, norteador da seleção das entidades a conveniarem com a Administração Pública Federal, possa

seguir o modelo do chamamento público, que deve ser instituído e disciplinado por cada um dos entes federativos.

Por seu turno, a Administração Pública poderá também instalar um chamamento coletivo, objetivando as celebrações de convênios com todas as entidades interessadas em conveniar com o Poder Público, e tal procedimento, semelhante ao do credenciamento, poderá ser realizado desde que o objeto pretendido possa ser prestado por inúmeras organizações e que o interesse público só seja atendido se ocorrerem as várias celebrações, salientando-se que tal procedimento não deverá ser encerrado enquanto persistir o interesse do Poder Público, bem ainda que os convênios possam ser continuamente entabulados.

Compete salientar, além disso, que as transferências operadas nos convênios são aquelas nas quais inexistente qualquer imposição legal ou constitucional para a efetivação, decorrendo de medidas que visam a substanciar a colaboração ou cooperação entre os entes convenientes, que se destinam à execução do plano de trabalho, não se confundindo com as transferências obstadas às entidades lucrativas, que se relacionam às subvenções econômicas e sociais, bem como as ajudas financeiras, o que denota não existir nenhum impedimento, sob o enfoque constitucional e da Lei nº 4.320/64, para que uma entidade com finalidades lucrativas perceba transferências voluntárias, destinadas à execução do objeto conveniado.

Em face da inexistência de qualquer óbice relativo ao repasse de transferências voluntárias à entidade com fins lucrativos, e sob a ótica do interesse público a ser alcançado, não importa se o partícipe privado atue em todas as suas atividades sem a obtenção de lucro, bastando que, no convênio em particular, atue desinteressadamente na execução da política pública, na esteira da responsabilidade social generalizada, sem exigir contrapartida para a realização do interesse da coletividade.

Por sua vez, ainda sobre as entidades com finalidades lucrativas, não há nenhum critério desigualador plausível e justificativo da proibição imprimida pelo decreto federal e reforçada pela doutrina, em relação à celebração de convênios com elas, já que empregado como argumento apenas o fato de que tais pessoas jurídicas buscam o lucro em suas regulares atividades, afigurando-se inadequada e indevida a discriminação.

Em suma, pelas propostas apresentadas, nada obsta que entidades com finalidades lucrativas, quer lado de entidades sem fins lucrativos, participem do procedimento administrativo tendente à celebração de convênios administrativos, quer em face do chamamento público, quer do chamamento coletivo, que necessariamente deverá ser instituído e normatizado pelos entes federados, posto tratar-se de matéria atinente a políticas públicas, mediante a observância dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, expressos e implícitos, com vistas à eleição da entidade particular que melhor venha a atender, ou das entidades que conjuntamente pratiquem as atividades ajustadas, por meio do convênio a ser firmado, cumprindo-se, assim, o perfeito atendimento dos interesses da coletividade.

14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios públicos: gestão, teoria, prática*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba, PR: Juruá, 2012.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed., 22. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. rev., refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro setor, empresas e estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso avançado de convênios administrativos da União*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

