

Limites da fiscalização exercida pelo ente repassador de recursos em convênios

Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado¹

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto²

Sumário: 1. Introdução. 2. Convênios como instrumento do federalismo de cooperação. 2.1. Controle sobre os recursos repassados por convênios. 3. Breves linhas acerca das rotinas adotadas pela União Federal. 4. Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

Os convênios são definidos classicamente pela doutrina³ como a forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de um interesse comum, mediante mútua colaboração⁴.

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Cursa Especializações em Direito e Economia, na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado, e em Economia e Gestão, na Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas – EESP/FGV. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie e em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw. Graduada em Direito pela Universidade Mackenzie.

3 Apesar do ainda dominante entendimento de que convênios e contratos são instrumentos distintos e que a principal característica a determinar essa distinção está na natureza dos interesses que animam os citados ajustes, a natureza jurídica do convênio, assim como o regime jurídico que lhe é aplicável têm sido alvo de importantes e pertinentes reflexões no âmbito doutrinário. Não obstante, para efeito do presente trabalho, essa discussão não é relevante razão pela qual adotaremos o conceito clássico, sem, contudo, deixar de sublinhar essa importante tendência.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 352.

O objeto do presente artigo circunscreve-se aos ajustes financeiros⁵ celebrados entre entes públicos e, mais especificamente, à extensão do necessário controle sobre os recursos repassados para a consecução do objeto conveniado.

Analisaremos a questão a partir da normativa vigente sobre o tema no Estado de São Paulo e na União, pretendendo, ao final, oferecer contribuições para uma boa prática na modelagem e gestão dos convênios.

2. Convênios como instrumento do federalismo de cooperação

Os convênios entre entes da Administração Pública são mecanismos de cooperação entre governos que poderão, ou não, prever o repasse de recursos de um conveniente para outro.

Tem sua raiz na necessidade de conjugação de esforços para ampliação da capacidade administrativa dos entes com o objetivo de assegurar maior efetividade no cumprimento das incontáveis atribuições que lhe são impostas pela Constituição. O convênio insere-se, portanto, na lógica do federalismo de cooperação.

Esse arquétipo prestigia uma maior aproximação entre os entes que são instados a operar conjuntamente na medida em que as funções são exercidas de forma comum ou concorrente levando a uma maior eficiência na atuação pública.

Marcelo Novelino explicita o contexto em que esse modelo ganha força:

Este modelo se justifica a partir de uma alteração de paradigma acerca da atuação do Estado. A atitude absenteísta, típica do Estado Liberal, cede passagem para uma atuação intervencionista, característica do Es-

5 Segundo Gustavo Alexandre Magalhães, em seu livro *Convênios Administrativos – Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*, “Os convênios financeiros envolvem a transferência de recursos de natureza pecuniária de um partícipe para outro. Trata-se de instrumento de descentralização administrativa utilizada entre entes públicos ou mesmo entre um ente da Administração Pública e um particular. (...) Já os convênios não financeiros não envolvem a transferência de recursos entre os partícipes” (página 206). Embora a conceituação de convênio de natureza financeira seja encontrada no inciso I do parágrafo 1º do art. 1º do Decreto Federal nº 6.170/07, convém ressaltar que esse mesmo tipo de ajuste é encontrado no âmbito dos demais entes federativos.

tado de Bem-Estar Social ou Estado Providência. Neste novo paradigma, o Estado passa a atuar em áreas que até então não lhe competiam, como legislar sobre relações de trabalho, sobre o domínio econômico e social etc. Como consequência, e ante a complexidade das novas atribuições estatais, o federalismo de cooperação estabelece áreas de atuação comuns e concorrentes entre as suas entidades, de modo a concretizá-las, ao menos idealmente, de maneira satisfatória. Consagrado na Alemanha, este modelo passou a ser adotado nos Estados Unidos após a crise da bolsa de Nova York (1929). É também o modelo adotado pela Constituição Brasileira de 1988 (CF, art. 24, entre outros)⁶.

Helena Tavares Torres, ao abordar o tema sob o enfoque financeiro, observa que:

O federalismo brasileiro assume um modelo cooperativo, fundado na *solidariedade* e na garantia do *bem-estar*, que são valores típicos do Estado Social. Por isso, o sistema nacional de federalismo cooperativo contempla as competências das fontes, acompanhadas da distribuição de competências impositivas e dos direitos de participação nos fundos especiais formados com arrecadação de tributos de unidades alheias, geralmente a União.

A *solidariedade* que informa esse sistema de financiamento entre os entes do federalismo é princípio que se deve efetivar, de sorte a garantir a unidade constitucional com o descentralismo das unidades federativas. Por isso, como destaca Gilberto Bercovici, a *solidariedade* é o principal elemento de 'legitimação político constitucional do federalismo'.⁷

Para o assunto que nos toca, é importante compreender o convênio como um dos instrumentos desse modelo cooperativo de federalismo e é a partir desse enfoque que o tema do controle deve ser assimilado.

A Constituição Federal, no parágrafo único do artigo art. 23 prevê que:

6 NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 670.

7 TORRES, Helena Taveira. *Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181561>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Ainda o artigo 241 da CF dispõe:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.⁸

Gustavo Alexandre Magalhaes explica que:

A atuação cooperada entre os entes da federação é essencial para a consecução das finalidades públicas inerentes à atuação da Administração Pública. Os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil descritos no artigo 3º da Constituição constituem fins de todas as pessoas políticas, os quais serão mais facilmente alcançados por meio da atuação conjunta dos entes federativos. O Federalismo de cooperação alastra-se por todas as partes do país, devido às carências múltiplas de serviços públicos e das demais atividades executadas pela Administração.⁹

Essa conjugação de esforços potencializa a atividade estatal porque pode prever o somatório de recursos públicos para a alocação em determinada finalidade administrativa ou o repasse de recursos ao ente que estará em melhor condição de executar o objeto do ajuste.

O convênio constitui, portanto, instrumento à disposição do Estado para a consecução de finalidade pública, em colaboração com outros

8 “Nesse contexto, é possível afirmar que a cooperação entre os entes federados é verdadeiro mecanismo de ampliação da legitimidade democrática e para a afirmação da eficiência da atividade administrativa do Estado brasileiro. O princípio federativo não se opõe, antes exige colaboração dessa ordem. Assim, Marçal Justen Filho lembra que o espírito de cooperação é a base da ideia de federação”. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios Administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. São Paulo: Atlas, 2012, p.27.

9 *In: Convênios Administrativos, Aspectos Polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico*. Editora Atlas 2012, p. 27.

entes, maximizando em quantidade e qualidade a aplicação do recurso público.

A lei geral de licitações dedicou-se pouco à normatização dos convênios, disciplinando de maneira geral¹⁰ o instrumento no artigo 116, e determinando a aplicação da Lei Geral, *no que couber*. Cabe, portanto, a cada ente a edição de norma especial sobre a matéria.

No âmbito da União, os convênios são regulados pelo Decreto nº 6.170/2007 e pela Portaria Interministerial nº 507/2011, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria Geral da União.¹¹

No Estado de São Paulo, a celebração de convênios foi regulamentada pelo Decreto estadual nº 59.215/13 que determina que os ajustes formalizados tenham, dentre outros, *corpo clausulado, contendo cláusulas necessárias que, atendidas as peculiaridades da espécie, disponham sobre: l) forma de prestação de contas, independentemente da que for devida ao Tribunal de Contas do Estado* (artigo 11, §1º, item 3, alínea 'l').

Essa é a moldura normativa em que está inserido o convênio, dentro da qual investigaremos a extensão do controle que deve ser aplicado sobre os recursos públicos repassados de um ente para o outro para a realização do objeto do ajuste.

2.1. Controle sobre os recursos repassados por convênios

O repasse de recursos a título de auxílio financeiro de um ente político a outro denomina-se transferência voluntária e constituem as descentralizações de recursos que buscam a efetivação de ações que estão na esfera de competência do ente repassador.¹² A Lei de Responsabili-

10 “Busca o dispositivo dar cunho de norma geral ao assunto, uma vez que adota a expressão ‘Administração Pública’ no §1º e faz menção à Assembleia Legislativa e à Câmara Municipal do §2º (...) inteira razão se dá Jessé Torres quando, apreciando a matéria, considera que a índole de norma geral só pode ser admitida na observação das exigências mínimas a serem atendidas, não sendo impossível abstrair a competência de estados, municípios e Distrito Federal para também legislar sobre o tema.” (*in: Manual de Convênios Administrativos*, BITTENCOURT, Sidney. Editora Forum, 2012, p. 55).

11 Essa normativa será analisada com maior detalhamento no item III desse artigo.

12 BITTENCOURT, op. cit., p. 51.

dade Fiscal (LC 101/00) define transferência voluntária como *a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde* (art. 25).

Essa transferência de recursos financeiros tem, em verdade, natureza de descentralização de créditos orçamentários do órgão repassador destinados à execução do objeto do convênio.

O tema do controle da aplicação dos recursos públicos tem sede constitucional e decorre, primordialmente, do dever de prestação de contas previsto no artigo 70 da Constituição Federal:

Art. 70. (...)

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Essa obrigação é reforçada pela Lei nº 8.666/93 que atribui à Administração Pública o poder de fiscalizar os contratos administrativos celebrados, conforme disposto no artigo 58, III¹³, prerrogativa que se aplica aos convênios, nos termos do artigo 116.¹⁴

O §3º, inc. I do artigo 116 prevê, ainda, a possibilidade de retenção de parcelas de repasse quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive mediante procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelo órgão competente do sistema de controle interno da Administração Pública.

Questiona-se, portanto, qual é a extensão do controle do órgão repassador sobre o recurso transferido?

13 Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: III - fiscalizar-lhes a execução.

14 Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Para melhor ilustrar o problema, traremos à baila dois exemplos vivenciados pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo para, a partir dos casos concretos, proceder ao exame da questão.

O primeiro caso cuidou de convênio firmado entre o Estado de São Paulo e um Município para transferência de recursos necessários à construção de um equipamento social. A municipalidade, ao realizar a licitação, adjudicou o objeto por valor superior ao constante do edital.

A consulta formulada questionava a possibilidade de aceitação, no momento da prestação de contas, do processo licitatório, considerando a inobservância dos preceitos da Lei nº 8.666/93. A municipalidade argumentou que a licitação era obrigação que lhe competia e que sobre o ente municipal recairia a responsabilidade por eventual irregularidade no certame.

Temos, portanto, uma primeira questão referente à extensão do controle exercido pelo ente repassador: **a licitação e a contratação efetivada pelo ente conveniente deve ser objeto de controle ou prevalece aqui apenas um controle do resultado (objeto efetivamente executado) mantendo-se a autonomia do ente conveniente?**

A resposta nos parece conduzir para a necessidade do controle. Tratando-se a natureza do recurso repassado de transferência voluntária, que se constitui em descentralização de crédito orçamentário, o órgão repassador deve se assegurar da observância da lisura do procedimento licitatório, cuja irregularidade eiva de vício a contratação e, por consequência, a aplicação do recurso¹⁵. A aplicação do recurso é, em verdade, execução orçamentária descentralizada e sobre ela deve recair o mesmo controle que seria aplicado caso se tratasse de execução direta.

15 “(...) ainda que não haja repercussão nos cofres públicos do Estado de São Paulo, conforme se depreende do próprio teor do ofício enviado pela Municipalidade (fls. 454/456), que garantiu assumir o valor das despesas que excederem o valor conveniado, a licitação padece de vício.

26. Assim, tendo em vista que o edital previu o valor máximo de R\$ 513.206,61 (quinhentos e treze mil, duzentos e seis reais e sessenta e um centavos) e que as propostas apresentadas pelos interessados, inclusive pelo licitante vencedor, ultrapassaram o valor estabelecido pelo orçamento-base, a Municipalidade deveria ter desclassificado as propostas conforme previsão do artigo 48, I e II, da Lei nº 8.666/93, e, na ausência de propostas dentro deste patamar, fixado prazo de 08 (oito) dias para apresentação de novas propostas (art. 48, §3º, da Lei nº 8.666/93) ou promovido a publicação de novo edital”. Parecer CJ/SH nº 073/2016.

Esse parece ser o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, como se verifica nos seguintes Acórdãos:

Ademais, a CDHU não pode se posicionar juridicamente como mera repassadora de verbas, eximindo-se de atos e omissões praticados pela entidade conveniada. Digo isso porque o artigo 116, § 3º, da Lei federal nº 8666/93 determina que as parcelas do convênio sejam liberadas pelo concessor somente quando houver estrita conformidade dos atos da conveniada com o plano de aplicação previamente aprovado, devendo as verbas correspondentes ficarem retidas até o efetivo saneamento de eventuais desacertos. Desse modo, de acordo com os incisos do parágrafo em referência, o concessor há de acompanhar de perto a execução e manter controle sobre a consecução do mote conveniado, agindo assim que for verificado desvio não justificado no cumprimento das etapas ou fases programadas, ou quando se configurarem práticas atentatórias aos princípios fundamentais da Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio ou, ainda, quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno. Por essa senda, não basta que a CDHU diga que se cuidava de atos de responsabilidade da Prefeitura. No caso vertente, sem que a Companhia adotasse qualquer medida preventiva ou saneadora, a Municipalidade, utilizando verbas do convênio, contratou terceiros através de instrumento eivado de vícios relevantes, como a falta de cláusulas tidas como essenciais (...) Sendo assim, não obstante o termo de convênio tenha recebido a chancela de aprovação deste Tribunal de Contas, avalio que os elementos colhidos na instrução processual não autorizam juízo favorável com relação à prestação de contas em exame.

TC-040238/026/12 – Órgão Público Concessor: Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU. Órgão Público Beneficiário: Prefeitura Municipal de Santa Cruz da Esperança. Relator: Renato Martins Costa. Publicado em 09/12/2014.

E por assim ser, não há outra conclusão, senão a de que, não só a conveniada descumpriu as normas inerentes quanto à matéria, como a concessionária também as descumpriu, porquanto tinha ela o poder – dever de acompanhar e fiscalizar toda a execução dos convênios, devendo, sim, responder pelo ato faltoso.

TC – 2228/009/08 Órgão Concessor: Prefeitura Municipal de Guapia-
ra. Órgão Beneficiário: Associação Cristã de Moços de Itapeva.
Relator: Dimas Eduardo Ramalho. Publicado em 09/12/2014.

O segundo caso que pretendemos trazer à discussão diz respeito a con-
vênio firmado entre o Estado de São Paulo e um Município para transfe-
rência de recursos necessários para a execução de recapeamento asfáltico.

A consulta formulada questionava a possibilidade de aceitação do
aditamento contratual, de natureza quantitativa, celebrado pelo Muni-
cípio, que ultrapassou o percentual de 25% indicado na Lei nº 8.666/93,
na contratação levada a cabo para a execução do objeto ajustado.

Temos, portanto, uma segunda questão referente à extensão do
controle exercido pelo ente repassador: **o controle deve se dar sobre
eventuais aditivos contratuais realizados pelo ente conveniente? A con-
clusão variaria se eventual acréscimo contratual fosse inteiramente cus-
teado por recursos do ente conveniente?**

Aqui parece-nos que o controle deve ser feito sobre eventual aditivo
contratual realizado na contratação perpetrada para a execução do ob-
jeto conveniado sempre que o acréscimo for suportado por recurso do
ente repassador.

Isso porque o §3º do artigo 116 da Lei nº 8.666/93 ao determinar
a retenção das parcelas do convênio quando verificado práticas atenta-
tórias aos princípios fundamentais de Administração Pública confere ao
ente repassador a obrigação de controle da lisura e adequação de todos
os atos praticados na execução do convênio, no que se inserem eventuais
aditivos contratuais.

Assim, em havendo descumprimento legal, compete ao ente repas-
sador a glosa da parcela até que seja sanada a irregularidade, o que, a
depender da hipótese, poderá levar à extinção do ajuste com a necessária
devolução dos recursos repassados.¹⁶

16 “II - quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução do convênio, ou o inadimplemento do executor com relação a outras cláusulas conveniais básicas”. (g.n)

No entanto, na hipótese proposta como caso-base, esse controle só será razoável na medida em que o aditamento pretendido ou perpetrado em desacordo com a legislação for suportado com recursos públicos do ente repassador. Essa deve ser medida da extensão do controle sob pena de usurpação de competência do ente conveniente, assim como da Corte de Contas a quem incumbe, constitucionalmente e em auxílio ao Poder Legislativo, a fiscalização quanto à legalidade, à legitimidade e à economicidade da aplicação de recursos públicos.

Nessa linha, caso o aditamento seja suportado com recursos do ente conveniente, eventual ilegalidade deverá ser objeto de controle pelos órgãos competentes.

Parece-nos, portanto, que o controle do órgão repassador está circunscrito aos atos que ensejam a aplicação de seus recursos.

Como dito, no âmbito do Estado de São Paulo, a normativa disciplinadora dos convênios ainda é bastante singela, não havendo regramento claro a respeito da extensão do controle a ser exercido pelo ente repassador sobre os recursos transferidos ao conveniente.

Diferentemente, a União, até mesmo pela extensão de sua atuação e pelo protagonismo da Corte de Contas federal, tem construído balizas mais claras sobre o tema, razão pela qual entendemos pertinente tecer um breve apanhado sobre as rotinas adotadas em sede federal para, no final, apresentar proposta de boas práticas na execução dos convênios, para enfrentar os desafios trazidos nesse artigo.

3. Breves linhas acerca das rotinas adotadas pela União Federal

Para a eficiente uniformização dos parâmetros estaduais, interessante observar alguns aspectos da regulamentação adotada no âmbito da União Federal, bem como pronunciamentos advindos do Tribunal de Contas da União, os quais podem auxiliar o caminho a ser percorrido para a fixação e adoção de boas práticas.

De prêmio, importante mencionar o regramento conferido pela Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU nº 507, de 24 de novembro de 2011, que dispõe detalhadamente sobre as normas relativas às transferências de recursos da União, mediante convênios e contratos de repas-

se, disciplinando, em seu capítulo V, o acompanhamento e a fiscalização da execução de ajustes em que a União figure como concedente¹⁷.

Em seus artigos 66 e 67, aludida Portaria estabelece, como regra, a realização de visitas ao local das obras pelo concedente, assim como permite a contratação de serviços de apoio técnico de terceiros para o acompanhamento da execução. Da leitura de tais dispositivos, deduz-se que a fiscalização pretendida não seria apenas aquela procedida pela verificação formal de relatórios de prestações de contas.

No mesmo sentido, o Decreto federal nº 7.983, de 8 de abril de 2013, estabelece regras e critérios para a elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, fixando, inclusive, diretrizes para a celebração de aditivos em obras e serviços de engenharia.

Por oportuno, importante destacar que, segundo entendimento pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, *as transferências voluntárias são instrumentos legais cuja titularidade permanece na esfera do Poder concedente, considerando as finalidades comuns e o interesse público recíproco. Nessa hipótese, apenas a execução é descentralizada, permanecendo federal a titularidade dos recursos, não obstante a transferência financeira para outra esfera*. Este é o ponto determinante para a fixação de competência do TCU, para controle de regularidade da aplicação dos recursos que a União repassa mediante convênio (art. 71, VI, CF).

Pois bem. Seguindo tal premissa, por meio do Acórdão nº 762/2013, proferido pelo seu órgão Plenário, o C. Tribunal de Contas da União pronunciou-se, expressamente, acerca de quais seriam os adequados e suficientes limites da fiscalização exercida pelo ente repassador de recursos federais.

O caso concreto tratou de pedido de reexame interposto pelo Ministério das Cidades – MiCi, representado pela Advocacia Geral da União, contra decisão que determinou a apresentação de *plano de ação*

17 Nos termos do artigo 1º, §2º, da referida Portaria Interministerial, considera-se concedente: “órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos financeiros e pela descentralização dos créditos orçamentários destinados à execução do objeto do convênio”.

com o objetivo de implementar ações para evitar a aplicação de recursos federais em contratos decorrentes de certames irregulares, tendo em vista a recorrência de indícios de irregularidade relativos ao procedimento licitatório das obras fiscalizadas, em especial quanto à restrição à competitividade da licitação devido a critérios inadequados de habilitação e julgamento e à ausência de previsão de critérios de aceitabilidade de preços unitário e global, os quais afrontam a Lei nº 8.666/1993 e possuem potencial de ocasionar prejuízo ao erário.

O órgão fiscalizado sustentou que (i) *não cabe à União – órgão concedente – o controle irrestrito sobre a legalidade dos certames licitatórios promovidos pelos demais entes federados sendo, pois, (ii) desnecessária a apresentação do plano de ação [mencionado], considerando que a Portaria Interministerial 507/2011 já prevê as competências dos agentes envolvidos nas transferências voluntárias.*

Aludido Acórdão traz dinâmica interessante, na medida em que analisa pontualmente cada um dos argumentos tecidos pelo Ministério das Cidades – MiCi, dentre os quais destacaremos apenas alguns, considerados relevantes para a finalidade do presente artigo. A conclusão construída foi no sentido de que a União (leia-se, ente repassador) possui prerrogativas para fiscalizar os procedimentos licitatórios cujo objeto ao final contratado seja suportado com recursos federais. Note-se que tal entendimento confere bastante amplitude aos limites fiscalizatórios, por entender como desejável e exigível a verificação dos termos dos editais de licitação lançados pelos convenientes¹⁸, cujo objeto ao final contratado será custeado com recursos federais.

Por primeiro, o MiCi traz à baila precedente do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o pedido de suspensão de liminar e de sentença nº 1.328-SP ajuizado contra tutela antecipada deferida pelo MM Juízo da 1ª Vara da 8ª Subseção Judiciária de Bauru – SP, mantida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no bojo de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal *com o escopo de assegurar a fiscalização da regular aplicação de verbas federais repassadas a entes públicos*

18 Nos termos do artigo 1º, §2º, II, da Portaria Interministerial, considera-se conveniente: “órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, consórcio público ou entidade privada sem fins lucrativos, com a qual a administração pública federal pactua a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco; também entendido como contratado no âmbito do Contrato de Repasse”.

federados ou entidades privadas, através de convênios ou contratos de repasse, inclusive quanto à regularidade de procedimentos licitatórios deflagrados para tanto.

Com efeito, um dos itens da decisão então recorrida teria determinado que o concedente fiscalizasse a boa e regular aplicação das verbas federais *inclusive quanto à regularidade dos procedimentos licitatórios através dos quais serão ou estão sendo contratadas as obras, serviços e aquisição de bens, somente liberando a verba após a apresentação de cópia integral do processo licitatório e da lista de verificação de sua legalidade, pelo seu departamento jurídico*, na linha do entendimento externado pelo TCU.

Nada obstante, o pedido de suspensão foi deferido pelo Presidente do C. STJ, sob a seguinte fundamentação:

Quando repassa verbas diretamente, ou quando faz isso via Caixa Econômica Federal, a União tem evidentemente interesse em que cumpram sua destinação social. Esse interesse poderia até recomendar, como determinado na decisão judicial, que as verbas só fossem liberadas após o exame detalhado da contratação das obras e serviços, bem como da aquisição de bens que aqueles recursos visam custear. Salvo melhor entendimento, a lei precisaria ser expressa a esse respeito, e não é. Uma lei que dispusesse acerca de tal investigação prévia teria que prover a União, e os delegados seus, de meios para esse efeito. A obrigação imposta pela decisão judicial, sem que haja meios para cumpri-la, paralisa a Administração Federal. Com efeito, nenhum agente público repassará verbas federais sob o guante da responsabilidade pessoal que resultará do descumprimento da ordem judicial. Os prejuízos sociais daí decorrentes serão maiores do que aqueles que poderão advir de eventuais erros ou malfeitos.

Ao apreciar tal precedente trazido pelo MiCi, o Tribunal de Contas da União aduziu que referido pronunciamento não poderia ser adotado como representativo do entendimento do STJ e, mais que isso, *em virtude do princípio da independência das instâncias*, o TCU não est[aria] subordinado ao posicionamento do Poder Judiciário, *mormente o adotado em outros casos*. Este o primeiro ponto cuja reflexão é necessária para operadores do Direito.

Da mesma forma, a Corte de Contas entendeu que a fiscalização em limite mais aprofundado, abarcando, pois e inclusive, os procedimentos

licitatórios lançados pelos convenientes, cujo objeto será custeado com recursos federais, não macularia a autonomia dos demais entes federativos, *na medida em que [seria] interesse dos próprios beneficiários a correta e eficiente aplicação desse numerário*. Afirmou, ademais, que tal fiscalização representaria a atuação de verdadeiro sistema de freios e contrapesos, convergindo para o regime de mútua colaboração que rege os convênios.

Outro aspecto relevante foi o posicionamento da Corte de Contas acerca da atuação da Advocacia Geral da União, instituição que, com o devido paralelismo à Procuradoria Geral do Estado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, competindo-lhe, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal (art. 131 da Constituição Federal).

Quanto ao ponto, o TCU entendeu que caberia ao MiCi *socorrer-se ao Sistema de Controle Interno para exercer essa competência fiscalizatória*, não fazendo referência específica à Advocacia Geral da União. Todavia, a partir de tal manifestação, questiona-se: se não à AGU, a quem caberia a análise da legalidade dos certames realizados pelo conveniente? Esta poderia ser realizada por órgãos técnicos do Ministério interessado? Qual seria o limite de tal verificação?

De fato, não se há de negar que os diplomas legais que regulamentam a atuação da Advocacia Pública, em seus diversos níveis, restringem sua atuação, não permitindo que os serviços de consultoria e assessoramento sejam prestados para outros entes federativos. Contudo, há de se elaborar uma solução conciliadora de tais posicionamentos.

De modo a padronizar a atuação da União Federal e evitar maiores celeumas, a atual Secretaria de Governo da Presidência da República, por intermédio da Comissão de Avaliação e Monitoramento das Parcerias, a partir de insumos advindos da Coordenação Geral de Assuntos Legislativos do Departamento de Assuntos Institucionais e das minutas elaboradas pela Comissão de Atualização dos Modelos de Convênios da Advocacia Geral da União, elaborou minuta padrão de convênio celebrado com entes públicos, com vistas à execução de programas de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua colaboração.

Nesse documento, há cláusulas específicas acerca de aspectos importantes da fiscalização exercida pelo concedente, dentre os quais: (i) acom-

panhamento *in loco*¹⁹, (ii) verificação do procedimento licitatório realizado pelo conveniente, com fixação dos seus limites²⁰, (iii) aprovação do projeto básico pelo concedente²¹ e (iv) fiscalização e avaliação das ações constantes do Plano de Trabalho, com possibilidade de assunção ou transferência da responsabilidade pela execução do objeto, na hipótese de paralisação ou ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade²².

19 Cláusula quarta – Das Obrigações Gerais e cláusula décima primeira – Do Acompanhamento e da Fiscalização.

20 Cláusula nona – Da contratação com terceiros – subcláusula quarta:

“CLÁUSULA NONA – DA CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS O CONVENIENTE deverá observar, quando da contratação de terceiros para execução de obras, serviços ou aquisição de bens vinculados à execução do objeto deste Convênio, as disposições contidas na Lei nº 8.666, de 1993, e demais normas federais pertinentes às licitações e contratos administrativos, inclusive os procedimentos ali definidos para os casos de dispensa e/ou inexigibilidade de licitação.

...

SUBCLÁUSULA QUARTA. O CONCEDENTE deverá verificar o procedimento licitatório realizado pelo CONVENIENTE, no que tange aos seguintes aspectos: I. contemporaneidade do certame; II. compatibilidade dos preços do licitante vencedor com os preços de referência; III. enquadramento do objeto conveniado com o efetivamente licitado, e IV. fornecimento de declaração expressa firmada por representante legal do CONVENIENTE ou registro no SICONV que a substitua, atestando o atendimento às disposições legais aplicáveis ao procedimento licitatório”.

21 “CLÁUSULA NONA – DA CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS – SUBCLÁUSULA PRIMEIRA”

22 “CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DO ACOMPANHAMENTO E DA FISCALIZAÇÃO

Incumbe ao CONCEDENTE exercer as atribuições de acompanhamento, fiscalização e avaliação das ações constantes do Plano de Trabalho, na forma do art. 5º, § 2º, e arts. 65 a 71 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011, podendo assumir ou transferir a responsabilidade pela sua execução, no caso de paralisação ou ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade.

SUBCLÁUSULA PRIMEIRA. O CONCEDENTE designará e registrará no SICONV representante para o acompanhamento da execução deste Convênio, denominado gestor do Convênio, o qual anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à consecução do objeto, adotando as medidas necessárias à regularização das falhas observadas, verificando:

I. a comprovação da boa e regular aplicação dos recursos, na forma da legislação aplicável;

II. a compatibilidade entre a execução do objeto, o que foi estabelecido no Plano de Trabalho e os desembolsos e pagamentos, conforme os cronogramas apresentados;

III. a regularidade das informações registradas pelo CONVENIENTE no SICONV; e

IV. o cumprimento das metas do Plano de Trabalho nas condições estabelecidas.

SUBCLÁUSULA SEGUNDA. A fiscalização pelo CONCEDENTE consistirá em:

I. atesto da aquisição de bens e da execução dos serviços realizados no âmbito do Convênio a cada medição, por meio da verificação da compatibilidade dos quantitativos apresentados nas medições com os quantitativos efetivamente executados, ressalvado o disposto no Título V, Capítulo VII – Do procedimento Simplificado de Fiscalização, Contratação, Execução

e Acompanhamento para Obras e Serviços de Engenharia de Pequeno Valor, da Portaria Interministerial nº 507, de 2011;

II. análise e aprovação das eventuais reformulações de projetos básicos quando houver modificação dos projetos de engenharia e das especificações dos serviços, desde que fundamentadas e justificadas em relatórios técnicos de engenharia elaborados pelo CONVENIENTE, preferencialmente aprovadas pelo responsável técnico pela elaboração dos projetos de engenharia, observando todas as exigências estabelecidas pela Lei nº 8.666, de 1993, para alteração de contratos administrativos;

III. verificação da existência de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, quando se tratar de obras e serviços de engenharia.

SUBCLÁUSULA TERCEIRA. A fiscalização pelo CONVENIENTE consiste na atividade administrativa realizada de modo sistemático, prevista na Lei nº 8.666, de 1993, com a finalidade de verificar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas em todos os seus aspectos, competindo-lhe, ainda:

I. manter profissional ou equipe de fiscalização constituída de profissionais habilitados e com experiência necessária ao acompanhamento e controle das obras e serviços;

II. apresentar ao concedente a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART da prestação de serviços de fiscalização a serem realizados, quando se tratar de obras e serviços de engenharia; e

III. verificar se os materiais aplicados e os serviços realizados atendem aos requisitos de qualidade estabelecidos pelas especificações técnicas dos projetos de engenharia aprovados.

SUBCLÁUSULA QUARTA. No exercício das atividades de fiscalização e acompanhamento da execução do objeto, o CONCEDENTE poderá:

I – valer-se do apoio técnico de terceiros;

II – delegar competência ou firmar parcerias com outros órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos, com tal finalidade; e

III – reorientar ações e decidir quanto à aceitação de justificativas sobre impropriedades identificadas na execução do instrumento.

SUBCLÁUSULA QUINTA. A fiscalização ocorrerá por meio de visitas in loco anuais e pelo encaminhamento semestral, pelo CONVENIENTE, de relatórios de cumprimentos das metas físicas e de aplicação dos recursos.

SUBCLÁUSULA SEXTA. Constatadas impropriedades e/ou irregularidades decorrentes do uso dos recursos ou outras pendências de ordem técnica, obriga-se o CONCEDENTE a notificar, de imediato, o CONVENIENTE, e a suspender a liberação de eventuais recursos pendentes, fixando o prazo estabelecido na legislação pertinente para saneamento ou apresentação de informações e esclarecimentos, podendo ser prorrogado por igual período.

SUBCLÁUSULA SÉTIMA. Recebidos os esclarecimentos e informações solicitados, o CONCEDENTE apreciará e decidirá quanto à aceitação das justificativas apresentadas.

SUBCLÁUSULA OITAVA. Findo o prazo da notificação de que trata a Subcláusula Quinta, sem a regularização ou aceitação das justificativas apresentadas, o gestor do Convênio do CONCEDENTE realizará a apuração do dano e comunicará o fato ao CONVENIENTE, preferencialmente pelo SICONV, para que seja ressarcido o valor respectivo, sob pena de instauração de Tomada de Contas Especial.

SUBCLÁUSULA NONA. Aquele que, por ação ou omissão, causar embaraço, constrangimento ou obstáculo à atuação do CONCEDENTE e dos órgãos de controle interno e externo do Poder Executivo Federal, no desempenho de suas funções institucionais relativas ao acompanhamento e fiscalização dos recursos federais transferidos, ficará sujeito à responsabilização administrativa, civil e penal.

Em anexo à minuta-padrão, há, ainda, *check-list* elaborado pela Advocacia Geral da União, que visa a orientação da Administração quanto à instrução de tais processos administrativos.

Referida padronização confere maior estabilidade jurídica ao sistema, por meio da uniformização de procedimentos, e permite a incorporação de algumas diretrizes previstas nos regulamentos federais e em decisões oriundas das Cortes de Contas, trazendo, inclusive, os limites entendidos como adequados e suficientes, para a União, para fiscalização dos procedimentos licitatórios.

4. Conclusão

Ante as experiências aqui coligidas, e sem pretensão de solução de tema que representa verdadeira agrura para a Administração, é possível vislumbrar algumas boas práticas, dentre as quais poderiam ser citadas: (i) maior detalhamento da norma regulamentar que rege as transferências voluntárias de recursos do Estado; (ii) elaboração de minuta-padrão de convênio a ser adotada no âmbito do Estado de São Paulo, incluindo, por exemplo, cláusulas que obriguem a utilização das minutas-padrão de contratação institucionalmente aprovadas pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, bem como estabeleçam regra segundo a qual acréscimos decorrentes de eventual aditivo celebrado nos contratos de execução firmados pelo convenientes serão por estes custeados; (iii) aprovação formal de projetos básicos ou termos de referência por técnicos das Secretarias de Estado interessadas e (iv) prévia submissão das principais peças dos certames licitatórios aos órgãos técnicos das Pastas, de modo a verificar o atendimento às orientações institucionais traçadas, tais como a juntada de declaração de adoção de minutas-padrão institucionais e observância de regras relacionadas à orçamentação.

Bibliografia

DI. PIETRO. Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

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

BITTENCOURT, Sidney. *Manual de Convênios Administrativos*. 3. ed. Editora Fórum, 2012.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. – 9. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TORRES, Heleno Taveira. *Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro*. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=181561>>. Acesso em: 17 abr. 2017.