

ROVAL, Armando Luiz. Lei Anticorrupção, desestímulo empresarial? Artigo publicado no jornal Valor Econômico do dia 02 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/3570458/lei-anticorruptao-desestimulo-empresarial>. Acesso em: 12 Jul. 2014

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Ponderações sobre o compliance criminal. Artigo publicado no jornal Valor Econômico em 01 de julho de 2014. Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3599626/ponderacoes-sobre-o-compliance-criminal>. Acesso em: 12 Jul. 2014.

TRAUTMAN, Lawrence J; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *Lawyers, Guns and Money – The Bribery Problem and U.K Bribery Act*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2276738>.

TRAUTMAN, Lawrence J; ALTENBAUMER-PRICE, Kara. *The Foreign Corrupt Practices Act: Minefield for Directors*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1930190>.

UNITED KINGDOM. *Impact Assessment of Bill on reform of the law on bribery. Ministry of Justice. United Kingdom*. Disponível em: <http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bills-acts/bribery-bill-ia.pdf>. Acesso em: 29 Jul. 2014.

ZANCHIN, Kleber Luiz. *Inconstitucionalidade da Lei Anticorrupção*. Artigo publicado no jornal Valor Econômico de 24 de março de 2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/3490548/inconstitucionalidade-da-leianticorruptao#ixzz37IZYupoN>. Acesso em: 2 Ago. 2014.

ZAHEER, Sonia, Brazil's Landmark Clean Companies Act: Comparison to the OECD Anti-Bribery Convention and Issues (March 1, 2014). Pags. 20-21. Disponível SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2417155> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2417155>.

## O PAPEL DOS CONTROLES INTERNOS PARA GARANTIA DA PROIBIDADE NA GESTÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE PRÁTICA DE CONVÊNIOS

Denis Moreira Monassa Martins\*  
Rodrigo Crelier Zambão da Silva\*\*

**Sumário** - Introdução. 1. Conceituação de convênio. Disciplina normativa. Semelhanças e distinções entre convênios e contratos. Objetos possíveis e limitações. 2. Convênios e licitação. A escolha do parceiro privado. Aplicação de recursos públicos. 3. Formalização das iniciativas: plano de trabalho, projetos básico e executivo e elementos essenciais de instrução. Conteúdo mínimo do ajuste. 4. Pontos relevantes da prática dos convênios: contrapartida, despesas de custeio, sobreposição de parceiros e atividades lucrativas. Antecipação do repasse de recursos. Consequências do desfazimento da parceria. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas

### Introdução

Os convênios estão na ordem do dia, para o bem ou o mal. De fato, representam um dos canais de cooperação institucional entre as esferas pública e privada que tem encontrado maior receptividade, viabilizando parcerias para execução de iniciativas de interesse coletivo; na outra face da moeda, figuram em escândalos de desvio e mau emprego de dinheiro público.

Apesar de existir, no cenário nacional, legislação que estabelece de forma razoavelmente clara as condições para a celebração de convênios e para o repasse e emprego de recursos públicos através destes veículos, um breve olhar sobre a atuação das Cortes de Contas na fiscalização dos recursos públicos transferidos através destas parcerias revela inúmeras situações de conflito entre o que dispõem as regras e a realidade verificada na praxe administrativa das diversas esferas federativas.

As causas são as mais diversas: vão da falta de capacitação dos partícipes, tanto privados como públicos, até a deficiente estruturação dos entes concedentes para selecionar parceiros e projetos e monitorar e fiscalizar os valores repassados. Não são raras as ocorrências que chegam aos órgãos de controle envolvendo a identificação de impropriedades nas várias fases de um convênio, da formulação de propostas à execução do objeto e prestação de contas.

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

\*\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Nesta ordem de ideias, ganha destacado relevo o papel dos controles internos – e, mais especificamente, da advocacia pública como exercente do controle interno de juridicidade das iniciativas da Administração Pública. Com efeito, um escrutínio atento é essencial para prevenir irregularidades e assegurar a observância do dever de probidade inerente à gestão pública.

Este artigo pretende examinar a atuação dos controles internos em matéria de convênios a partir da identificação e análise de potenciais focos de problemas verificados em iniciativas deste jaez. Como conclusão propositiva, sugeriremos linhas de atuação à Administração Pública com vistas a prevenir impropriedades e fortalecer a gestão pública sob o viés da probidade.

### 1. Conceituação. Disciplina normativa. Semelhanças e distinções entre convênios e contratos. Objetos possíveis e limitações.

Antes de iniciar a análise do tema, uma breve nota explicativa. Para fins didáticos, o termo “convênio” é empregado, ao longo deste estudo, com o mesmo sentido e alcance que sempre lhe atribuiu a doutrina especializada e que adotado nos diplomas normativos editados até antes do advento da Lei nº 13.019/14, também conhecida como Marco Regulatório das Parcerias Voluntárias com Organizações da Sociedade Civil<sup>1</sup>. Não se fará uso, aqui, da definição mais restritiva criada pelo art. 84 da nova lei, segundo a qual a figura do convênio se limita às parcerias firmadas entre os entes federados. É dizer: quando adotada a expressão “convênio”, se estará fazendo referência a seu significado mais tradicional (sentido amplo), que abrange, na nova classificação da Lei nº 13.019/14, tanto o gênero das *parcerias voluntárias* com organizações da sociedade civil (formalizadas mediante *termos de colaboração e termos de fomento*) como os convênios *stricto sensu*, com entes federativos.

O conceito consagrado na doutrina administrativista, em breves linhas, é o de que convênios são acordos firmados por entes públicos, entre si próprios ou com particulares, para atuação em regime de cooperação visando a um objetivo comum aos partícipes. Na abalizada definição de MARÇAL JUSTEN FILHO,

“O convênio público consiste numa avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Administração Pública, comprometem-se a atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo. A característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum. O convênio não produz benefícios ou vantagens econômicas para nenhuma das partes (...)”<sup>2</sup>

No ordenamento infraconstitucional, perdurava como principal referência legal, antes da edição da Lei nº 13.019/14, o artigo 116 da Lei nº 8.666/93 (Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos), segundo o qual “[a]plicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. É interessante notar, portanto, que os convênios por longo tempo não receberam tratamento em diploma legal específico: sua disciplina tomava por empréstimo o regime dos contratos administrativos. Nada obstante, há que se lhes reconhecer características e objetivos próprios, extraídos não apenas do precitado dispositivo como das normativas infralegais específicas que delinham e diferenciam o instituto de outras figuras jurídicas próximas<sup>3</sup>.

A consagrada lição de HELY LOPES MEIRELLES resume a diferença fundamental entre contratos e convênios:

“No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários); uma, que pretende o objeto (a obra, o serviço etc.); outra, que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões.”<sup>4</sup>

Os convênios são disciplinados, em nível federal, no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, e na Portaria Interministerial nº 507/MP/MF/CGU, de 24 de novembro de 2011. Ambos foram alvo de diversas modificações nos últimos anos, com o fito de acompanhar a evolução da matéria na prática administrativa. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto nº 44.879, de 18 de julho de 2014, é o marco normativo, cuidando essencialmente da celebração e execução de convênios que impliquem dispêndio financeiro por órgãos e entidades da Administração Pública estadual.

Dois outros diplomas legais têm relevância para o tema, por fixarem condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas: a Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>5</sup> e a lei de diretrizes orçamentárias<sup>6</sup> de cada ente federado.

<sup>3</sup> “(...) é inescusável que estes instrumentos [convênios] possuem configuração jurídica particular, o que justificou que a Lei nº 8.666/1993 indicasse tratamento diferenciado aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres. Quando utiliza a expressão “no que couber”, a Lei reconhece a diferenciação dos institutos, permitindo que estes se submetam a critérios diversos, como os estabelecidos neste artigo 116 do estatuto”. (TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodium, 2009. pp. 346/348.)

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>5</sup> Vide arts. 4º, I, f (estatuí que as leis de diretrizes orçamentárias disporão sobre “demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas”); art. 11, parágrafo único, e art. 25 (fixam exigências e limitações para transferências voluntárias).

<sup>6</sup> Tomando por referência a Lei nº 12.919/13 (LDO 2014), vejamos principalmente as Seções I (Das Transferências para o Setor Privado – arts. 54 e ss.) e II (Das Transferências Voluntárias – arts. 60 e ss.) do Capítulo IV.

<sup>1</sup> A Lei nº 13.019/14 encontra-se em *vacatio legis*. Segundo o art. 88 da Lei (publicada no Diário Oficial da União de 1º/set/2014), com a redação dada pela Medida Provisória nº 684/2015, o diploma legal entrará em vigor após decorridos 540 (quinhentos e quarenta) dias de sua publicação oficial.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 431.

Vale indagar, neste momento, a real serventia dos convênios. Para tanto, lancemos um rápido olhar sobre as diferentes situações nas quais o instrumento é empregado.

Uma primeira finalidade dos convênios é servir como instrumentos de cooperação entre entes federativos, efetivando transferências voluntárias de recursos na forma do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>7-8</sup>. Neste contexto, os convênios apresentam-se como eficientes mecanismos de descentralização da execução de políticas públicas, viabilizando a implantação abrangente de programas de governo. Este, aliás, é um papel que tem tradicionalmente cabido aos convênios na atuação administrativa ao longo dos tempos, notadamente a partir da edição do Decreto-Lei nº 200/67, que estabeleceu ampla reforma administrativa, prevendo, entre outras medidas, a descentralização das atividades da administração federal para as unidades federadas<sup>9</sup>.

Ademais, convênios servem ao fomento de atividades de interesse público, pois formalizam colaborações entre o Estado e particulares para que estes últimos realizem suas próprias finalidades. Justifica-se o estímulo à iniciativa privada, evidentemente, na medida em que importa em algum benefício à coletividade. Prestigia-se, desta forma, o princípio da subsidiariedade, que apregoa que os atores locais, mais próximos aos indivíduos e à região em que atuam, em regra estão em posição privilegiada, em relação aos entes maiores, para desempenhar atividades pontuais. Noutro prisma, referido princípio impõe que o Estado não interfira

diretamente onde o particular possa atuar com seus próprios recursos, ou que apenas incentive uma atividade de interesse público quando a iniciativa privada não queira ou tenha meios de autonomamente desempenhá-la<sup>10</sup>

Talvez, porém, tão importante quanto elencar as possíveis finalidades do instrumento seja esclarecer o que *não* pode ser objeto de um convênio. O rol de objetos vedados da novel Lei nº 13.019/14 bem exemplifica<sup>11</sup> os principais casos de malversação da figura do convênio verificados na praxe administrativa, a maioria deles ligado a tentativas de se esquivar às rigorosas exigências que antecedem a formação de um verdadeiro contrato – notadamente a licitação<sup>12</sup>.

Com efeito, o Poder Público não pode se servir dos convênios como sucedâneo contratual. Por todos, citemos RONNY CHARLES:

“O que tem se verificado na prática é a situação comum em que determinados administradores tentam utilizar a denominação “convênio” para a formatação de verdadeiros contratos, em que há evidentes interesses pecuniários e paralelos, claras prestações de serviços, como, por exemplo, contratações de certas pesquisas ou até mão-de-obra. Tal atitude é equivocada, incorrendo em ilegalidade sua utilização para fins de burla às exigências licitatórias.”<sup>13</sup>

Um primeiro ponto, portanto, que deve ser alvo de escrutínio pelo advogado público, no exercício do controle interno de legalidade, é a própria adequação do

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Parcerias na administração pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 232: “(...) no Estado Subsidiário, o Estado só presta as atividades que o particular não pode desenvolver ou ajuda o particular quando a iniciativa privada seja insuficiente. (...) Assim é 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; também no âmbito das atividades sociais, com ou sem fins lucrativos, como a cultura, a pesquisa, a educação, a assistência social, o Estado tem a opção de prestá-las como serviços públicos próprios ou de incentivar o particular a prestá-las como serviços públicos impróprios”. [os grifos são do original]

<sup>11</sup> De acordo com o art. 40 da Lei nº 13.019/14, são objetos vedados: (i) delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado; (ii) prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado; (iii) a contratação de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado; (iv) o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens.

<sup>12</sup> Ilustrando a desvirtuação do objeto de um convênio, cite-se a jurisprudência do STJ: Resp 887600/SP – Segunda Turma – Min. Eliana Calmon Administrativo - Processo Civil - Convênio - Coleta de Resíduos Sólidos - Acórdão Recorrido - Omissão - Inexistência Expressa Abordagem dos Temas Aviados em Embargos de Declaração Art. 10, XI, da Lei 8.429/92 - Prequestionamento - não-Ocorrência - Súmula 282/STF - Art. 422 Do CC e Art. 116, § 1º, Da Lei 8.666/93 - Matéria de Fato - Súmula 7/STJ.

(...)  
3. A Corte local entendeu inexistir interesse comum na promoção do convênio, bem como a comprovação dos requisitos previstos no art. 116, § 1º, da Lei 8.666/93, julgados de valor sobre matéria fático-comprobatória insuscetível de exame na via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. A presença de boa fé não implica na validade da adoção de convênio como modalidade de contratação, pois a violação ao patrimônio público também ocorre por culpa na adoção do instrumento administrativo adequado à contratação, na espécie a licitação com ampla possibilidade de competição. [grifos nossos]

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.”

<sup>13</sup> Idem. pp. 346/348.

<sup>7</sup> É interessante lembrar que o veto presidencial ao inciso II do § 1º do art. 25 (que buscava condicionar a realização de transferências voluntárias à sua formalização por meio de convênio) teve o efeito prático de tornar o convênio uma de diversas opções. Assim se justificou o veto: “O estabelecimento desta exigência em lei complementar compromete importantes programas de responsabilidade deste Ministério [da Educação], onde a eliminação da figura do convênio proporcionou notável avanço quantitativo e qualitativo. (...) a exigência de convênio em lei complementar inviabiliza futuras experiências de simplificação de procedimentos no âmbito da Administração Pública, em programas onde aquele instrumento mostra-se progressivamente dispensável ou substituível por outros mais modernos e eficazes. Considerando a possibilidade de restabelecimento da exigência de convênio para as transferências voluntárias anualmente e com as devidas exceções, na lei de diretrizes orçamentárias, é de todo recomendável a supressão do dispositivo em tela, por tratar-se de norma que contraria o interesse público.”

<sup>8</sup> “Embora os entes federativos brasileiros possuam autonomia política (o que engloba a autonomia financeira), no dia a dia da Administração Pública fica claro que se não fosse a liberação de verbas específicas pelo Governo Federal muitos entes (principalmente municípios pequenos de regiões mais pobres do país) ficariam sem condições de prover as necessidades básicas da população. Dessa forma, são repassadas mensalmente quantias significativas a entes públicos e privados, no intuito de permitir que as necessidades, principalmente as sociais, sejam atendidas da maneira mais eficiente possível. É nesse contexto que o intuito do convênio ganha enorme destaque no âmbito do Direito Administrativo, embora a figura não se restrinja a acordos com repasse de verbas”. (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de e MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios e Consórcios Públicos*, in *Consórcios Públicos. Instrumentos de Federalismo de Cooperação*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 136).

<sup>9</sup> Há interessante análise histórica sobre o tema em AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênios e tomadas de contas especiais*: manual prático. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Recorde-se que o Decreto-Lei nº 200/67 arrola a celebração de convênios como uma das principais formas de descentralização administrativa, e no parágrafo 5º do artigo 10 destaca que a execução de programas federais de caráter nitidamente local, ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

convênio como formatação jurídica para a proposição partida do gestor público. Será útil perquirir elementos como, v. g., o grau de terceirização das atividades a cargo do convenente, para que se avalie se o objeto do pacto consubstancia uma necessidade de interesse público comum a ambos, ou, ao invés, mascara uma relação contraprestacional.

## 2. Convênios e licitação. A escolha do parceiro privado. Aplicação de recursos públicos.

A seleção de parceiros privados para celebração de convênios é uma preocupação premente da doutrina. Frise-se que o exercício adequado da função de controle interno de um ente público começa já pela seleção criteriosa dos parceiros. Tanto o Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10, § 1º, “b”) como a Portaria Interministerial nº 507/11 (art. 1º, § 3º) e a Lei nº 13.019/14 (art. 24, §1º, VII, “c”) afirmam textualmente que convênios somente podem ser celebrados com entidades públicas ou privadas que disponham de condições técnicas para executá-los, e para execução de objetos ligados a suas atividades.

A recíproca, aqui, é verdadeira: a Corte de Contas federal usa advertir aos administradores públicos que formalizem convênios apenas na medida em que seus órgãos e entidades disponham de condições operacionais de avaliar adequadamente os planos de trabalho, acompanhar a concretização dos objetivos previstos nas avenças, bem como de analisar, em prazo oportuno, todas as respectivas prestações de contas<sup>14</sup>. É seu entendimento também que dificuldades administrativas e a ausência de adequada estrutura de gerenciamento não servem para elidir irregularidades em convênios, sendo dever do ente recebedor dotar-se de adequada capacidade administrativa para utilizar os recursos públicos, o que inclui a capacidade de gestão do próprio titular<sup>15</sup>.

Sobre a escolha do partícipe, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO<sup>16</sup> manifesta opinião no sentido da desobrigação de licitar. Outros autores, adotando a mesma linha de raciocínio, propugnam pela adoção de procedimentos que assegurem a impessoalidade e isonomia na escolha. Por fim, mestres como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>17</sup> entendem haver o dever de licitar em regra, convergindo, todavia, para a mencionada proposta de procedimentos formais simplificados que legitimem uma escolha objetiva e impessoal.

No sentido da corrente intermediária, são esclarecedoras as palavras de LUCAS ROCHA FURTADO:

“A distinção entre convênio e contrato é importante porque, não obstante os convênios sejam disciplinados, subsidiariamente,

<sup>14</sup> Acórdão TCU nº 1687/09 – Plenário.

<sup>15</sup> Acórdão TCU nº 429/05 – Plenário.

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 215: “A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. (...) Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. (...)”

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 635/636: “Para travar convênios com entidades privadas – salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade.”

pela regras previstas na Lei nº 8.666/93, efetivamente, a celebração de convênio não exige a prévia realização de licitação. (...) Tratando-se de interesses comuns e atendimento das expectativas individuais, não há que se falar em “melhor proposta”, mas apenas em rateio de custos e benefícios entre todos os partícipes. Daí porque não se faz licitação para a celebração de convênios.

(...) Não obstante não seja possível realizar licitação para a escolha da entidade com a qual será firmado o convênio, chamam a atenção os vultosos recursos públicos repassados por meio destes instrumentos a entidades privadas e a absoluta falta de mecanismos para a escolha da entidade privada (...) Urge a criação em nosso sistema legislativo de mecanismos objetivos e impessoais que permitam ao Poder Público escolher objetivamente as entidades privadas com as quais serão celebrados convênios, termos de parceria ou outros acordos congêneres. A inexistência desses mecanismos legais constitui um dos maiores ralos de dinheiro público e constante fonte de corrupção, fraudes e desvios. (...) Entendemos que a redução da discricionariedade do administrador público, discricionariedade que no presente caso beira a arbitrariedade, e a exigência de escolhas motivadas reduziriam significativamente as fraudes existentes em nosso País no relacionamento entre as entidades do terceiro setor e o poder público.”<sup>18</sup>

Este é ponto em que houve significativa evolução normativa. A redação inicial do Decreto nº 6.170/07 atendia apenas em parte às críticas que vimos de expor, se limitando a *facultar*, a exclusivo critério do concedente, a realização de processo seletivo (chamamento público) para seleção de projetos e entidades, pautado pela publicidade e objetividade. Houve, todavia, benfeza alteração da normativa em 2011, para tornar o chamamento público obrigatório, tal como o faz o Decreto fluminense nº 44.879/14. Tal obrigatoriedade foi elevada ao *status* de lei no art. 24 do novo Marco Regulatório das Parcerias Voluntárias.

A atenção dos órgãos de controle interno deve recair, cremos, na aplicação das exceções à regra estatuída. O mecanismo concebido pela Lei nº 13.019/14 e pelo Decreto fluminense para excepcionar a regra consiste em exigir a *justificativa detalhada* da escolha do convenente, nos moldes do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, de parte da autoridade máxima do órgão concedente, como forma de controle da discricionariedade administrativa. Desta forma, quando o gestor público não puder se desincumbir do ônus argumentativo de demonstrar a adequação da escolha de um parceiro em específico, impõe-se-lhe o dever de submeter a proposta a procedimento seletivo.

Do tratamento positivado dado à matéria, se destacam algumas tendências salutaras: a legitimação da escolha mediante procedimento formal; a inafastável

<sup>18</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 413/414.

Nesta ordem de ideias, ganha destacado relevo o papel dos controles internos – e, mais especificamente, da advocacia pública como exercente do controle interno de juridicidade das iniciativas da Administração Pública. Com efeito, um escrutínio atento é essencial para prevenir irregularidades e assegurar a observância do dever de probidade inerente à gestão pública.

Este artigo pretende examinar a atuação dos controles internos em matéria de convênios a partir da identificação e análise de potenciais focos de problemas verificados em iniciativas deste jaez. Como conclusão propositiva, sugeriremos linhas de atuação à Administração Pública com vistas a prevenir impropriedades e fortalecer a gestão pública sob o viés da probidade.

### 1. Conceituação. Disciplina normativa. Semelhanças e distinções entre convênios e contratos. Objetos possíveis e limitações.

Antes de iniciar a análise do tema, uma breve nota explicativa. Para fins didáticos, o termo “convênio” é empregado, ao longo deste estudo, com o mesmo sentido e alcance que sempre lhe atribuiu a doutrina especializada e que adotado nos diplomas normativos editados até antes do advento da Lei nº 13.019/14, também conhecida como Marco Regulatório das Parcerias Voluntárias com Organizações da Sociedade Civil<sup>1</sup>. Não se fará uso, aqui, da definição mais restritiva criada pelo art. 84 da nova lei, segundo a qual a figura do convênio se limita às parcerias firmadas entre os entes federados. É dizer: quando adotada a expressão “convênio”, se estará fazendo referência a seu significado mais tradicional (sentido amplo), que abrange, na nova classificação da Lei nº 13.019/14, tanto o gênero das *parcerias voluntárias* com organizações da sociedade civil (formalizadas mediante *termos de colaboração e termos de fomento*) como os convênios *stricto sensu*, com entes federativos.

O conceito consagrado na doutrina administrativista, em breves linhas, é o de que convênios são acordos firmados por entes públicos, entre si próprios ou com particulares, para atuação em regime de cooperação visando a um objetivo comum aos partícipes. Na abalizada definição de MARÇAL JUSTEN FILHO,

“O convênio público consiste numa avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Administração Pública, comprometem-se a atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo. A característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum. O convênio não produz benefícios ou vantagens econômicas para nenhuma das partes (...)”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> A Lei nº 13.019/14 encontra-se em *vacatio legis*. Segundo o art. 88 da Lei (publicada no Diário Oficial da União de 1º set/2014), com a redação dada pela Medida Provisória nº 684/2015, o diploma legal entrará em vigor após decorridos 540 (quinhentos e quarenta) dias de sua publicação oficial.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 431.

No ordenamento infraconstitucional, perdurava como principal referência legal, antes da edição da Lei nº 13.019/14, o artigo 116 da Lei nº 8.666/93 (Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos), segundo o qual “[a]plicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. É interessante notar, portanto, que os convênios por longo tempo não receberam tratamento em diploma legal específico: sua disciplina tomava por empréstimo o regime dos contratos administrativos. Nada obstante, há que se lhes reconhecer características e objetivos próprios, extraídos não apenas do precitado dispositivo como das normativas infralegais específicas que delineiam e diferenciam o instituto de outras figuras jurídicas próximas<sup>3</sup>.

A consagrada lição de HELY LOPES MEIRELLES resume a diferença fundamental entre contratos e convênios:

“No contrato, as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários); uma, que pretende o objeto (a obra, o serviço etc.); outra, que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões.”<sup>4</sup>

Os convênios são disciplinados, em nível federal, no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, e na Portaria Interministerial nº 507/MP/ME/CGU, de 24 de novembro de 2011. Ambos foram alvo de diversas modificações nos últimos anos, com o fito de acompanhar a evolução da matéria na prática administrativa. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o Decreto nº 44.879, de 18 de julho de 2014, é o marco normativo, cuidando essencialmente da celebração e execução de convênios que impliquem dispêndio financeiro por órgãos e entidades da Administração Pública estadual.

Dois outros diplomas legais têm relevância para o tema, por fixarem condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas: a Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>5</sup> e a Lei de diretrizes orçamentárias<sup>6</sup> de cada ente federado.

<sup>3</sup> “(...) é inescusável que estes instrumentos [convênios] possuam configuração jurídica particular, o que justificou que a Lei nº 8.666/1993 indicasse tratamento diferenciado aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres. Quando utiliza a expressão “no que couber”, a Lei reconhece a diferenciação dos institutos, permitindo que estes se submetam a critérios diversos, como os estabelecidos neste artigo 116 do estatuto”. (TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodium, 2009, pp. 346/348.)

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

<sup>5</sup> Vide arts. 4º, I, f (estatuí que as leis de diretrizes orçamentárias disporão sobre “demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas”); art. 11, parágrafo único, e art. 25 (fixam exigências e limitações para transferências voluntárias).

<sup>6</sup> Tomando por referência a Lei nº 12.919/13 (LDO 2014), vejamos principalmente as Seções I (Das Transferências para o Setor Privado - arts. 54 e ss.) e II (Das Transferências Voluntárias - arts. 60 e ss.) do Capítulo IV.

Vale indagar, neste momento, a real serventia dos convênios. Para tanto, lancemos um rápido olhar sobre as diferentes situações nas quais o instrumento é empregado.

Uma primeira finalidade dos convênios é servir como instrumentos de cooperação entre entes federativos, efetivando transferências voluntárias de recursos na forma do art. 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>7-8</sup>. Neste contexto, os convênios apresentam-se como eficientes mecanismos de descentralização da execução de políticas públicas, viabilizando a implantação abrangente de programas de governo. Este, aliás, é um papel que tem tradicionalmente cabido aos convênios na atuação administrativa ao longo dos tempos, notadamente a partir da edição do Decreto-Lei nº 200/67, que estabeleceu ampla reforma administrativa, prevendo, entre outras medidas, a descentralização das atividades da administração federal para as unidades federadas<sup>9</sup>.

Ademais, convênios servem ao fomento de atividades de interesse público, pois formalizam colaborações entre o Estado e particulares para que estes últimos realizem suas próprias finalidades. Justifica-se o estímulo à iniciativa privada, evidentemente, na medida em que importa em algum benefício à coletividade. Prestigia-se, desta forma, o princípio da subsidiariedade, que apregoa que os atores locais, mais próximos aos indivíduos e à região em que atuam, em regra estão em posição privilegiada, em relação aos entes maiores, para desempenhar atividades pontuais. Noutro prisma, referido princípio impõe que o Estado não interfira

<sup>7</sup> É interessante lembrar que o veto presidencial ao inciso II do § 1º do art. 25 (que buscava condicionar a realização de transferências voluntárias à sua formalização por meio de convênio) teve o efeito prático de tornar o convênio uma de diversas opções. Assim se justificou o veto: “O estabelecimento desta exigência em lei complementar compromete importantes programas de responsabilidade deste Ministério [da Educação], onde a eliminação da figura do convênio proporcionou notável avanço quantitativo e qualitativo. (...) a exigência de convênio em lei complementar inviabiliza futuras experiências de simplificação de procedimentos no âmbito da Administração Pública, em programas onde aquele instrumento mostra-se progressivamente dispensável ou substituível por outros mais modernos e eficazes. Considerando a possibilidade de restabelecimento da exigência de convênio para as transferências voluntárias anualmente e com as devidas exceções, na lei de diretrizes orçamentárias, é de todo recomendável a supressão do dispositivo em tela, por tratar-se de norma que contraria o interesse público.”

<sup>8</sup> “Embora os entes federativos brasileiros possuam autonomia política (o que engloba a autonomia financeira), no dia a dia da Administração Pública fica claro que se não fosse a liberação de verbas específicas pelo Governo Federal muitos entes (principalmente municípios pequenos de regiões mais pobres do país) ficariam sem condições de prover as necessidades básicas da população. Dessa forma, são repassadas mensalmente quantias significativas a entes públicos e privados, no intuito de permitir que as necessidades, principalmente as sociais, sejam atendidas da maneira mais eficiente possível. É nesse contexto que o intuito do convênio ganha enorme destaque no âmbito do Direito Administrativo, embora a figura não se restrinja a acordos com repasse de verbas”. (ARAÚJO, Flóridalvo Dutra de e MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios e Consórcios Públicos*. in *Consórcios Públicos. Instrumentos de Federalismo de Cooperação*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 136).

<sup>9</sup> Há interessante análise histórica sobre o tema em AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênios e tomadas de contas especiais*: manual prático. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. Recorde-se que o Decreto-Lei nº 200/67 arrola a celebração de convênios como uma das principais formas de descentralização administrativa, e no parágrafo 5º do artigo 10 destaca que a execução de programas federais de caráter nitidamente local, ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

diretamente onde o particular possa atuar com seus próprios recursos, ou que apenas incentive uma atividade de interesse público quando a iniciativa privada não queira ou tenha meios de autonomamente desempenhá-la<sup>10</sup>

Talvez, porém, tão importante quanto elencar as possíveis finalidades do instrumento seja esclarecer o que *não* pode ser objeto de um convênio. O rol de objetos vedados da novel Lei nº 13.019/14 bem exemplifica<sup>11</sup> os principais casos de malversação da figura do convênio verificados na praxe administrativa, a maioria deles ligado a tentativas de se esquivar às rigorosas exigências que antecedem a formação de um verdadeiro contrato – notadamente a licitação<sup>12</sup>.

Com efeito, o Poder Público não pode se servir dos convênios como sucedâneo contratual. Por todos, citemos RÖNNY CHARLES:

“O que tem se verificado na prática é a situação comum em que determinados administradores tentam utilizar a denominação “convênio” para a formatação de verdadeiros contratos, em que há evidentes interesses pecuniários e paralelos, claras prestações de serviços, como, por exemplo, contratações de certas pesquisas ou até mão-de-obra. Tal atitude é equivocada, incorrendo em ilegalidade sua utilização para fins de burla às exigências licitatórias.”<sup>13</sup>

Um primeiro ponto, portanto, que deve ser alvo de escrutínio pelo advogado público, no exercício do controle interno de legalidade, é a própria adequação do

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 232: “(...) no Estado Subsidiário, o Estado só presta as atividades que o particular não pode desenvolver ou ajuda o particular quando a iniciativa privada seja insuficiente. (...) Assim é 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; também no âmbito das atividades sociais, com ou sem fins lucrativos, como a cultura, a pesquisa, a educação, a assistência social, o Estado tem a opção de prestá-las como serviços públicos próprios ou de incentivar o particular a prestá-las como serviços públicos impróprios”. [os grifos são do original]

<sup>11</sup> De acordo com o art. 40 da Lei nº 13.019/14, são objetos vedados: (i) delegação das funções de regulação, de fiscalização, do exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas do Estado; (ii) prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado; (iii) contratação de serviços de consultoria, com ou sem produto determinado; (iv) o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens.

<sup>12</sup> Ilustrando a desvirtuação do objeto de um convênio, cite-se a jurisprudência do STJ:

Resp 887600/SP – Segunda Turma – Min. Eliana Calmon

Administrativo - Processo Civil - Convênio - Coleta de Resíduos Sólidos - Acórdão Recorrido - Omissão - Inexistência Expressa Abordagem dos Temas Aviados em Embargos de Declaração Art. 10, XI, da Lei 8.429/92 - Prequestionamento - não-Ocorrência - Súmula 282/STF - Art. 422 Do CC e Art. 116, § 1º, Da Lei 8.666/93 - Matéria de Fato - Súmula 7/STJ.

(...)

3. A Corte local entendeu inexistir interesse comum na promoção do convênio, bem como a comprovação dos requisitos previstos no art. 116, § 1º, da Lei 8.666/93, juízos de valor sobre matéria fático-comprobatória insuscetível de exame na via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. A presença de boa fé não implica na validade da adoção de convênio como modalidade de contratação, pois a violação ao patrimônio público também ocorre por culpa na adoção do instrumento administrativo adequado à contratação, na espécie a licitação com ampla possibilidade de competição. [grifos nossos]

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.”

<sup>13</sup> Idem. pp. 346/348.

convênio como formatação jurídica para a proposição partida do gestor público. Será útil perquirir elementos como, *v. g.*, o grau de terceirização das atividades a cargo do convenente, para que se avalie se o objeto do pacto consubstancia uma necessidade de interesse público comum a ambos, ou, ao invés, mascara uma relação contraprestacional.

## 2. Convênios e licitação. A escolha do parceiro privado. Aplicação de recursos públicos.

A seleção de parceiros privados para celebração de convênios é uma preocupação premente da doutrina. Frise-se que o exercício adequado da função de controle interno de um ente público começa já pela seleção criteriosa dos parceiros. Tanto o Decreto-Lei nº 200/67 (art. 10, § 1º, “b”) como a Portaria Interministerial nº 507/11 (art. 1º, § 3º) e a Lei nº 13.019/14 (art. 24, §1º, VII, “c”) afirmam textualmente que convênios somente podem ser celebrados com entidades públicas ou privadas que disponham de condições técnicas para executá-los, e para execução de objetos ligados a suas atividades.

A recíproca, aqui, é verdadeira: a Corte de Contas federal usa advertir aos administradores públicos que formalizem convênios apenas na medida em que seus órgãos e entidades disponham de condições operacionais de avaliar adequadamente os planos de trabalho, acompanhar a concretização dos objetivos previstos nas avenças, bem como de analisar, em prazo oportuno, todas as respectivas prestações de contas<sup>14</sup>. É seu entendimento também que dificuldades administrativas e a ausência de adequada estrutura de gerenciamento não servem para elidir irregularidades em convênios, sendo dever do ente receptor dotar-se de adequada capacidade administrativa para utilizar os recursos públicos, o que inclui a capacidade de gestão do próprio titular<sup>15</sup>.

Sobre a escolha do partícipe, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO<sup>16</sup> manifesta opinião no sentido da desobrigação de licitar. Outros autores, adotando a mesma linha de raciocínio, propugnam pela adoção de procedimentos que assegurem a impessoalidade e isonomia na escolha. Por fim, mestres como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>17</sup> entendem haver o dever de licitar em regra, convergindo, todavia, para a mencionada proposta de procedimentos formais simplificados que legitimem uma escolha objetiva e impessoal.

No sentido da corrente intermediária, são esclarecedoras as palavras de LUCAS ROCHA FURTADO:

“A distinção entre convênio e contrato é importante porque, não obstante os convênios sejam disciplinados, subsidiariamente,

<sup>14</sup> Acórdão TCU nº 1687/09 – Plenário.

<sup>15</sup> Acórdão TCU nº 429/05 – Plenário.

<sup>16</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 215: “A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. (...) Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. (...)”

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 635/636: “Para travar convênios com entidades privadas – salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade.”

pela regras previstas na Lei nº 8.666/93, efetivamente, a celebração de convênio não exige a prévia realização de licitação. (...) Tratando-se de interesses comuns e atendimento das expectativas individuais, não há que se falar em “melhor proposta”, mas apenas em rateio de custos e benefícios entre todos os partícipes. Daí porque não se faz licitação para a celebração de convênios.

(...) Não obstante não seja possível realizar licitação para a escolha da entidade com a qual será firmado o convênio, chamam a atenção os vultosos recursos públicos repassados por meio destes instrumentos a entidades privadas e a absoluta falta de mecanismos para a escolha da entidade privada (...) Urge a criação em nosso sistema legislativo de mecanismos objetivos e impessoais que permitam ao Poder Público escolher objetivamente as entidades privadas com as quais serão celebrados convênios, termos de parceria ou outros acordos congêneres. A inexistência desses mecanismos legais constitui um dos maiores ralos de dinheiro público e constante fonte de corrupção, fraudes e desvios. (...) Entendemos que a redução da discricionariedade do administrador público, discricionariedade que no presente caso beira a arbitrariedade, e a exigência de escolhas motivadas reduziriam significativamente as fraudes existentes em nosso País no relacionamento entre as entidades do terceiro setor e o poder público.”<sup>18</sup>

Este é ponto em que houve significativa evolução normativa. A redação inicial do Decreto nº 6.170/07 atendia apenas em parte às críticas que vimos de expor, se limitando a *facultar*, a exclusivo critério do concedente, a realização de processo seletivo (chamamento público) para seleção de projetos e entidades, pautado pela publicidade e objetividade. Houve, todavia, benéfica alteração da normativa em 2011, para tornar o chamamento público obrigatório, tal como o faz o Decreto fluminense nº 44.879/14. Tal obrigatoriedade foi elevada ao *status* de lei no art. 24 do novo Marco Regulatório das Parcerias Voluntárias.

A atenção dos órgãos de controle interno deve recair, cremos, na aplicação das exceções à regra estatuída. O mecanismo concebido pela Lei nº 13.019/14 e pelo Decreto fluminense para excepcionar a regra consiste em exigir a *justificativa detalhada* da escolha do convenente, nos moldes do art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, de parte da autoridade máxima do órgão concedente, como forma de controle da discricionariedade administrativa. Desta forma, quando o gestor público não puder se desincumbir do ônus argumentativo de demonstrar a adequação da escolha de um parceiro em específico, impõe-se-lhe o dever de submeter a proposta a procedimento seletivo.

Do tratamento positivado dado à matéria, se destacam algumas tendências salutares: a legitimação da escolha mediante procedimento formal; a inafastável

<sup>18</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 413/414.

incidência dos princípios informadores da licitação; e, por fim, a necessidade de fundamentação de eventual inviabilidade de competição.

Quanto à aplicação de recursos públicos recebidos por intermédio de convênios, indubitosa a obrigação de licitar quando os beneficiários dos repasses sejam entes públicos, eis que diretamente obrigados à Lei nº 8.666/93, *ex vi* do parágrafo único de seu art. 1º.

No que toca ao dispêndio por particulares de recursos transferidos, é de muita valia analisar a evolução da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Até 2003, a legislação federal obrigava entidades privadas apenas à adoção de “procedimentos análogos” aos estabelecidos pela Lei nº 8.666/93. Todavia, no Acórdão TCU nº 1.070/2003 fixou-se orientação – depois positivada no Decreto nº 5.504/05 – de que “*as entidades privadas são obrigadas a licitar quando estiverem gerindo recursos públicos*”.

De todo modo, ensaiando posição menos rigorosa, o Acórdão TCU nº 353/2005 determinou “*recomendar à Presidência da República, tendo em vista a competência prevista no art. 84, IV, da CF/88, que proceda à regulamentação do art. 116 da Lei 8666/93, estabelecendo, em especial, as disposições da Lei de Licitações que devem ser seguidas pelo particular partícipe de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, nas restritas hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos*”.

Como resultado, o Decreto nº 6.170/07 hoje prevê no art. 11 que “a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato”, com o que há de se presumir tacitamente revogado o Decreto nº 5.504/05 no que se refere aos parceiros privados.

A fórmula adotada no art. 9º, § 1º, do Decreto fluminense nº 44.879/14, além da necessária observância a tais princípios e realização de cotação prévia de preços, envolve a apresentação, pelo conveniente privado, de *regulamento* a ser utilizado para a contratação de serviços, realização de obras ou aquisição de bens vinculados à execução do objeto do convênio. A Lei nº 13.019/14, em seu art. 43, também exige a aprovação de um regulamento de compras e contratações para a consecução do objeto da parceria.

A solução se afigura adequada, na medida em que submeter entidades privadas ao rigorismo de mover procedimentos formais de licitação – quando a maioria sequer possuiria estrutura para tanto – teria o condão de anular o incremento de eficiência e desburocratização pretendido quando da decisão por descentralizar a execução mediante convênio a um partícipe não estatal. O estabelecimento de procedimentos mínimos, auditáveis, parece a conciliação possível entre os vetores *resultado e controle*.

### 3. Formalização das iniciativas: plano de trabalho, projetos básico e executivo e elementos essenciais de instrução. Conteúdo mínimo do ajuste.

O plano de trabalho é elemento crucial para o bom desenvolvimento do convênio. Tanto é assim que a Lei nº 8.666/93<sup>19</sup> condiciona a celebração do acordo à prévia aprovação do plano proposto pela organização interessada, com o detalhamento mínimo consistente em: (i) identificação do objeto a ser executado; (ii) metas a serem

<sup>19</sup> A Lei nº 13.019/14, de igual maneira, estabelece um conteúdo mínimo para o plano de trabalho (art. 22) e condiciona a celebração da parceria à aprovação do plano de trabalho pela Administração Pública (art. 35, IV).

atingidas; (iii) etapas ou fases de execução; (iv) plano de aplicação dos recursos financeiros; (v) cronograma de desembolso; (vi) previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas; (vii) se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto estão devidamente assegurados, salvo se o custo total do empreendimento recair sobre a entidade ou órgão descentralizador.

Como se percebe, é a leitura atenta do plano de trabalho, e não a descrição sucinta do objeto no termo de convênio, que permitirá compreender o ajuste em suas minúcias. Os elementos ali dispostos são essenciais para possibilitar a fiscalização do emprego dos recursos, pois precisam *o que, quando, como, onde e quanto* será gasto e feito.

Um plano de trabalho com nível inadequado de detalhamento representa uma brecha por onde há risco de escoarem prazos, qualidade e recursos. No limite, haverá convenientes descompromissados ou mal-intencionados a quem interessará que tal documento mantenha-se em padrão genérico que lhes permitiria executar o acordo a seu bel-prazer, o que não se pode admitir. A prática administrativa demonstra que grande parte dos problemas verificados em convênios se devem a deficiências no detalhamento técnico das condições do acordo. Um plano bem elaborado, em verdade, é a principal garantia da Administração de que o objeto será executado de acordo com o esperado e, não o sendo, haverá parâmetros a partir dos quais a fiscalização poderá apurar e corrigir os desvios de curso.

É papel dos setores técnicos, portanto, dedicar especial atenção ao plano de trabalho na fase antecedente à celebração, ajustando-o às diretrizes legais, bem como cuidando de impedir a inserção de elementos proibidos, como a previsão de realização de despesas não autorizadas pela legislação de regência, ou em período estranho ao da vigência do pacto.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, tais atribuições cabem essencialmente ao coordenador geral e aos gerentes executivos dos convênios, nos órgãos de origem, e, em nível superior, ao Escritório de Gerenciamento de Projetos – EGP-Rio, órgão gerenciador de todos os convênios estaduais. Destaque-se que a criação de estrutura especializada nos entes públicos para lidar com o tema é iniciativa louvável, que facilita a difusão de informações e padronização de procedimentos e otimização das ações de instrução, acompanhamento e fiscalização.

Ademais, outro elemento essencial – especialmente para os casos em que o ajuste envolver obras ou serviços (art. 7º, I, da Lei nº 8.666/93) – vem a ser o projeto básico, definido, no art. 6º, IX, da Lei de Licitações e Contratos como o “*conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços (...), elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução*”, devendo conter no mínimo os elementos especificados em suas alíneas<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> A doutrina especializada procura ressaltar a importância do projeto básico para o sucesso de obras e serviços de engenharia: “*é a peça mais importante para a condução da licitação, tanto que a legislação estabelece como requisito para licitar a existência desse documento. Falhas graves na definição desse projeto trarão enormes dificuldades ao gerenciamento das obras sob os aspectos prazo, custo e qualidade*”. (ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 59)



Como reiteradamente assinalado pelos Tribunais de Contas, o projeto básico, nas obras, deve definir quantidades e custos com precisão compatível com o tipo e dimensão da obra, permitindo a determinação do custo global com precisão em torno de 15%, de acordo com o art. 3º, “F”, da Resolução CONFEA nº 361/91<sup>21</sup>. Ademais, deve-se exigir a anotação de responsabilidade técnica (ART) individualizada para cada etapa do projeto, o que viabiliza a atribuição de responsabilidades em caso de eventual erro ou falha<sup>22</sup>.

O momento em que o projeto básico deve ser apresentado difere em cada esfera federativa. Nos convênios fluminenses, será invariavelmente prévio à celebração<sup>23</sup>. No plano federal, todavia, admite-se a apresentação após a celebração, desde que anterior à liberação da primeira parcela de recursos (art. 37, PI nº 507/11). Neste caso, se não apresentado ou aprovado o plano, será extinto o pacto. Faculta-se, outrossim, a transferência de recursos do próprio ajuste para a elaboração do projeto básico.

Cremos, em verdade, que ideal seria exigir do beneficiário desde logo a apresentação de projeto executivo, isto é, o “conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT”, na definição legal<sup>24</sup>. Tal medida traria maior segurança ao concedente, que teria clara noção quanto ao objeto e ao destino de seus recursos<sup>25</sup>.

Por fim, mais dois elementos de instrução devem ser destacados. Trata-se da licença ambiental prévia – que é exigência implícita para a confecção do próprio projeto básico, na medida em que os elementos deste devem assegurar “o adequado

<sup>21</sup> Acórdão TCU nº 1.131/05 – Plenário.

<sup>22</sup> Além do sedimentada na jurisprudência do TCU, no plano normativo a exigência de anotação de responsabilidade técnica (ART) está prevista nos arts. 1º e 2º da Lei nº 6.496/77 e na Resolução CONFEA nº 1025/09.

<sup>23</sup> A regulamentação estadual segue clássica orientação do TCU: “9.4. nos casos de celebração de convênios, exija que conste do Plano de Trabalho o respectivo projeto básico, contendo todos os requisitos do art. 6º, inciso IX da Lei nº 8.666/93 (...)” – Acórdão TCU nº 508/2007 – Plenário.

<sup>24</sup> Diante do laconismo do legislador nacional, a doutrina busca estabelecer um conceito mais abrangente de projeto executivo: “constitui-se na solução definitiva do projeto, com todas as interferências dos projetos complementares, definidas, incorporadas e compatibilizadas com o projeto arquitetônico, além do detalhamento específico de todos os elementos construtivos e áreas de maior complexidade, de forma a constituir-se em um material completo com todas as informações necessárias à perfeita execução das obras” (ROCHA DE OLIVEIRA, Pedro Jorge. *Obras Públicas: Tirando suas Dívidas*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 158.)

<sup>25</sup> Vale salientar, no entanto, que o legislador nacional permite, em casos excepcionais e mediante robusta motivação técnica, a elaboração de projeto executivo em concomitância ao desenvolvimento da obra ou do serviço de engenharia (artigos 7º, § 1º, e 9º, § 2º, da Lei nº 8.666/93). Trata-se de faculdade que deve ser utilizada com grande parcimônia, sobretudo quando a sua elaboração é incluída como encargo do contratado. Vejamos comentário da doutrina a respeito do ponto: “Para determinados tipos de obra, principalmente as de maior complexidade, a sua elaboração só é possível no decorrer dos serviços, em face da necessidade de ajustes a serem feitos na medida em que houver a evolução de outras contratações, como equipamentos especiais. Por esse motivo, a lei de licitações autoriza o seu desenvolvimento concomitante com a execução das obras, desde que também autorizado pela Administração, e a possibilidade de inclusão de sua elaboração como encargo do contratado ou por preço previamente fixado pela Administração. Situação diversa ocorre em obras de menor complexidade, na qual é perfeitamente executável, e muito mais seguro para a Administração, a realização da licitação com base em projeto executivo. (ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 177).

tratamento do impacto ambiental do empreendimento”<sup>26</sup> –, quando o convênio envolver obras, instalações ou serviços que exijam estudos ambientais, na forma disciplinada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, e da comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel objeto de obras ou benfeitorias, mediante certidão do cartório de registro de imóveis – ou nas formas alternativas disciplinadas na legislação de cada ente.

A adequação jurídico-formal do ajuste é igualmente importante para prevenir litígios e responsabilidades e assegurar uma tranquila alocação dos recursos públicos. Sobre o conteúdo mínimo do termo de convênio, recomendável que o advogado público zele pela previsão de cláusulas que: (i) delimitem precisamente objeto e obrigações de cada partícipe e interveniente; (ii) fixem prazo determinado de vigência, podendo facultar a prorrogação por termo aditivo; (iii) obriguem a prestar informações e contas, sendo recomendável, inclusive, alguma forma de divulgação pública periódica; (iv) definam o direito de propriedade dos bens remanescentes quando da conclusão do objeto; (v) facultem a denúncia a qualquer tempo, sem exclusão das responsabilidades pelas obrigações já assumidas, e regulem antecipadamente eventuais direitos indenizatórios; (vi) obriguem o beneficiário a concluir o objeto do ajuste mediante a utilização de recursos próprios, se insuficientes os repassados; (vii) obriguem a restituição ao concedente do saldo de recursos, inclusive com os rendimentos auferidos de aplicação financeira, nas hipóteses legais e regulamentares previstas; (viii) facultem o acesso físico e o exercício do controle e fiscalização da execução do objeto do ajuste por servidores do ente repassador; (ix) prevejam a forma de divulgação do convênio à comunidade beneficiada e aos órgãos de controle; (x) indiquem o foro adequado para solução de eventuais conflitos; (xi) isentem a concedente de responsabilidades por obrigações assumidas por agentes dos demais partícipes.

Nesta seara, boa prática de gestão consiste na edição de minutas padronizadas, de observância obrigatória para toda a Administração Pública, aprovadas pelos serviços jurídicos dos entes concedentes e disponíveis em local de fácil acesso – como o sítio oficial do ente público na rede mundial de computadores – aos gestores públicos e interessados.

#### **4. Pontos relevantes: contrapartida, despesas de custeio, sobreposição de parceiros e atividades lucrativas. Antecipação do repasse de recursos. Consequências do desfazimento da parceria.**

Determinadas questões se mostram especialmente sensíveis na experiência prática com convênios. Algumas delas receberam tratamento normativo – caso da previsão de contrapartida e, mais recentemente, das despesas de custeio do convênio; para outras, a solução precisa ser extraída da *ratio* imanente ao sistema normativo dos

<sup>26</sup> Neste sentido, o Parecer nº 173-2007/AGU/NAJ-PE: “[p]or aprovar a localização e a concepção do empreendimento, a licença [ambiental] prévia tem de ser obtida (...) antes da elaboração do Projeto Básico, já que aqueles aspectos exercem considerável influência no desenvolvimento da solução escolhida. Só o Projeto Básico elaborado após a licença prévia é capaz de promover o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento” (apud TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodium, 2009. p. 45). Cite-se, ainda, trecho do Acórdão TCU nº 516/03 – Plenário: “9.2 determinar à Segecex que: 9.2.3. inclua no Fiscobras, como índice de irregularidade grave, as seguintes ocorrências: 9.2.3.1. a contratação de obras com base em projeto básico elaborado sem a existência de licença prévia, conforme art. 2º, § 2º, inciso I e art. 12, ambos da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 8º, inciso I, da Resolução CONAMA nº 237/97; (...)”.

convênios – como o risco de sobreposição de parcerias e as atividades lucrativas. Há, ainda, situações que precisam encontrar prévia regulamentação no próprio instrumento, caso das consequências do desfazimento de parceria. Vejamo-las.

A exigência de contrapartida dos convenentes é usualmente imposta por cada lei anual de diretrizes orçamentárias<sup>27</sup>. Os atos regulamentares federais e fluminense, no que dispõem a respeito, fazem-se acompanhar de expressões como “quando couber” e “se prevista”, denotando não se tratar de regra absoluta (a depender, como dito, do tratamento legal conferido para cada hipótese e cada exercício financeiro).

A contrapartida pode ser atendida por meio de *recursos, bens e/ou serviços*, desde que economicamente mensuráveis<sup>28</sup>. Os bens e/ou serviços deverão guardar relação com o objeto do pacto<sup>29</sup>: de outra maneira, ou a contrapartida resultaria inócua – e, por inútil à execução do ajustado, sequer se configuraria como contrapartida –, ou a sua entrega ao parceiro ganharia feição contraprestacional, vedada aos convênios.

A nosso sentir, nada impede que os entes federados, mesmo à míngua de previsão normativa, entendam por bem exigir contrapartida (e/ou outros requisitos adicionais) em determinados casos, dentro do âmbito negocial comum aos acordos, assentado que o conveniamento em regra se traduz em opção política discricionária do administrador – que pode, portanto, decidir *não* celebrar convênios com entidades que não se disponham a investir recursos próprios no projeto. Adotar tal medida como padrão, e não exceção, inclusive parece mais consentâneo com o espírito de cooperação e soma de esforços comuns que inspira o conveniamento – e, arriscamos a dizer, em certos casos pode até servir como estímulo a atrair apenas interessados verdadeiramente comprometidos.

Em consonância com esta linha de pensamento, UBIRATAN AGUIAR alude à “(...) interpretação da finalidade da norma reguladora da matéria, que, ao exigir a contrapartida, busca a cooperação também do convenente, de acordo com sua capacidade para investir no objeto pactuado de forma direta. Caso contrário, o ato consistiria em um simples repasse de recursos federais ao participante (...)”. Por este motivo, defende o ilustrado mestre que despesas ordinárias de custeio do convenente, em regra, não podem ser aceitas como contrapartida, senão excepcionalmente, caso seja possível quantificar o acréscimo de custeio advindo do aumento de serviço gerado pelo convênio, a título de contrapartida em serviços<sup>30</sup>.

Questão interessante é saber se o valor da contrapartida não aplicado na execução do objeto constitui saldo de convênio, passível de restituição ao convenente transferidor de recursos.

Visualizam-se duas situações possíveis. No simples inadimplemento do convenente, parece indubitosa a necessidade de haver indenização – e aqui não se

<sup>27</sup> Como exemplo, destaque-se o art. 60 e ss. da Lei federal nº 12.919/13 (LDO 2014).

<sup>28</sup> A Lei nº 13.019/14, aparentemente destoando das previsões normativas antes existentes, descarta a contrapartida financeira no parágrafo primeiro do art. 35: “Não será exigida contrapartida financeira como requisito para celebração de parceria, facultada a exigência de contrapartida em bens e serviços economicamente mensuráveis.”

<sup>29</sup> Neste sentido, a parte final do inciso V do art. 42 da Lei nº 13.019/14: “a contrapartida, quando for o caso, e a forma de sua aferição em bens e/ou serviços necessários à consecução do objeto;”.

<sup>30</sup> Idem. p. 42/43.

fala de devolução – ao concedente<sup>31</sup>. Entretanto, quando o não emprego parcial ou total da contrapartida se der por motivo externo, alheio ao convenente (p. ex., mudanças no cenário econômico minorem os preços dos bens/serviços/insumos, tornando menos onerosa a execução do objeto), crê-se razoável, com base no princípio da boa-fé, que o saldo de contrapartida não aplicado seja distribuído entre os parceiros de forma proporcional à participação de cada um nas despesas em relação ao total<sup>32</sup>. Demais disso, salvo previsão específica em contrário na legislação do ente ou no instrumento, nada obsta que possa o valor sobejante ser utilizado para aumentar a meta inicialmente avençada<sup>33</sup>.

A previsão de pagamento de despesas administrativas do parceiro privado com recursos do convênio é outro ponto que merece atenção. Não bastasse a ausência de contrapartida, mostra-se algo comum que a entidade pactuante queira pagar suas despesas de custeio próprias com recursos repassados, postura que, em princípio, tem o potencial de configurar meio indireto de pagamento de taxa de administração ou equivalente, na medida em que a convenente, por via oblíqua, estaria se ressarcindo – ou, em outro dito, sendo remunerada<sup>34</sup> – à conta de sua atuação na consecução do objeto.

Entretanto, a generalização desta forma de proceder, aliada às dificuldades de fiscalização, pode ter sido a motivação da Administração Federal para a institucionalização pioneira da prática, a pretexto de que melhor algum balizamento do que nenhum. Inicialmente se cogitou disto na revogada Portaria Interministerial nº 127/2008. Mais recentemente, a matéria ganhou tratamento no próprio Decreto nº 6.170/07, que estipulou limite de gastos de 15% do total do objeto e condicionou tal expediente à expressa autorização e explicitação no respectivo instrumento e plano de trabalho – uma forma de evitar o escamoteamento das despesas de custeio, a bem da

<sup>31</sup> Parece-nos este o sentido do correlato dispositivo da minuta-padrão editada pela PGE/RJ: “CLÁUSULA DÉCIMA-QUARTA - DA RESTITUIÇÃO DE RECURSOS - Quando da conclusão do objeto pactuado, da denúncia, da rescisão ou da extinção deste Instrumento, a BENEFCIÁRIA, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, contados da ocorrência do evento, sob pena da imediata instauração de Tomada de Contas Especial do responsável, é obrigada a recolher à conta da CONCEDENTE: (...) V- o valor atualizado da contrapartida pactuada, quando não comprovar a sua aplicação na execução do objeto do convênio.”

<sup>32</sup> Aqui, há diferença entre a regulamentação federal e a fluminense. O parágrafo único do art. 73 da PI nº 507/11 prevê que “A devolução prevista [de saldo financeiro remanescente] será realizada observando-se a proporcionalidade dos recursos transferidos e os da contrapartida previstos na celebração independentemente da época em que foram aportados pelas partes”; a norma estadual (Art. 59. p.ú., Resolução Casa Civil nº 350/14) fixa que “O convenente somente fará jus à devolução (...) na hipótese em que o concedente já tenha sido restituído integralmente”.

<sup>33</sup> A Lei nº 13.019/14 trouxe permissivo expresso (art. 57), condicionando a ampliação à prévia aprovação do ente público.

<sup>34</sup> O dinheiro recebido através de convênio não configura remuneração tampouco integra o patrimônio do convenente. Sobre o ponto, recorde-se o ensinamento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO de que “se o conveniando recebe determinado valor, esse fica vinculado ao objeto do convênio durante toda sua execução (...) [c]omo não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda sua natureza por força do convênio (...) mantida sua natureza de dinheiro público (no sentido de que está destinado a fim público). Tanto assim é que o § 6º do art. 116 da Lei nº 8.666/93 prevê a devolução dos saldos financeiros remanescentes (...)”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 234.)

transparência. De igual modo, as normativas federal e fluminense passaram a admitir o pagamento de despesas de pessoal, seja contratado ou dos quadros próprios da convenente, fixando uma série de restrições correlatas. O novo Marco Regulatório das Parcerias Voluntárias igualmente admite a possibilidade destas despesas.

A previsão de despesas administrativas, embora seja matéria essencialmente técnica, merece a atenção dos controles internos do ente público. Com efeito, uma análise prévia acurada da proposta de plano de trabalho, neste particular, pode fornecer indícios quanto à capacitação do convenente – ou à falta dela – para desempenhar as atividades que lhe são cometidas. Não é incomum que proponentes que afirmam deter vasta experiência em determinada atividade pretendam, em franca contradição, contratar com recursos do convênio os profissionais que exercerão justamente as atividades-núcleo do pacto.

Algumas preocupações em especial devem guiar os órgãos técnicos nas fases preliminares. Primeira delas diz quanto à necessidade de verificação de sobreposição de parceiros. Mesmo antes da criação do procedimento de manifestação de interesse social pela Lei nº 13.019/14, os próprios particulares já submetiam espontaneamente projetos de sua autoria, que julgavam de interesse público, à apreciação estatal. Pode ocorrer, assim, que diversos entes se disponham a aportar recursos em determinado projeto, sendo que não têm conhecimento uns dos outros, porque tratam apenas com o idealizador da iniciativa. Este, se mal intencionado, poderia captar mais recursos do que o estritamente necessário, em convênios paralelos e/ou patrocínios da iniciativa privada, prestando contas a todos pela execução de um único objeto quando, em verdade, “lucrou” toda a verba arrecadada a maior. Embora uma fiscalização eficiente tenha meios para elidir embuste semelhante, o risco deve ser considerado, exigindo cautelas prévias quanto à verificação da não ocorrência de situação afim e, se possível, a pactuação de todos os interessados em um mesmo instrumento formal<sup>35</sup>.

Ademais, tendo em vista que convênios pressupõem ausência de intuito lucrativo, quando a atividade da iniciativa privada a ser fomentada puder gerar dividendos (v.g., realização de feira local, para estímulo da atividade turística, na qual sejam cobrados ingressos), parece conveniente estabelecer mecanismos que permitam ter adequado controle desta fonte de receita e revertam o produto da atividade para as próprias finalidades do pacto. Afinal, pode não se mostrar consentâneo com a ideia de subsidiariedade – e, no limite, com o próprio dever de probidade – destinar verba pública a evento gerador de divisas, tanto mais se a atividade se revelar autossustentável ou até mesmo lucrativa.

Há que se abordar, também, a possibilidade da liberação antecipada de recursos. Não é raro que alguns gestores, a pretexto de abreviar trâmites burocráticos, queiram adiantar o repasse de recursos ao convenente, transferindo logo no início do pacto, de uma só vez, valores que suportarão despesas programadas para ocorrer apenas em momento futuro do ajuste.

<sup>35</sup> A Lei nº 13.019/14, ao que tudo indica, cogita deste risco, exigindo memória de cálculo do rateio de despesas pagas também por outras fontes que não os recursos públicos (art. 47, § 8º), bem assim estatuinte como diretriz fundamental “a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos” (art. 6º, VI).

A regra, entretanto, é o repasse de recursos na exata medida em que as necessidades de gastos surjam, isto é, *pari passu* com o cronograma de execução. Não à toa, a Lei nº 13.019/14 exige, como elemento do plano de trabalho, a previsão dos valores a serem repassados “mediante cronograma de desembolso *compatível com os gastos das etapas vinculadas às metas do cronograma físico*”. A razão para tal está ligada à dinâmica da obrigação de prestar contas.

Todo aquele que utilize, arrecade, guarde, gere ou administre bens e valores públicos fica sujeito a prestar contas, diz o art. 70 da Carta da República. A prestação de contas consiste na comprovação, por meio de documentos, da boa e regular aplicação dos recursos transferidos na consecução do objeto avençado.

A prestação de contas pode ser final ou parcial. A legislação usa obrigar à prestação parcial quando a transferência de valores se dá em várias parcelas, medida que favorece a fiscalização do cumprimento do ajuste, pois viabiliza, caso haja atraso injustificado ou detectadas irregularidades, a suspensão do repasse de parcelas restantes. Vale lembrar, demais disso, que o cumprimento do objeto, por si, não assegura o adimplemento, sendo necessário demonstrar sua execução *com os recursos específicos do acordo*.

Logo se vê que a antecipação de recursos pode vulnerar o mecanismo de prestação gradual de contas acima citado, cujo objetivo é possibilitar à Administração Pública o acompanhamento contínuo da execução do objeto.

A liberação antecipada de recursos, portanto, deve ser em regra vedada, e sua excepcional previsão no cronograma de desembolso carecerá de justificativa técnica pormenorizada, na qual explicitada sua imprescindibilidade para a execução exitosa do objeto.

Por fim, vale abordar a possibilidade e consequências do desfazimento da parceria. Em análise comparativa, o vínculo contratual mostra-se muito mais rígido do que do conveniamento. Para aquele, as hipóteses de rompimento unilateral são restritas e legalmente previstas. Já neste vale a liberdade de retirada, isto é, a possibilidade de denúncia a qualquer tempo, sendo vedada a cláusula de permanência obrigatória, dada a inexistência de antagonismo de vontades.

Sem embargo, é pertinente registrar que a denúncia imotivada e/ou irrazoável ostenta potencial de afrontar a boa-fé objetiva<sup>36</sup>, entendida como dever de lealdade entre os pactuantes. Com efeito, a discricionariedade ínsita à avaliação da conveniência e oportunidade para a prática do ato de denúncia não pode se transmutar em arbitrariedade.

A questão das consequências do desfazimento do ajuste é abordada com maestria na lição de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, cuja opinião perfilhamos:

“Embora a livre adesão e a livre denúncia sejam características do convênio, poderá ser imposta obrigação ao partícipe denunciante

<sup>36</sup> Sobre a aplicação de princípios gerais dos contratos aos convênios, cite-se: “A instituição do contrato é típica do Direito Privado, baseada na autonomia da vontade e na igualdade jurídica dos contratantes, mas é utilizada pela Administração Pública, na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí porque os princípios gerais dos contratos tanto se aplicam aos contratos privados (civis e comerciais) quanto aos contratos públicos, dos quais são espécies os contratos administrativos, os convênios e consórcios executivos e os acordos internacionais” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 193) [grifos nossos].

de recompor os prejuízos decorrentes do inadimplemento de sua parcela de cooperação. Afinal, há situações em que o rompimento do elo de cooperação pode inviabilizar projetos, não podendo a decisão de denúncia ficar sujeita a caprichos políticos ou desvinculada de objetivos de relevante interesse público”.<sup>37</sup>

Oportuno, portanto, que o serviço jurídico recomende a prévia regulação, em cláusula do convênio, sobre possíveis direitos indenizatórios em caso de denúncia ou rescisão – entendimento já avalizado em ao menos uma oportunidade pelo STJ.<sup>38</sup>

## 5. Conclusão

É incontestável a relevância dos convênios para a moderna Administração Pública e, especificamente, para a viabilização de parcerias federativas que envolvam projetos de grande porte. Não se pode, todavia, prescindir do correto emprego do instituto, o que, diante dos inúmeros casos de malversação de recursos públicos repassados, exige a atenta participação dos órgãos de controle desde antes da celebração de uma parceria.

Em vista do que exposto, possível sumariar as seguintes conclusões:

1. Deve o advogado público, no exercício do controle interno de legalidade, avaliar se o convênio representa a formatação jurídica adequada para a proposição partida do administrador. Nesse passo, há que se perquirir se o objeto do pacto consubstancia uma necessidade de interesse público comum a todos os partícipes, ou, ao invés, mascara uma relação contraprestacional – caso em que necessária a celebração de um contrato.

<sup>37</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villola. *Direito administrativo das concessões*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 441.

<sup>38</sup> “RMS 30634/SP Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2009/0194709-0 Administrativo. Convênio. Distinção. Contratos. Denúncia Unilateral. Possibilidade. Ampla Defesa e Contraditório. Prescindibilidade. Prejuízos Materiais. Possibilidade de Aplicação de Sanções Estabelecidas no Instrumento de Colaboração. Recurso não Provido.

1. A ação mandamental foi impetrada contra ato do Prefeito do Município de São Paulo e do Secretário Municipal do Trabalho que rescindiram unilateralmente a participação do Município de São Paulo na qualidade de interveniente, em convênio firmado com o impetrante para a capacitação de jovens em situação de risco social e a inserção desses no mercado de trabalho.

2. Os convênios administrativos são ajustes firmados entre pessoas administrativas, ou entre essas e particulares, cujo objetivo é a obtenção de determinados interesses em comum. Diferem dos contratos administrativos, basicamente, pela ausência de interesses contrapostos, já que o elemento principal da união entre os convenientes é a cooperação e não o lucro geralmente visado nos contratos.

3. O vínculo jurídico existente nos convênios não possui a mesma rigidez inerente às relações contratuais, daí porque o art. 116, caput, da Lei 8.666/93 estabelece que suas normas se aplicam aos convênios apenas “no que couber”. Diante disso, tem-se como regra a possibilidade de cada pactuante denunciar livremente o convênio, retirando-se do pacto. Entretanto, se essa atitude causar prejuízos materiais aos outros convenientes, é cabível a aplicação de sanções, a serem estabelecidas, via de regra, no próprio instrumento de colaboração.

4. No caso, a despeito da possibilidade de denúncia unilateral, deu-se efetiva oportunidade para a impetrante manifestar-se no processo administrativo e comprovar o cumprimento das prestações contempladas no pacto firmado. No entanto, da análise dos documentos anexados aos autos, não se demonstrou a impertinência das constatações realizadas pelo ente público.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.” [grifos nossos]

2. Nada obstante não haja dever de licitar para seleção de projetos e parceiros privados, impõe-se a adoção de procedimentos objetivos que assegurem a impessoalidade e isonomia na escolha. Na aplicação das exceções a esta regra geral, a exigência de motivação robusta é medida de redução da discricionariedade do administrador público e, quando este não puder se desincumbir de tal ônus argumentativo, impõe-se-lhe o dever de submeter a proposta a procedimento seletivo.

3. Figura inadequado submeter entidades privadas ao rigorismo de mover procedimentos formais de licitação para emprego dos recursos públicos repassados, sob pena de anular o incremento de eficiência e desburocratização pretendido quando da decisão por se conveniar a um parceiro não estatal. O estabelecimento de procedimentos mínimos, auditáveis, como a prévia cotação de preços no mercado, parece a conciliação possível entre os vetores *resultado* e *controle*.

4. Os entes públicos devem atentar para a necessidade de compor e qualificar seus quadros de pessoal, de modo a serem capazes de identificar e avaliar bons projetos e parceiros, bem como estruturar, executar e fiscalizar adequadamente as parcerias que venham a firmar. Nesse sentido, essencial a manutenção de um corpo técnico próprio, permanente e capacitado, preferivelmente reunido em órgãos especializados que gozem de autonomia para a execução de seus misteres e possam, orientados por critérios exclusivamente técnicos, coordenar a realização de políticas públicas descentralizadas.

5. Visando a cumprir o dever da advocacia pública de assegurar a adequação jurídico-formal do ajuste, assim prevenindo litígios e responsabilidades, boa prática de gestão consiste na edição de minutas padronizadas, de observância obrigatória para toda a Administração Pública, aprovadas pelos serviços jurídicos dos entes concedentes e disponíveis em local de fácil acesso – como o sítio oficial do ente público na rede mundial de computadores – aos gestores e interessados.

6. Quanto à contrapartida, (a) os bens e/ou serviços deverão guardar relação com o objeto do pacto, sob pena de, por inúteis à execução do ajustado, não se configurarem como contrapartida, ou, ainda, caracterizarem espécie disfarçada de contraprestação, infensa aos convênios; (b) os entes federados podem, mesmo à míngua de previsão normativa, exigir contrapartida de possíveis parceiros, uma vez que o conveniamento em regra se traduz em opção política discricionária do administrador; (c) despesas ordinárias de custeio do conveniente podem ser aceitas como contrapartida em serviços apenas excepcionalmente, quando possível quantificar o acréscimo de despesas advindo do aumento de serviço gerado pelo convênio.

7. Salvo autorização normativa do ente repassador, é vedado o pagamento de despesas administrativas do parceiro privado com recursos do convênio, eis que a prática tem o potencial de configurar meio indireto de pagamento de taxa de administração, na medida em que o conveniente, por via oblíqua, estaria se ressarcindo à conta de sua atuação na consecução do objeto.

8. Os órgãos de controle devem exigir do administrador público a cautela de verificação de eventual sobreposição de parcerias para execução do mesmo objeto.

9. O termo de convênio deve estabelecer mecanismos que permitam ter adequado controle de eventuais receitas advindas da atividade privada fomentada e revertam o produto da atividade para as próprias finalidades do pacto, em coerência com as ideias de subsidiariedade, probidade e ausência de intuito lucrativo dos convênios.

10. A liberação de recursos antecipada ao cronograma de execução é em regra vedada, porquanto pode vulnerar o mecanismo de prestação gradual de contas; sua

excepcional previsão no cronograma de desembolso carecerá de justificativa técnica pormenorizada, na qual explicitada sua imprescindibilidade para a execução exitosa do objeto.

11. Pode ser imposta obrigação ao partícipe denunciante de recompor os prejuízos decorrentes do inadimplemento de sua parcela de cooperação, devendo o advogado público recomendar a prévia regulação, em cláusula do convênio, sobre possíveis direitos indenizatórios em caso de denúncia ou rescisão.

## 6. Referências Bibliográficas

- AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênios e tomadas de contas especiais*: manual prático. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras Públicas*. Belo Horizonte: Forum, 2009.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de e MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *Convênios e Consórcios Públicos*, in *Consórcios Públicos. Instrumentos de Federalismo de Cooperação*. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 21<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*, 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ROCHA DE OLIVEIRA, Pedro Jorge. *Obras Públicas: Tirando suas Dúvidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. Salvador: JusPodium, 2009.

# A JURIDICIDADE DA LEI ANTICORRUPÇÃO: REFLEXÕES E INTERPRETAÇÕES PROSPECTIVAS

Diogo de Figueiredo Moreira Neto\*  
Rafael Vêras de Freitas\*\*

**Sumário** – 1. Introdução; 2. O fundamento constitucional para a edição de uma Lei Anticorrupção; 3. A análise da juridicidade de inovações da Lei nº 12.846/2013; 3.1. Da responsabilização objetiva das pessoas jurídicas por atos de corrupção; 3.2. Do estabelecimento da responsabilidade solidária entre entidades coligadas e consorciadas por atos de corrupção; 3.3. Dos tipos administrativos que se configuram como “atos de corrupção”; 3.4. Das sanções previstas na Lei Anticorrupção e a circunstância atenuante de “compliance”; 3.5. Da previsão do acordo de leniência; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

A corrupção tem o deletério efeito de propiciar a apropriação privada de recursos públicos que poderiam ser investidos na realização de inúmeras políticas funcionalizadoras de direito fundamentais de que o País tanto carece – como, fundamentalmente, na prestação dos serviços de saúde, educação, segurança, transporte, alimentação e moradia. Em suma, contraria os objetivos de uma sociedade independente, justa, livre e solidária, que persegue o seu desenvolvimento.

Como já teve a oportunidade de asseverar um dos subscritores do presente, a corrupção é a antítese da democracia, pois que, afinal, esta praga social nada mais é que a negação de ambas essas áureas regras civilizadoras - da antiga e da nova - daí a importância e a urgência de sua erradicação em nosso País, uma vez que uma democracia corrompida nada mais produz que um grotesco simulacro de justiça<sup>1</sup>.

Trata-se de fenômeno social, diretamente, relacionado com a eficácia e a credibilidade da gestão pública, razão pela qual a sua proliferação propicia não só a redução de investimentos no País, como o agravamento das desigualdades sociais.

Com efeito, de acordo com o relatório da Federação das Indústrias de São Paulo – FIBSP, estima-se que o custo médio da corrupção no Brasil varia de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto – PIB, o que vale dizer que os recursos públicos desperdiçados com essa prática ascendem de R\$50,8 bilhões a R\$84,5 bilhões por ano.

Para se ter ideia de grandeza, tais valores correspondem à verba investida, pelo Governo Federal, no Plano de Aceleração do Crescimento – PAC, entre os anos de 2007 e 2010, na implantação, manutenção e reestruturação de rodovias, ferrovias, aeroportos, portos e hidrovias.

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

\*\* Advogado.

<sup>1</sup> MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Corrupção e Democracia*.