

Convênios com empresas privadas

Anna Cândida Alves Pinto Serrano¹

Elizabeth Matsushita²

Hilda Sabino Siemons³

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

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

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

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

1. Introdução

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

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ entende que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(destaques no original)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13 Procuradora do Estado Dora Maria de Oliveira Ramos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Transferência de recursos para a execução de atividade lucrativa

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

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

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

3.2.1. Precedente da PGE/SP: inviabilidade

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

3.2.2. Precedente da PGE/RJ: acordo de programa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.4. O entendimento do Tribunal de Contas da União

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

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

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

3.3. Subvenção econômica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.2. Subvenção para a instalação de empresas

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

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

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

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

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

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

3.3.3. Vedações

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

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

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

31 Art. 12 (...)

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

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

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

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

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

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

33 Parecer PA nº 131/2010.

3.4. Prestação de serviços ou atividades essenciais

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

3.5. Cooperação na área de CT&I

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.7. Resumo

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

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

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

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

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

4. Conclusão

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

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

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

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

Bibliografia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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