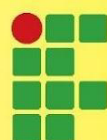




Curso de Extensão: Convênios



INSTITUTO FEDERAL
Goiás

Copyright © 2024 by Instituto Federal de Goiás.

Revisão técnica e pedagógica

Michel Gondim

Produção editorial

Marco Gramignolli

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Santos, Rafael Costa
Curso de extensão [livro eletrônico] : convênios /
Rafael Costa Santos. -- Goiânia, GO : Edições
Terceira Via : Instituto Federal de Goiás, 2024. --
(Projeto Agro)
PDF

Bibliografia.
ISBN 978-85-93349-70-6

1. Convênios (Direito) - Brasil 2. Direito
administrativo I. Título. II. Série.

24-225738

CDU-35

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito administrativo 35

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Este trabalho está licenciado sob CC BY-NC 4.0.

Para visualizar uma cópia desta licença, visite:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

Todos os direitos reservados à
Instituto Federal de Goiás
Av. C-198, 500. Jardim América.
74270-040
Goiânia-GO
(62) 3612-2203
<https://ifg.edu.br/e-mail>
gabinete.reitoria@ifg.edu.br

AGRADECIMENTO

À Secretaria de Inovação, Desenvolvimento Sustentável, Irrigação e Cooperativismo (SDI) do Ministério da Agricultura e Pecuária (Mapa) pela parceria realizada com o Polo de Inovação do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás (IFG) para o desenvolvimento do projeto de pesquisa aplicada, visando o estudo de ferramenta para mineração de dados e aglutinação do público agro em bases de dados governamentais para comunicação inclusiva e assistiva, a fim de possibilitar a troca de informações com os agricultores e maior acesso aos serviços e recursos públicos destinados à comunidade agro, com fomento oriundo do Termo de Execução Descentralizada nº 939993/2022.

SUMÁRIO

Módulo 01	4
1.1 O federalismo de cooperação.....	5
1.2 Diversos tipos de atos consensuais com o Poder Público.....	8
1.3 Conceituação e nomenclatura dos convênios administrativos	10
1.4 A natureza contratual dos convênios	12
1.5 Objeto do convênio	13
1.6 Partícipes.....	16
1.6.1 Partícipe ente privado	16
1.6.2 Ente privado com fins lucrativos como partícipe.....	17
 Módulo 02	 20
1. Módulo II: Convênios Administrativos e a transferência de recursos.....	21
1.1 Transferências voluntárias	21
1.2 Requisitos para se efetuar transferências voluntárias	24
1.3 Contrapartida como condição para recebimento das transferências voluntárias	26
1.4 Transferências de recursos em período eleitoral e em final de mandato.....	30
 Módulo 03	 36
1.1 Tratativas e o protocolo de intenção	37
1.2 Planejamento prévio.....	38
1.3 Plano de Trabalho.....	41
1.4 Termo de referência (identificação do objeto)	45
1.5 Projeto Básico (identificação do objeto)	46
1.6 Fiscalização do convênio	52
1.7 Vínculo entre o fiscal do convênio e a Administração Pública	53
 Módulo 04	 56
1.1 Comprovação de plenos poderes.....	57
1.2 Propriedade dos bens remanescentes	58

1.3 Metas e etapas de execução	59
1.4 Plano de aplicação dos recursos	60
1.5 Cronograma de desembolso.....	61
1.6 Dotação orçamentária	62
1.7 Ato de constituição e representação dos partícipes	63
1.8 Inexigência de autorização legislativa para celebração de convênio	64
1.9 Desnecessidade de licitação, em regramento	65
1.10 Licitação e contratação feita no âmbito do convênio.....	68
1.11 Convênios e o registro de preços	72
 Módulo 05	 74
1. O regime jurídico dos convênios administrativos.....	75
1.1 Aplicação da Lei Geral de Licitação aos convênios	78
1.2 Não aplicação das cláusulas exorbitantes aos convênios firmados entre entes públicos	80
1.3 Minuta do convênio	82
1.4 Prazo de vigência	83
1.5 Aditamento do prazo de vigência	88
1.6 Apreciação da procuradoria jurídica e publicação	90
 Módulo 06	 92
1.Fase de Execução Convenial.....	93
1.1 Liberação dos recursos	93
1.2 Necessidade de observância dos requisitos do art. 25, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), no momento da transferência de recurso financeiro.....	96
1.3 Aplicação do art. 25, da LRF, nas hipóteses de repasse de recursos não financeiros... 	100
1.4 Princípio da intranscendência subjetiva das sanções	101
1.5 Alteração do convênio	103
1.6 Inaplicabilidade dos limites percentuais para aditivos das Leis Gerais de Licitações aos convênios administrativos	107
1.7 Alterações contratuais não impactam automaticamente nos convênios	109
 Módulo 07	 114

1. Prestação de contas e término do convênio	115
1.1 Desvios de objeto e de finalidade.....	121
2. Término do convênio.....	127
2.1 Extinção do convênio por decurso do prazo ou adimplemento nos casos de prestação de escopo	127
2.2 Rescisão por inadimplemento	129
 Módulo 08	 132
1. Lei nº 13.019/2014 (Lei das Parcerias - MROSC)	133
2. Decreto nº 11.531, de 16 de maio de 2023 (TRANSFEREGOV/SINCOV).....	142
3. Portaria Conjunta MGI/MF/CGU nº 33, de 30 de agosto de 2023	145
 Referências.....	 149

Curso de Extensão: Convênios

Módulo 01

1.1 O federalismo de cooperação

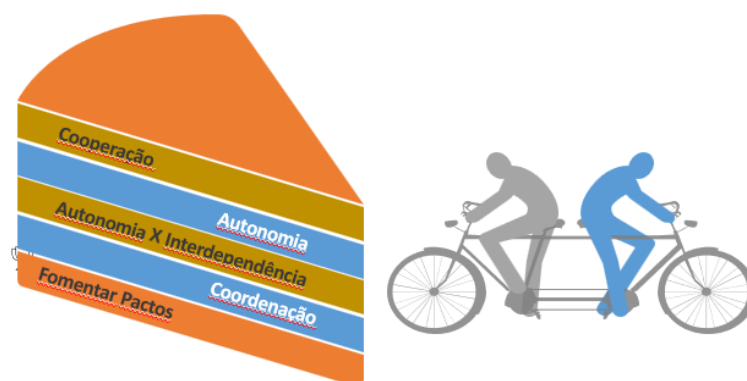
O federalismo brasileiro, delineado na Constituição Federal, busca a realização de objetivos compartilhados de forma coordenada, preservando a autonomia administrativa dos entes federativos. Essa cooperação contínua entre os entes, denominada federalismo cooperativo, é essencial para alcançar objetivos constitucionalmente traçados, especialmente relacionados aos direitos fundamentais e ao desenvolvimento econômico. No entanto, é importante garantir que essa cooperação não prejudique a autonomia e a capacidade de negociação dos entes federativos, mantendo um equilíbrio entre interesses comuns e particulares.

A promoção da cooperação entre os entes federativos está alinhada com os princípios e metas da República Federativa do Brasil, fundamentais para a concretização de direitos básicos como saúde, educação, meio ambiente e moradia. Para isso, é necessário um constante esforço conjunto para o alcance de interesses comuns, reconhecendo que cada ente federado é uma pessoa jurídica autônoma, com metas próprias. O desafio do federalismo cooperativo é fortalecer os incentivos à parceria e ao entrelaçamento, mantendo um jogo intergovernamental que conceda a capacidade de negociação a todas as entidades federadas.

A construção de relações entre os governos, facilitando formas de cooperação federativa, é essencial para o sucesso de uma organização federativa. Isso envolve respeitar a heterogeneidade regional dos entes federativos, garantindo a autodireção de cada um, mas promovendo uma atuação coordenada para alcançar objetivos comuns. A atuação coordenada entre os entes é fundamental para garantir a interdependência necessária entre eles, exigindo instrumentos de coordenação e um ambiente que favoreça a cooperação sob um marco pluralista (COSTA, 2023, p. 75).

Imagem 1 – Infográfico em formato de fatia de bolo com informações sobre o federalismo de cooperação e ao lado, duas pessoas em cima de uma bicicleta interligada, mas que pedalam em direções opostas.

Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentationGo.



Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi traçado o ideal de um federalismo cooperativo, mas inicialmente, não existiam instrumentos hábeis a gerar o implemento robusto de uma colaboração vertical e horizontal. Pode-se dizer que simplesmente descentralizar as competências, pode garantir autonomia administrativa e tributária aos entes federados. No entanto, isso não garantia uma efetiva coordenação federativa.

Todavia, independentemente da distribuição de competências (nos movimentos de centralização e descentralização de competências e recursos financeiros),¹ a eficiência no atingimento dos objetivos constitucionais é diretamente influenciada pelo modo como a execução local e os instrumentos de regulação federal estão combinados em cada política específica (ARRETCHE, 2012. p. 171)². Por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, foi editado o art. 241³ da Constituição

¹ Entende-se que é mais benéfico, de todo modo, que as relações intergovernamentais sejam conduzidas por meio de redes de cooperação, ao invés de dicotomizar entre centralizar e descentralizar poderes (ABRUCIO, 2001. p. 35).

² Por exemplo, em relação ao objetivo de reduzir a desigualdade regional, constata-se que os estados federativos que combinam regulação centralizada e autonomia política dos governos locais tendem a restringir os patamares da desigualdade territorial. O governo central opera no sentido da uniformidade, ao passo que a autonomia dos governos locais opera no sentido da divergência de políticas (ARRETCHE, 2010).

³ CF/88, art. 241. 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,

Federal brasileira que, com o escopo de criar um ambiente favorável à cooperação federativa brasileira, essa modificação da constituição consignou a possibilidade de entes autônomos se unirem, em um regime de gestão associada de serviços comuns, com o fim de obter o interesse público e o bem-estar das coletividades, por meio de consórcios públicos e convênios de cooperação (CARVALHO FILHO, 2013, p. 6).

Assim, foram instituídos mecanismos de coordenação, cooperação e pactuação que facilitam a articulação entre os entes federativos, complementando o federalismo, que passou por alterações na Constituição de 1988⁴. A partir do dispositivo mencionado, foi estabelecido o respaldo legal para a implementação de ações conjuntas na gestão associada de serviços públicos entre os entes federativos, por meio de consórcios públicos e convênios administrativos.

Imagem 2 – Infográfico com imagem de duas peças de quebra-cabeça sendo empurradas por duas pessoas.



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Os consórcios são constituídos por pessoas jurídicas formadas exclusivamente por entes federativos, com o propósito de estabelecer relações de cooperação para a gestão integrada e abrangente de serviços públicos comuns. Eles

serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, [2022b]).

⁴ Ao implementar o ecossistema dos elementos coordenadores, é imprescindível mencionar a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011 (Brasil, 2011a), que fixa normas para atuação conjunta entre os entes federados no combate à poluição e na proteção ao meio ambiente; e a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Brasil, 2015a), que estabelece diretrizes para a execução de funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados.

adquirem personalidade jurídica de direito público, com natureza autárquica, ou de direito privado, sem fins econômicos.

Por outro lado, os convênios, objeto de nossa análise, são acordos celebrados pela Administração em parceria com a iniciativa privada ou outros entes estatais, visando a alcançar finalidades públicas de interesse mútuo em projetos específicos e bem definidos, sem a criação de uma personalidade jurídica para esse fim.

1.2 Diversos tipos de atos consensuais com o Poder Público

Desde a promulgação da Constituição de 1988, houve várias mudanças nas normas que regem as relações entre o Estado e o terceiro setor. Inicialmente, poucos instrumentos específicos estavam disponíveis para facilitar acordos de cooperação entre entidades públicas e privadas, com o convênio sendo o principal mecanismo utilizado. Com o tempo, à medida que surgiram distinções nas relações entre entidades públicas e entre entidades públicas e privadas, uma variedade de instrumentos especiais foi desenvolvida para facilitar a cooperação mútua entre o setor público e entidades privadas.

Nesse contexto, destacam-se os contratos de gestão (EC 19/98,⁵ Lei nº 9.637/98⁶), os termos de parceria (Lei nº 9.790/99)⁷ e os termos de fomento e de colaboração (Lei nº 13.019/14).⁸

⁵ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, 1998b.

⁶ BRASIL. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, 1998c.

⁷ BRASIL. *Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999*. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, 1999a.

⁸ BRASIL. *Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014*. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nº-8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Brasília/DF: Presidência da República, 2014a.

É fácil perceber, com a vigência da Lei nº 13.019/14, a limitação contundente na possibilidade de celebração de convênios entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor, “porque, finalmente, o legislador brasileiro reconheceu um equívoco histórico, consistente na normatização equivalente entre ajustes celebrados entre duas entidades estatais (...) e ajustes celebrados entre uma entidade estatal e uma entidade privada” (MÂNICA, 2017, p. 28). Desse modo, foi decretado, como regra, regime jurídicos distintos regime jurídico distinto para as parcerias entre entes públicos e para as parcerias entre entes públicos e privados.

Dessa forma, a regra geral passou a seguir o seguinte preceito: os convênios se referem aos ajustes celebrados entre entes públicos, enquanto que os termos de fomento e de cooperação (em relação à Lei nº 13.019/14) se relacionam aos ajustes entre Poder Público e particulares.

Essa afirmação merece algumas ponderações. Primeiramente, é preciso levar em consideração a possível existência de outras leis que confirmam um tratamento mais específico do que a Lei nº 13.019/14, como, por exemplo, os termos de compromisso cultural da lei mencionada, pois nesses casos prevalece a aplicação do regramento mais específico.

No entanto, caso não aconteça uma legislação específica que regule a parceria em questão, o regime jurídico aplicável deverá ser o dos convênios administrativos. Essa inferência é crucial, pois considerando que a parceria público-privada proposta não esteja coberta por nenhuma lei especial, e que os convênios se limitem a parcerias entre órgãos ou entidades públicas (público e público), isso resultaria em uma lacuna regulatória.

Ademais, a Lei nº 13.019/14 estabeleceu uma exceção à regra geral mencionada anteriormente: o art. 3º, inciso IV, e o art. 84, inciso II, que determinam a aplicação da Lei nº 8.666/93 aos convênios celebrados nos termos do artigo 199, §1º, da Constituição Federal, que trata da atuação complementar privada no SUS (Sistema Único de Saúde).

Dessa forma, no contexto jurídico brasileiro, a Lei nº 13.019/14 passa a ser o principal instrumento regulador das parcerias público-privadas. No entanto, é possível que haja parcerias específicas definidas em legislação própria, como os termos de compromisso cultural da Lei nº 13.018/14. Por fim, para as parcerias envolvendo o Sistema Único de Saúde, o instrumento jurídico adequado é o convênio.

1.3 Conceituação e nomenclatura dos convênios administrativos

O convênio é um mecanismo projetado para facilitar a colaboração entre entidades estatais ou entre essas entidades e entidades privadas, com o objetivo de executar programas governamentais ou realizar projetos de interesse comum em um regime de mútua cooperação.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu várias competências comuns e concorrentes entre os entes federativos, essas atribuições indicam que eles devem atuar de forma conjunta para o cumprimento de suas competências.

Essa sobreposição de competências é uma característica do federalismo cooperativo.

Nesse contexto, o convênio se traduz em um negócio jurídico oriundo de um ajuste de vontades que um ente público celebra com outro ente público, ou privado, com o objetivo de realizarem um interesse coincidente, não contraprestacional. (MEIRELLES, 1966, p. 358). Logo, é um instrumento fundamental para a efetivação de forma coordenada das competências comuns dos entes federados.

Destaca-se, também, que para identificar um negócio jurídico como um convênio administrativo, é imprescindível que em pelo menos um dos polos figure um ente público, visando a persecução dos interesses constitucionais, o que, evidentemente, atrai o regime jurídico de direito público (BITTENCOURT, 2019, p. 27).

A maioria da doutrina distingue convênio de contrato administrativo. Embora ambos surjam da manifestação de vontade das partes, nos contratos administrativos, os interesses são opostos, o que difere dos convênios, que os interesses são colaborativos e representam esforços mútuos em prol de um objetivo comum.

Os contratos administrativos se contrapõem aos interesses das partes quanto ao objeto. Diante desse contexto, uma das partes deseja obter maior pagamento pela

menor prestação que lhe seja exigível, enquanto a outra almeja pagar a menor importância possível pelo maior e melhor objeto que se possa extrair da relação. Já nos convênios, os interesses das partes convergem absoluta e inteiramente para um só objetivo. Inexiste, nesses casos, qualquer oposição de interesses, pois há apenas a junção de esforços, repartição de atribuições, agregação de contribuições, apontados para um único fim de recíproco interesse (RIGOLIN, 2006).

Nos contratos administrativos, uma parte quer o objeto do ajuste e a outra, a contraprestação correspondente. Nos convênios, as posições jurídicas são idênticas, todos visando ao mesmo interesse, mas, ainda assim, é possível que haja diversificação das tarefas para concretização do objetivo comum (GARCIA, 2016, p. 445).⁹

Nas relações conveniais, prepondera a horizontalidade e, por conseguinte, o vínculo entre os partícipes será sustentado na vontade institucional, centrada na persecução dos interesses coletivos, não havendo que se falar em prerrogativas de um em relação a outro.¹⁰

Imagem 3 –Infográfico com duas formas diferentes de se puxar uma corda: colaborativa e antagônica.



Imagem elaborada pelo professor contetudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo.

Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

⁹ No mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.470/04 – Plenário (Brasil, 2004).

¹⁰ A distinção dos convênios é em relação aos contratos administrativos. Isso não afasta a natureza contratual dos convênios, a qual é abordada no item 1.5.

No passado, já se defendeu que a diferença entre contrato administrativo e convênio referia-se aos partícipes dos respectivos negócios jurídicos. Nesta perspectiva, convênio seria um negócio jurídico exclusivamente celebrado entre entes públicos e o contrato entre particulares ou entre o ente público e o particular.¹¹ Não obstante, prevalece que é possível celebrar convênios com entidades privada privadas¹². A grande diferenciação entre os institutos é realmente em relação à existência de interesses comuns e à ausência de obrigações contraprestacionais nos convênios.

Ainda, como o convênio sendo visto como um negócio jurídico, não há a criação de outra pessoa jurídica distinta daquelas dos partícipes do ajuste, como ocorre nos consórcios públicos. Dito de outra forma, os convênios não possuem personalidade jurídica própria.

1.4 A natureza contratual dos convênios

Na doutrina administrativa, há uma discussão sobre a natureza dos convênios, com alguns autores negando-lhes caráter contratual com base na ideia de que os contratos envolvem interesses opostos, enquanto os convênios envolvem interesses comuns. Hely Lopes defende que os convênios são acordos, mas não contratos, pois não há contraposição de interesses. Outra visão, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os considera atos administrativos complexos, resultado da fusão de vontades com idêntico conteúdo e propósito.

Porém, entende-se que a presença de interesses opostos não é requisito para um negócio ser considerado contrato. Segundo a doutrina civilista, o contrato é um acordo de vontades com intenção de criar efeitos jurídicos, independentemente da natureza dos interesses envolvidos. Odete Medauar destaca a existência de obrigações recíprocas nos convênios, evidenciando sua natureza contratual. Marçal

¹¹ Trata-se de posicionamento de Amílcar Motta, conforme relatado por Sidney Bittencourt (2019, p. 31)

¹² Com a Lei nº 13.019/14 (Brasil, 2014a), diminuiu-se a possibilidade de convênio com entes privados, pois os ajustes entre a organização da sociedade civil e entes públicos, após a respectiva legislação, passaram a ser instrumentalizados por ferramentas específicas, previstas no respectivo diploma.

Justen Filho reconhece a existência de contratos "cooperativos", onde os interesses das partes são convergentes.

Assim, a ausência de interesses opostos não invalida a natureza contratual dos convênios. Embora sejam considerados contratos, aplicam-se a eles regras específicas, diferenciando-os dos contratos administrativos tradicionais.

A legislação prevê a aplicação das normas gerais dos contratos administrativos aos convênios apenas "no que couber", reconhecendo suas peculiaridades. Portanto, embora possuam um regime jurídico próprio, os convênios são inegavelmente contratos, sujeitos a uma regulamentação especializada (COSTA, 2023, p.71).

1.5 Objeto do convênio

O objeto do convênio é a execução de programa de governo envolvendo a realização de projeto de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação. Deve-se destacar que o objeto do ajuste não pode estar desconectado das competências atribuídas às entidades envolvidas por norma constitucional ou infralegal, sob consequência de violar os princípios da Administração Pública (DURÃO, 2018, p.136)¹³.

Em face do exposto, o interesse público tem o objetivo de compartilhar com todos os envolvidos no acordo cooperativo, então é justificável a proibição de convênios com caráter contraprestacional ou com simples terceirização de serviços públicos, bem como daqueles que se assemelham a verdadeiras doações.

Além disso, percebe-se uma tendência à preferência pelo uso do convênio em relação ao contrato administrativo, devido ao regramento mais flexível dos atos consensuais, especialmente nos convênios entre entes públicos, e à dispensa de licitação.

No entanto, a escolha entre contrato e convênio não deve ser uma decisão arbitrária do gestor público, mas sim uma identificação do instituto jurídico mais adequado à natureza do acordo. Os contratos devem ser empregados em relações

¹³ No mesmo sentido, já dispôs o TCU que é irregular a celebração de convênio por entidade do Sistema S para consecução de objeto que não possua nexos com a sua finalidade institucional. TCU: Acórdão nº 1.927/2021 – Plenário (Brasil, 2021f).

contraprestacionais, enquanto que os convênios em relações colaborativas. Não há espaço para livre escolha por parte do gestor.

O Tribunal de Contas da União (TCU), por exemplo, reiteradamente, entende que a utilização da figura do convênio em situação que demanda contrato antecedido de licitação configura dispensa indevida de licitação.¹⁴ A *contrário sensu*, a mesma corte de contas recomendou que não se utilize contrato, mas o instrumento do convênio, em situações em que os interesses das partes forem convergentes.¹⁵

Outrossim, uma vez que o objetivo é a concretização de programa ou política pública específica, desvirtua-se o convênio utilizado para repasse de recursos para pagamento de pessoal que executa serviços ordinários na entidade descentralizada, mesmo se os repasses forem utilizados para pagamento de terceirização de mão de obra para exercício de atividades finalísticas do órgão, em substituição ao servidor público. O inciso X do art. 167 da Constituição da República de 1988, combinado com os arts. 18, §1º, e 25, §1º, III, da Lei Complementar nº 101/2000, vedam a utilização de recursos de transferência voluntária para o custeio de contratação de pessoal.

O TCU já firmou o entendimento no sentido de que descaracterizaria a mútua cooperação a utilização de recursos aportados para o objeto convenial, para arcar com o pagamento de vencimentos de servidores que integram o quadro permanente de pessoal de alguma das entidades envolvidas. Contudo, aquela corte de contas também já entendeu ser razoável a aplicação de recursos conveniais na contratação de serviços realizados por mão de obra terceirizada, limitada à duração da parceria, desde que a mão de obra contratada esteja efetivamente direcionada à realização do objeto convenial e não se refira à substituição do trabalho dos servidores públicos permanentes.¹⁶

É comum entender os convênios como instrumentos utilizados exclusivamente para repasse de recursos financeiros, contudo, essa afirmação não é verdadeira.

¹⁴ É possível identificar esse posicionamento nos seguintes acórdãos do TCU: Acórdão nº 759/2011 – Plenário (Brasil, 2011p), Acórdão nº 1.934/09 – Plenário (2009h), Acórdão nº 1.663/2006 – Plenário (Brasil, 2006b), Acórdão nº 875/2007 – Segunda Câmara (Brasil, 2007n), Acórdão nº 179/2011 – Plenário (Brasil, 2011d), Acórdão nº 2.595/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011h), Acórdão nº 1.369/2008 – Plenário (Brasil, 2008e), e Acórdão nº 775/2012 – Plenário (Brasil, 2012p)

¹⁵ TCU: Acórdão nº 8/2005 – Primeira Câmara (Brasil, 2005e).

¹⁶ TCU: Acórdão nº 2.588/2017 – Plenário (Brasil, 2017e).

A Constituição Federal estabelece as situações de transferências voluntárias entre os entes federativos, incentivando a cooperação entre eles por meio de auxílio financeiro. É natural, portanto, que se busquem formas de operacionalizar essas transferências de recursos entre as entidades federadas, embora os convênios não se restrinjam apenas a esse propósito. Embora possam prever a transferência de recursos financeiros entre os participantes como parte de seus objetivos, os convênios também são utilizados para outros tipos de cooperação que não envolvem repasses financeiros, como compartilhamento de dados, cessão de imóveis e empréstimo de equipamentos, todos com o objetivo de alcançar uma finalidade comum entre os signatários.

O que caracteriza o convênio é a soma de esforços em torno de um interesse recíproco (que deve necessariamente compreender um objetivo constitucional), portanto, existem acordos cooperativos que não possuem na sua configuração a transmissão de recursos financeiros. Também é essencial lembrar que o fato de o ajuste ter como premissa a transferência de recursos não faz dele um convênio, caso não estabelecida a colaboração mútua em torno de um propósito constitucional (BITTENCOURT, 2005, p. 31).¹⁷

No momento de formatar o desenho do ajuste convenial, é muito importante vislumbrar e criar formas de constatação, do propósito real da execução da política pública ou projeto pretendido, e não somente da execução de obra, repasse de recursos ou aquisições de equipamentos que, muitas vezes, são apenas meios para que se possa concretizar o interesse coletivo fundamental.

O objetivo do convênio é a construção de uma escola. Um exemplo claro disso é um ajuste que só poderia ser considerado de sucesso, caso o edifício construído estivesse em pleno funcionamento, com corpo discente ministrando aulas e a

¹⁷ Tem o mesmo posicionamento Sidney Bittencourt: “Por tudo que expusemos, afirmamos com segurança que não era convincente a conceituação dada pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN na vetusta instrução normativa) sobre o assunto, em que define o convênio como qualquer instrumento que discipline transferência de recursos e tenha como participante órgão da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (...), uma vez que também há convênios celebrados sem que haja qualquer tipo de transferência de recursos públicos. Ficamos, no entanto, com a lógica de que a conceituação se produziu para fins de atendimento aos objetivos da instrução, que buscava definir caminhos para os chamados convênios de natureza financeira.

comunidade usufruindo da escola. Só assim, a política de educação estaria sendo executada de forma eficiente.

Nesse sentido, o TCU entende que, mesmo tendo sido empregada a totalidade dos valores do convênio em obra pública, encontra-se irregular a situação, se houver a completa frustração dos objetivos do convênio (que consistem na prestação de serviços à coletividade e não no simples repasse e aplicação dos recursos). A comprovação de aquisição de bens ou execução de serviços-meio não configuram razão suficiente para que seja atestada a boa e regular aplicação dos recursos, fazendo-se necessário demonstrar a correta e efetiva utilização dos bens adquiridos ou a execução dos serviços para as finalidades estabelecidas no convênio.¹⁸

A conquista do convênio, com sua finalidade, não se confunde com a mera conclusão da obra ou entrega do bem, sendo necessário que a sociedade usufrua do investimento público realizado.

1.6 Partícipes

Para determinado negócio jurídico ser considerado um convênio, deve haver participação do Poder Público em algum dos polos do ajuste e, somado a isso, a presença de interesse mútuo de caráter cooperativo, não contraprestacional, entre os parceiros.¹⁹

1.6.1 Partícipe ente privado

Em algum momento, na sociedade, já houve quem defendesse que os convênios só podem ser celebrados entre entes públicos.²⁰ Da redação do art. 241 da Constituição Federal, que trata dos convênios, é possível inferir que seriam exclusivos para negócios entre entes federados.

¹⁸ Acórdão nº 8.793/2012 – Segunda Câmara (Brasil, 2012q), Acórdão nº 549/2018 – Primeira Câmara (Brasil, 2018g), Acórdão nº 1.188/2007 – Plenário (Brasil, 2007c), Acórdão nº 1.540/2014 – Plenário (Brasil, 2014d).

¹⁹ Ressalte-se que já dispôs o TCU que a celebração de convênios tem caráter personalíssimo, não se admitindo, portanto, a transferência integral de seu objeto a terceiros. TCU: Acórdão nº 2.295/2021 – Plenário (Brasil, 2021g).

²⁰ Trata-se de posicionamento de Amílcar Motta, conforme relatado por Bittencourt (2019).

Entretanto, na prática administrativa, é comum e rotineiro que se efetivem convênios também com entidades privadas sem fins lucrativos. Hely Lopes Meirelles dispõe que apesar da redação do texto constitucional possibilitar a impressão de que os convênios “*só são admissíveis entre entidades estatais*”, é certa a possibilidade de se firmar ajustes entre entidades públicas e particulares (MEIRELLES, 1966, p. 344).

Em relação à superveniência da Lei nº 13.019/14, que limitou de forma drástica a possibilidade de celebração de convênio com entidades privadas, é primordial relembrar que caso a entidade parceira não esteja eventualmente normatizada por ela, seria lícita a celebração de parceria por meio convencional. A Lei nº 13.019/14 é lei especial e as Leis Gerais de Licitações (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 14.133/21) possuem aplicação subsidiária.

Não se poderia deixar de considerar, de todo modo, a previsão expressa da possibilidade de parcerias, por meio de convênio, com ente privados, quando se tratar de atividade complementar no âmbito do SUS (art. 3º, inciso IV, e art. 84, inciso II, da Lei nº 13.019/13).

1.6.2 Ente privado com fins lucrativos como partícipe

O convênio administrativo, no âmbito do direito público brasileiro, sempre foi entendido como instituto destinado às relações jurídicas entre entes públicos ou entre a Administração Pública e entidades privadas sem fins lucrativos. No campo doutrinário, é apontado como requisito intransponível para a celebração de convênios administrativos que a entidade privada não possua fins lucrativos.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 673), é taxativo ao afirmar que a natureza lucrativa da pessoa jurídica empresarial faria com que a entidade comercial sempre identificasse o ajuste como meio de obter contraprestação, e, dessa forma, só poderiam celebrar convênios com a Administração pessoa jurídicas que não visassem lucro na sua atividade:

Segundo entendemos, **só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem pessoas sem fins lucrativos**. Com efeito, se a contraparte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois independentemente da

caracterização de seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento.

Para a doutrina majoritária, os ajustes cooperativos são possíveis somente entre entes federados ou com as entidades privadas sem fins lucrativos. Todavia, identifica-se posicionamento bastante pertinente, de Gustavo Magalhães (2012, p. 73), que defende, sob a ótica do interesse a ser alcançado, que não importa se o partícipe do convênio atua em todas as suas outras relações jurídicas com intuito de auferir lucro. É relevante para o Estado se o ente colaborador atua desinteressadamente naquele convênio específico, sem exigir qualquer contrapartida para a realização da atividade de interesse coletivo.

O Poder Público deve atentar-se para o quanto seu parceiro privado está inclinado a atuar sem contraprestação pela execução da política pública em questão, mesmo que isso implique em ganhos indiretos relacionados a uma boa publicidade àquela entidade empresarial.

É indiferente a intenção do efeito “extra ajuste” a que aquela entidade visa, isso se no negócio jurídico específico, a intenção dela for concretizar o interesse público da Administração Pública e não o lucro em relação àquele empreendimento. Pouco importa a intenção de se beneficiar da opinião pública como uma empresa que apoia causas sociais ou instituições filantrópicas, o chamado de *marketing* social (MAGALHÃES, 2012, p. 71).

Nesse contexto, observa-se que as pessoas jurídicas privadas que possuem a finalidade de lucro criam fundações e associações com intuito de participar de parcerias com o Poder Público. Sendo assim, essas entidades, em algum momento, já fazem ajustes colaborativos com o Poder Público, por pessoa jurídica interposta.

O que interessa para o Poder Público é a busca do interesse fundamental coletivo sem a necessidade de remunerar o partícipe privado, não havendo óbice para a celebração de ajuste com pessoa jurídica que tenha, institucionalmente, finalidade lucrativa (MAGALHÃES, 2012, p. 73).

Apesar dessa linha de pensamento, não ser apropriada para celebrar convênios destinados à realização de projetos conduzidos pelo setor privado com finalidade lucrativa, o convênio é designado exclusivamente para atender a interesses

coletivos constitucionalmente estabelecidos. Logo, não há interesses privados lucrativos.

Assim, fica evidente que firmar um contrato com uma pessoa jurídica empresarial sob a forma de convênio seria uma violação da Lei Geral de Licitações. Por outro lado, a proibição absoluta e incontestável de firmar acordos cooperativos com pessoas jurídicas com fins lucrativos pode ser uma medida que não está alinhada com a promoção dos interesses fundamentais da população, especialmente quando essas empresas desejam cooperar de alguma forma com políticas públicas para melhorar o funcionamento dos serviços públicos.

Portanto, parece pouco razoável e potencialmente prejudicial ao interesse coletivo proibir convênios entre o Poder Público e entidades privadas com fins lucrativos, mesmo que estas contribuam financeiramente para o ajuste. Uma proibição geral de acordos entre entidades estatais e empresas nem sempre é a melhor abordagem para promover os interesses fundamentais da população.

Curso de Extensão: Convênios

Módulo 02

1. Módulo II: Convênios Administrativos e a transferência de recursos

O federalismo brasileiro é caracterizado por uma estrutura que envolve uma coalizão de entidades políticas autônomas subordinadas a uma entidade central soberana. Esse modelo distribui competências entre os diferentes níveis de governo, sendo essencial para analisar as transferências intergovernamentais. A disponibilidade de financiamento é crucial para que as entidades exerçam seus poderes constitucionais, sendo um instrumento chave para a autonomia.

Para garantir a independência financeira dos entes federados, o pacto federativo brasileiro distribui a receita tributária entre a União, estados, Distrito Federal e municípios, assegurando a participação deles na arrecadação e redistribuindo parte da receita entre os municípios e estados. Esse modelo cooperativo de repartição de tributos promove a colaboração entre os entes federativos para alcançar objetivos comuns delineados constitucionalmente.

Essa cooperação se manifesta nos âmbitos administrativo, político e financeiro, impactando na alocação de competências de cada ente federativo visando ao desenvolvimento geral e à garantia dos direitos fundamentais da população. Os objetivos constitucionais são alcançados através da colaboração dos entes federados, que devem estabelecer limites e responsabilidades, especialmente ao compartilhar competências, para garantir a efetividade da cooperação e o alcance dos objetivos comuns.

1.1 Transferências voluntárias

A escolha política pelo federalismo, estabelecida na Constituição da República, resulta não apenas na independência político-administrativa dos estados federados, mas também em sua autonomia financeira. A autonomia financeira implica na obtenção de receitas próprias pelos entes federativos, distribuídas de acordo com critérios definidos na legislação constitucional, geralmente obtidas através de arrecadação direta ou por meio de transferências intergovernamentais, ou seja, por recursos repassados entre esferas de governo.

Essa estrutura resulta em dois tipos de transferências: as transferências compulsórias e as transferências voluntárias.

As transferências compulsórias são aquelas em que os repasses de recursos seguem as regras estabelecidas previamente pelo sistema legal. Seu propósito é assegurar a autonomia financeira dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Portanto, não são resultados de uma escolha deliberada do ente que realiza o repasse, mas sim de uma determinação obrigatória estabelecida por uma norma heterônoma.

Uma das principais formas de realização das transferências de caráter obrigatório ocorre através da partilha de receitas tributárias. Assim, a Constituição da República prevê explicitamente a participação de um ente federativo na arrecadação tributária de outro.

Por outro lado, as transferências voluntárias estão ligadas à colaboração entre as entidades federativas na implementação de serviços públicos, sendo resultado de acordos formalizados pelos representantes dessas entidades. O que distingue as transferências voluntárias das compulsórias é a decisão política de efetuar os repasses, ao contrário das compulsórias, que são originadas da obrigação imposta pelo próprio sistema jurídico.

O art. 25 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, conceitua como transferência voluntária “a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

Normalmente, as transferências obrigatórias não requerem um instrumento formal para estabelecer a cooperação entre os entes, já que os repasses ocorrem automaticamente, seja diretamente ou através de fundos, devido à obrigação estabelecida na Constituição Federal. Por outro lado, as transferências voluntárias exigem um instrumento de negociação que formalize e estipule as condições dessas transferências, pois seus termos não foram previamente definidos.

É importante observar que, por definição, um convênio é um negócio jurídico que implica em contribuições mútuas para a consecução de um interesse comum. Portanto, não se pode considerar os convênios apenas como simples transferências

de recursos, a menos que seja evidenciado o esforço conjunto para concretizar um direito fundamental de competência compartilhada pelos entes envolvidos.

Essa observação é relevante porque é comum que a prática administrativa utilize convênios para facilitar a mera transferência de recursos financeiros, sem a devida caracterização do interesse comum que envolve as competências das entidades participantes, resultando na falta do aspecto colaborativo.

Imagem 4 - Um cofre com dinheiro e um balão com texto.



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Portanto, os convênios não devem ser confundidos com simples transferências financeiras sob o título de subvenção social (conforme o art. 12, §3º, I, da Lei nº 4.320/64). Na subvenção social, os fundos transferidos são destinados ao suporte de uma entidade específica, ou seja, são destinados a cobrir despesas de natureza geral, sem estar vinculados a um plano de trabalho definido. Em contrapartida – explicação: repetição de palavras, os convênios devem obrigatoriamente estar ligados a um projeto específico, com os participantes se unindo para alcançar uma meta predefinida.

A distinção do convênio de outras modalidades em que se realizam transferências voluntárias, portanto, é o ajuste prévio de atribuições dos partícipes, uma vez que se trata de negócio jurídico bilateral, em que os partícipes se unem para atender a um objetivo comum (MAGALHÃES, 2012, p. 294-295).

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece critérios para autorizar a transferência de recursos entre entes da Federação, independentemente do instrumento utilizado para formalizar essa transferência específica. Se ocorrer a transferência de recursos entre esses entes, é crucial observar as disposições do regulamento fiscal.

É claro que, no caso de um convênio destinado à transferência de recursos financeiros, é fundamental atender aos requisitos exigidos para sua execução, incluindo a demonstração de interesses mútuos, além de estar em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal no que diz respeito às transferências voluntárias.

1.2 Requisitos para se efetuar transferências voluntárias

Na esfera legal, a Lei de Responsabilidade Fiscal representa o mais relevante diploma regulamentador das transferências, uma vez que traça seu conceito e ainda elenca os requisitos condicionantes dos respectivos repasses (art. 25).²¹

Além das exigências do artigo 25, a Lei de Responsabilidade Fiscal também requer a efetiva arrecadação de todos os tributos sob a competência do ente

²¹ Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

I – Existência de dotação específica;

III – Observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;

IV – Comprovação, por parte do beneficiário, de:

a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;

c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;

d) previsão orçamentária de contrapartida.

§2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.

§3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social (Brasil, 2007a).

federativo, conforme estipulado no parágrafo único do artigo 11, como uma condição para receber as transferências voluntárias.

Caso esses requisitos sejam cumpridos, a transferência de recursos entre os entes é viável. Entretanto, caso haja descumprimento dessas exigências, o ente não receberá as transferências voluntárias, exceto aquelas destinadas às áreas de saúde, educação e assistência social mencionadas no parágrafo 3º do artigo 25 da Lei Complementar nº 101.

A verificação da regularidade do ente beneficiário é conduzida através da consulta aos cadastros de inadimplentes do ente concedente. Essa análise pode ser realizada pelo Cadin (Cadastro Informativo de Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades), banco de dados destinado a registrar as pendências de pessoas físicas e jurídicas junto aos órgãos e entidades da administração pública, ou através das certidões liberatórias dos tribunais de contas.²²

A verificação da regularidade fiscal dos proponentes é um requisito obrigatório para a celebração de convênios. O não cumprimento desse procedimento de controle preventivo por parte do órgão repassador pode resultar em responsabilização.²³

Conforme indicado no inciso XIII do artigo 55 da Lei nº 8.666/93 e no inciso XVI do artigo 92 da Lei nº 14.133/21, os participantes são obrigados a manter as condições iniciais que tinham no momento da celebração do contrato durante toda a sua execução. Isso implica que, no caso de um convênio que envolva a transferência de recursos financeiros, além dos requisitos estabelecidos na Lei Geral de Licitações, os participantes devem garantir que todas as condições estabelecidas no artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal sejam mantidas ao longo do prazo do contrato, sob pena de suspensão da transferência financeira.

Os dispositivos mencionados anteriormente são plenamente compatíveis com a natureza do convênio, o que os torna de aplicação obrigatória, de acordo com a exigência estabelecida no artigo 116 da Lei nº 8.666/93 e no artigo 184 da Lei nº 14.133/21. O Tribunal de Contas da União (TCU) já determinou que o ente federativo

²² Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 (Brasil, 2002b).

²³ O TCU já dispôs de forma semelhante no Acórdão nº 1.933/2007 – Plenário (Brasil, 2007i).

conveniente é responsável por manter atualizadas as condições de regularidade fiscal e cadastral.²⁴

1.3 Contrapartida como condição para recebimento das transferências voluntárias

Visando prevenir convênios que resultam em transferências de recursos sem contrapartida, a legislação brasileira estipula a necessidade de contrapartida por parte do conveniente.²⁵

Contrapartida representa a contribuição que o conveniente oferecerá para alcançar o objetivo proposto. Considerando que o convênio tem como objetivo facilitar a colaboração entre as partes envolvidas, a união de esforços de todas as entidades para concretizar o objetivo comum é uma consequência lógica desse processo.

Quanto à necessidade de todos os convenientes contribuírem financeiramente de forma obrigatória nos acordos que envolvem a transferência de recursos, a Lei de Responsabilidade Fiscal exige que haja previsão orçamentária para a contrapartida, sem fazer qualquer ressalva quanto a essa exigência legal.

Ao examinar o Decreto nº 11.531/23 (artigo 9) e a Lei nº 14.116/201 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), fica claro que a contrapartida é considerada indispensável para a efetivação de transferências voluntárias no contexto federal.

²⁴ TCU: Acórdão nº 946/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011s), Acórdão nº 8.679/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011r).

²⁵ A Lei de Responsabilidade Fiscal, no art. 25, §, I, d), prevê entre as exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, a previsão orçamentária de contrapartida.

Imagem 5: Moedas com semblante triste.

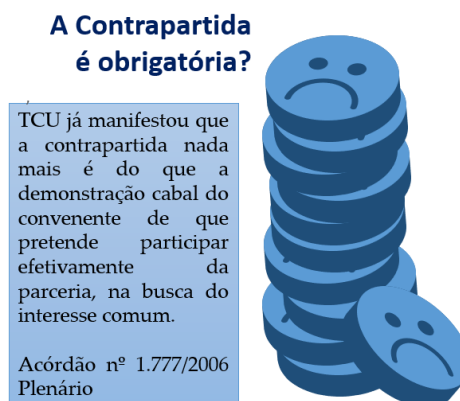


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Na esfera regional, alguns atos normativos consideram opcional a contribuição de contrapartida por parte do conveniente, apesar do que é estipulado na Lei de Responsabilidade Fiscal.²⁶ Nesses casos, a interpretação é de que, se houver exigência de contrapartida, é necessário que haja previsão orçamentária para ela no momento da celebração do acordo. No entanto, essa abordagem pode não ser a mais adequada.

É importante notar que a redação de normas estaduais e municipais que exigem a demonstração da contrapartida "quando prevista" parece refletir a linguagem utilizada em um regulamento (já revogado) da União, a Portaria nº 507/2011.

Em todo caso, é desafiador conceber um convênio no qual a realização necessite de recursos, mas a parte beneficiária não tenha nenhuma responsabilidade monetariamente mensurável a cumprir. Existe uma clara tendência de que os convênios que não incluem contrapartida não se enquadrem como convênios, mas sim como uma forma de doação disfarçada.²⁷

Da mesma forma, Gustavo Magalhães (2012, p. 295 e 291) esclarece que é da própria essência do convênio, negócio jurídico bilateral cooperativo, a junção de

²⁶ É o que se pode depreender da leitura do art. 13 da Resolução nº 28 /2011 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, ao criar regras para contrapartida, "quando prevista" no termo que regulamenta a respectiva transferência voluntária.

²⁷ Nesse sentido, o TCU já manifestou que a contrapartida nada mais é do que a demonstração cabal do conveniente de que pretende participar efetivamente da parceria, na busca do interesse comum. TCU: Acórdão nº 1.777/2006 Plenário (Brasil, 2006c).

esforços para se atender um objetivo comum. É imprescindível que todos os partícipes efetivamente colaborem com o fim de configurar a cooperação. Sendo assim, no intuito de garantir a mútua colaboração nos convênios, evitando-se que eles se tornem meras doações realizadas entre entes federativos, é prevista a contrapartida como requisito da celebração do convênio.

Veja que a contrapartida não necessita ser em valores financeiros, admite-se que um ente contribua com recursos financeiros e outro apresente como contrapartida bens ou serviços economicamente mensuráveis (DURÃO, 2018, p. 139).

Nos casos em que a contrapartida for oferecida em bens ou serviços, recomenda-se a precificação monetária, com o acompanhamento das justificativas e memórias de cálculos, a fim de ser garantida a compreensão a respeito da proporcionalidade das contribuições a serem oferecidas pelos partícipes (MAGALHÃES, 2012, p. 292).

Imagem 6 – Moedas com semblante feliz.

**A Contrapartida
em bens e ou
serviços**



O Novo decreto da União 11.351/23 não admite a contrapartida em bens e serviços para entidades públicas!

9º (...) § 3º A previsão de contrapartida aportada **por órgãos e por entidades públicos, exclusivamente financeira**, será comprovada por meio de previsão orçamentária e ocorrerá previamente à celebração do convênio ou do contrato de repasse.

§ 4º Na celebração de convênio ou de contrato de repasse com **entidades privadas sem fins lucrativos, será admitida a contrapartida em bens e serviços**, se economicamente mensuráveis.

Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Nenhuma legislação de abrangência nacional estabelece a proporção entre a partida e a contrapartida, sendo responsabilidade das partes envolvidas no caso específico avaliar a contribuição de cada participante.

Embora da própria ideia de contrapartida se possa inferir a equivalência das prestações, deve-se ter em mente que o convênio (conforme o art. 3º em conjunto

com o art. 241 da Constituição Federal) é instrumento de prestação conjunta de serviços públicos, como também um meio de reduzir desigualdades regionais. A existência histórica das transferências federais no Brasil tem sua origem no objetivo de reduzir desigualdades territoriais (ARRETCHE, 2012, p. 201).

O ordenamento jurídico busca garantir que os partícipes contribuam efetivamente para o sucesso do pretendido no convênio, em atenção a própria natureza convenial (que exige uma soma de esforços em cooperação), sem que para tanto sejam fixados percentuais que não respeitem a condição financeira e econômica dos entes envolvidos. Assim, fica claro que todos os partícipes do convênio devem cooperar, o que não significa que a contribuição de cada um deva ser idêntica (MAGALHÃES, 2012, p. 293-294).

Anualmente, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 14.116/20) da União estabelece critérios percentuais, os quais são baseados na população do município que receberá a transferência correspondente. Esse procedimento visa definir o valor monetário da contrapartida exigida ²⁸.

Imagem 7 – Moedas com semblante neutro.

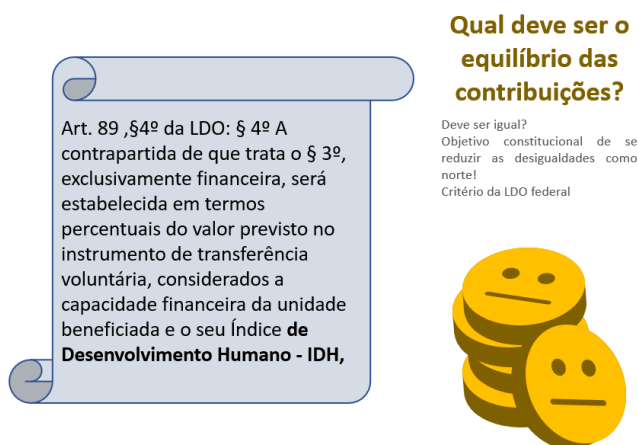


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

²⁸ Ver art. 83 e parágrafos da Lei nº 14.116, de 31 de dezembro de 2020, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2021.

Na falta de um dispositivo normativo que estabeleça o valor da contrapartida na respectiva esfera da federação, a relação entre os aportes deve ser determinada considerando o objeto a ser executado e a situação financeira dos participantes. A metodologia utilizada para estimar o valor da contrapartida, seja por meio de bens e serviços, bem como a proporção entre a partida e a contrapartida, deve ser detalhada no Plano de Trabalho, acompanhada das justificativas pertinentes.²⁹

O Tribunal de Contas da União (TCU) já expressou sua posição quanto à manutenção da proporcionalidade entre a partida e a contrapartida, conforme informado inicialmente, ao longo de toda a execução do convênio. Isso se aplica mesmo que haja saldo remanescente a ser devolvido após a conclusão do objeto do convênio.³⁰

Os convênios estabelecidos pela Administração Pública devem ser fundamentados nos esforços direcionados à realização do interesse coletivo, com a determinação clara da contrapartida correspondente (caso envolvam transferência de recursos financeiros).

1.4 Transferências de recursos em período eleitoral e em final de mandato

A Lei nº 9.504/97, que regula as restrições durante o período eleitoral, proíbe a realização de transferências voluntárias entre entes federativos nos três meses que antecedem as eleições (artigo 73, VI, a). No entanto, há exceções para os recursos destinados a cumprir obrigações formais preexistentes para a execução de obras ou serviços em andamento com um cronograma estabelecido, bem como para aqueles destinados a lidar com situações de emergência e calamidade pública. Portanto, essa legislação visa evitar o uso indevido de transferências voluntárias como forma de campanha eleitoral.³¹

²⁹ Esse, também, é o posicionamento do TCU ao recomendar que na hipótese em que o Plano de Trabalho do convênio fizer previsão de execução de serviços como contrapartida, somente deve ser celebrado o ajuste se esses serviços estiverem discriminados, quantificados e com custos definidos (mensuráveis). TCU: Acórdão nº 980/2009 – Plenário (Brasil, 2009x) e Acórdão nº 2.909/2009 – Plenário (Brasil, 2009o).

³⁰ TCU: Acórdão nº 186/2007 – Primeira Câmara (Brasil, 2007g), Acórdão nº 364/2007 – Segunda Câmara (Brasil, 2007m), Acórdão nº 1.543/2008 – Segunda Câmara (Brasil, 2008g), Acórdão nº 5.774/2015 – Plenário (Brasil, 2015g).

³¹ BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Brasília/DF: Presidência da República, 1997.

Durante o período eleitoral, os candidatos que ocupam cargos na administração pública podem obter uma vantagem injusta ao realizar transferências de recursos para outras entidades. Isso ocorre porque tais repasses podem resultar em maior apoio político e aumento da popularidade. Em outras palavras, permitir transferências de recursos durante esse período poderia abrir caminho para o uso abusivo da máquina pública e dos recursos públicos com propósitos eleitorais, o que configuraria um desvio de poder.

Essa é a interpretação adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral - TSE, segundo a qual a simples prática desse comportamento já configura uma violação da legislação, não sendo necessário demonstrar o dano efetivo. Isso ocorre porque as condutas proibidas por lei afetam, por presunção legal, a igualdade de oportunidades entre os candidatos durante o processo eleitoral, não sendo preciso comprovar sua capacidade prejudicial.³²

Imagem 8 – Imagem contendo três cofres de dinheiro.

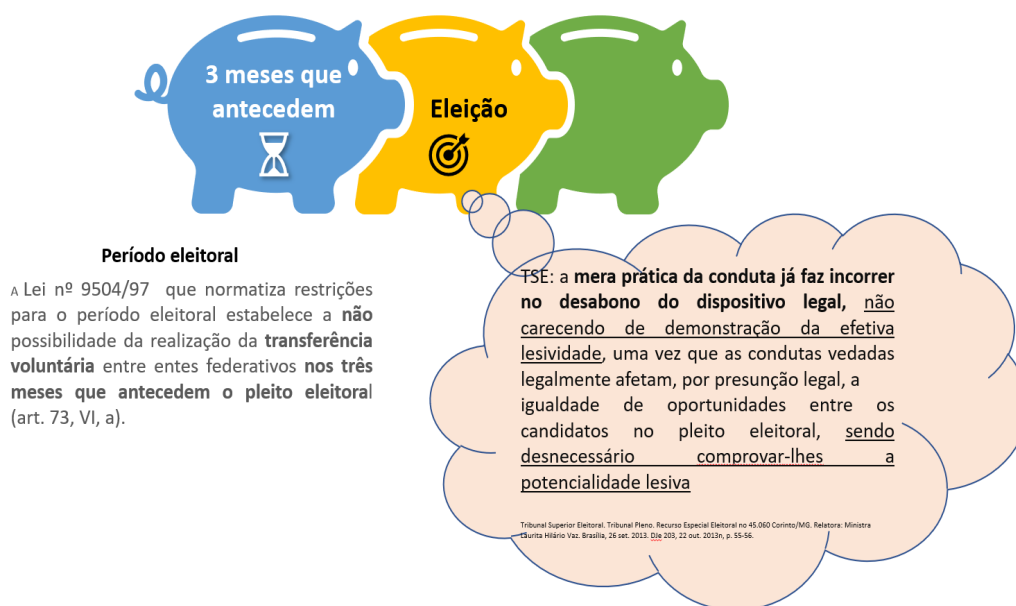


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

³² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Tribunal Pleno. Recurso Especial Eleitoral nº 45.060 Corinto/MG. Relatora: Ministra Laurita Hilário Vaz. Brasília, 26 set. 2013. DJe 203, 22 out. 2013n, p. 55-56.

O dispositivo foi elaborado visando garantir a continuidade de obras e serviços que já estivessem em execução no início do período de restrição. Uma paralisação repentina desses serviços e obras poderia acarretar danos à sociedade e ao erário público.

De acordo com a Resolução nº 21.878 de 2004 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), é proibida a transferência voluntária de recursos até a realização das eleições, mesmo que resulte de um convênio, a menos que seja destinada à continuidade de obras ou serviços que já tenham sido fisicamente iniciados.³³ Isso significa que apenas o fato de o convênio ter sido firmado antes do período de restrição não torna o repasse de recursos hábil para continuar o empreendimento legal. É necessário que as obras e serviços tenham sido iniciados fisicamente antes do período mencionado no artigo 73, inciso VI, da Lei nº 9.504/1997, para justificar o repasse de recursos, a fim de evitar a interrupção de obras e serviços públicos.

Imagem 9 – Imagem contendo três cofres de dinheiro.

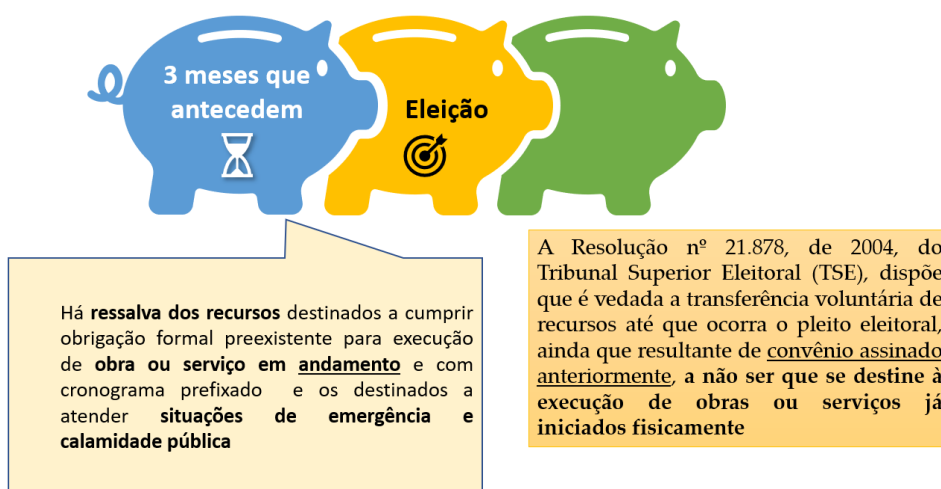


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

³³ É oportuno também citar o Acórdão nº 6.111/15 – Tribunal do Pleno, do TCE/PR, no mesmo sentido: O espírito normativo do referido dispositivo reside na manutenção da isonomia entre os candidatos nos pleitos eleitorais, restando abusos da Administração, praticados pelos seus agentes públicos, quando do período eleitoral, admitindo-se a mitigação dessa regra em casos de emergência e calamidade pública, bem como quando do repasse para obras ou serviços já iniciados derivados de obrigações anteriormente celebradas. (...) Nesse contexto, veja-se que é irrelevante a data em que o convênio tenha sido celebrado, sendo indispensável que o repasse ocorra para atender obras que já estejam em andamento, inclusive, sob pena de responsabilização eleitoral do agente público.

Nesses cenários, os recursos que podem ser transferidos são aqueles inicialmente reservados conforme o projeto original para a execução das obras e serviços. Se houver uma expansão do escopo original durante o período de restrição eleitoral, os recursos destinados a essa ampliação só podem ser transferidos após o término do período restrito.

Uma situação distinta surge quando há comprovação da necessidade de aumento de recursos, não devido à uma escolha discricionária de ampliar o escopo inicialmente planejado pela Administração Pública, por conta da indispensabilidade dessa alteração por razões técnicas, ou seja, descobertas durante a execução. Nesse caso, é viável considerar a ampliação da transferência de recursos, mesmo durante o período de restrição, caso seja demonstrado no caso específico que a suspensão do serviço seria prejudicial demais (enquanto aguarda o fim do período restrito). Essa última situação pode se enquadrar (dependendo do contexto) na exceção legal que permite transferências voluntárias durante o período de restrição eleitoral, desde que os recursos transferidos se destinem a situações de emergência.³⁴

Observe que a lei proíbe o repasse efetivo de recursos e não as etapas preparatórias do convênio, como a assinatura do termo de convênio e a realização da licitação. Nesse sentido, o Parecer GQ-158 da Advocacia-Geral da União³⁵, argumenta que a assinatura do termo de convênio não está proibida pela lei em questão, sendo possível incluir uma cláusula no instrumento que condicione a liberação dos recursos ao término do prazo estabelecido no inciso VI do artigo 73 da Lei nº 9.504/97.

Além disso, em consideração às obrigações que transcendem o exercício financeiro e impactam o caixa da gestão subsequente, a Lei de Responsabilidade Fiscal proíbe que nos últimos dois quadrimestres do mandato eletivo seja assumida qualquer despesa que afete os exercícios financeiros futuros sem a devida disponibilidade de caixa correspondente (artigo 42).

³⁴ Conclusões feitas a partir de reflexões feitas junto com o colega Procurador do Estado do Paraná Igor Pires da Costa, no âmbito do XLVIII Congresso Nacional de Procuradores do Distrito Federal, que ocorreu em agosto de 2022 em Gramado.

³⁵ BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer AGU Nº GQ-158*, de 6 de julho de 1998. Brasília/DF: 6 jul. 1998a.

Imagem 10 – Imagem contendo três cofres de dinheiro.



Fim de mandato

a Lei de Responsabilidade Fiscal veda que nos **últimos dois quadrimestres do mandato eletivo** seja contraída **obrigação de despesa que venha a repercutir nos exercícios financeiros seguintes**, sem a **adequada e correspondente disponibilidade de caixa (art.42)**.

Imagem elaborada pelo professor conteadista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

É fundamental destacar que, geralmente, para a celebração de convênios, não é obrigatória a disponibilidade de recursos financeiros, bastando apenas a previsão orçamentária, conforme evidenciado pelo inciso I do §2º do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, pelo artigo 14, inciso II, e pelo §2º do artigo 7º, ambos da Lei nº 8.666/93, e pelos artigos 105 e 150 da Lei nº 14.133/21.³⁶

O art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal não se refere à existência de dotação orçamentária, mas sim à disponibilidade do próprio recurso financeiro. Aliás, o dispositivo não remete apenas à proibição de empenho, sem a respectiva disponibilidade financeira, mas sim “obrigação de despesa”, expressão que não se refere apenas à despesa empenhada, mas também a qualquer compromisso assumido, ainda que a despesa não tenha sido executada (LEITE, 2014, p. 220).

Portanto, a Lei de Responsabilidade Fiscal proíbe a celebração de convênios que envolvam compromissos financeiros que excedam o exercício financeiro, caso

³⁶ No mesmo sentido, a seguinte decisão do STJ (Recurso Especial 114.1021/SP – 2009/0070033-8, Segunda Turma), que é aplicável analogicamente aos convênios: 4. A Lei nº 8.666/93 exige para a realização da licitação a existência de “previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma”, ou seja, a lei não exige a disponibilidade financeira (fato da administração ter o recurso disponível ou liberado), mas, tão somente, que haja previsão destes recursos na Lei orçamentária. 5. Recurso especial provido (Brasil, 2012b).

não haja recursos financeiros disponíveis para cobrir tais compromissos, nos últimos dois quadrimestres do mandato eletivo do chefe do respectivo poder.

Curso de Extensão: Convênios

Módulo 03

1.1 Tratativas e o protocolo de intenção

Antes da assinatura do termo convenial, é comum que os representantes das entidades envolvidas se aproximem e negociem para determinar se o negócio é vantajoso ou não, de forma preliminar e superficial. Esse estágio inicial é marcado pela falta de qualquer obrigação contratual vinculativa.

Desse modo, muitas vezes, após essas primeiras tratativas, é possível que os representantes envolvidos, com intuito de sinalizar a pretensão de assinatura do ajuste, e também para ciência da população interessada, firmem um documento costumeiramente intitulado “protocolo de intenções”.³⁷

Nas relações comerciais privadas, é frequente que, mesmo sem a assinatura de um contrato formal, o início da execução por uma das partes, de acordo com as práticas comuns do setor, indique a existência de um contrato preliminar. Isso ocorre devido à efetiva convergência entre a proposta e a aceitação, incluindo a definição dos elementos essenciais.

Contudo, devido às formalidades requeridas por lei para a validade e eficácia dos convênios, especialmente considerando o regime jurídico público, não é viável aceitar a vinculação jurídica de um acordo verbal ou mesmo do protocolo de intenções mencionado.

No mesmo sentido, o Parecer Referencial nº 1/2018 da AGU:

Com relação aos chamados “protocolos de intenções”, assim devem ser considerados tão somente aqueles documentos que se limitam a afirmar o propósito das entidades de selar oportunamente a parceria visada, sem estabelecer direitos e obrigações aos interessados. (...) É comum que também sejam denominados “memorando de entendimento”. O memorando de entendimento, ou protocolo de intenções, revela-se como um instrumento mais político do que jurídico, no qual se estreitam relações entre instituições em prol de objetivos comuns. As regras e cláusulas específicas que irão regulamentar os direitos e obrigações a serem acordados entre as partes celebrantes deverão ser materializadas em instrumento futuro a ser firmado. (...) Prescindem tais documentos de forma rígida, até porque não geram efeitos jurídicos concretos. (...)

³⁷ O termo parece ter sido transportado das relações diplomáticas, no âmbito do direito público internacional, uma vez que o termo “protocolo de intenções” tem sido usado, no âmbito da diplomacia, para se firmar não necessariamente um acordo internacional, mas com a sinalização de intenção de se firmar um compromisso internacional (MAZZUOLI, 2019, p. 265-266).

Um protocolo de intenções não deve ser interpretado como um contrato preliminar, pois neste último há uma relação jurídica negocial estabelecida entre as partes, o que não se verifica nos protocolos de intenções firmados antes da formalização do convênio. No protocolo de intenções, expressa-se a intenção de celebrar um acordo, porém ainda não há uma vinculação jurídica. Por fim, o descumprimento do contrato preliminar acarreta na responsabilidade contratual, o que difere da vinculação jurídica pré-negocial mencionada aqui.

1.2 Planejamento prévio

A Administração Pública deve manter-se vigilante e cautelosa durante os preparativos para a celebração de um acordo, aumentando assim as chances de alcançar os resultados desejados pelo pacto cooperativo. Assim, a realização de estudos sobre as reais necessidades da Administração, juntamente com um planejamento adequado, contribui para um uso mais eficiente dos recursos públicos.

Constata-se que o mau uso do poder orçamentário governamental, muitas vezes, não consiste na execução equivocada do objeto, ocorrendo em suas fases antecedentes. A ausência de planejamento e, conseqüentemente, a execução por via de um Plano de Trabalho defeituoso, aumentarão as chances de fracasso (SANTANA, CAMARÃO e CHRISPIM, 2013, p. 23).

Com frequência, a área técnica dos órgãos administrativos subestima a importância das tarefas realizadas na fase que antecede a formalização de convênios. No entanto, o delineamento dos elementos que compõem o acordo não é uma questão meramente formal. Por conseguinte, isso implica que ter conhecimento das verdadeiras demandas da administração e a habilidade de descrever de maneira detalhada e precisa do objeto desejado são requisitos essenciais para o sucesso do empreendimento, assim como para obter o consentimento informado das partes envolvidas, baseado na boa-fé pré-convênio.

Imagem 11 – Duas caixas contendo texto e imagem representando uma engrenagem.

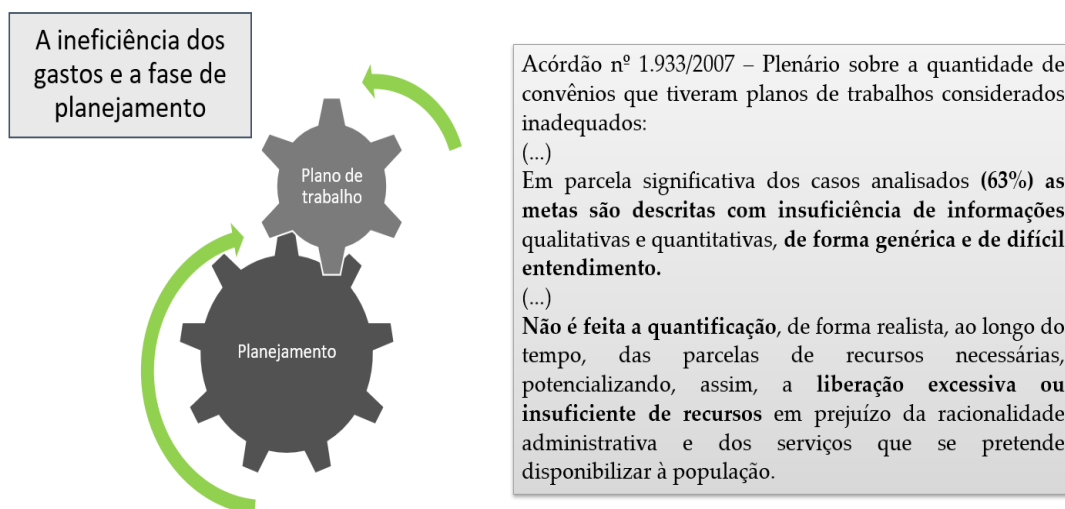


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

A nova Lei de Licitações concretiza o planejamento antecipado por meio do Estudo Técnico Preliminar (ETP), documento este que detalha o interesse público em questão e as abordagens mais adequadas para resolver o problema apresentado. Ele possibilita a avaliação da viabilidade técnica e econômica da proposta pretendida (conforme o artigo 6º, inciso XX, da Lei nº 14.133/21).

Esse Estudo Técnico Preliminar representa a primeira etapa do planejamento, e visa identificar todos os potenciais obstáculos e avaliar a viabilidade do empreendimento em termos técnicos, ambientais e econômicos.

Além disso, o Estudo Técnico Preliminar é uma fase preliminar que subsidia a elaboração de elementos técnicos instrutivos mais detalhados e precisos, como o Plano de Trabalho, o anteprojeto, o Termo de referência ou o Projeto Básico, os quais serão desenvolvidos caso se determine a viabilidade do acordo (conforme o artigo 6º, inciso XX, da Lei nº 14.133/21).

Os elementos técnicos instrutores devem ser preparados com base nas diretrizes fornecidas pelos Estudos Técnicos Preliminares, garantindo a viabilidade técnica e a consideração adequada do impacto ambiental. Eles também devem estabelecer os custos do empreendimento, estimar o prazo de execução e definir os métodos de implementação.

Além disso, é essencial apresentar os motivos que justificam a celebração do convênio, os quais podem ser embasados pelos estudos preliminares.

A autonomia dos entes federativos inclui a discricionariedade na seleção de programas e critérios para a escolha dos participantes. Contudo, em prol da transparência e para permitir o controle social, é responsabilidade do gestor público explicar as razões por trás da escolha da política pública e dos signatários. Ademais, é necessário demonstrar como a colaboração conjunta é o método mais eficaz para alcançar os objetivos constitucionais. Trata-se da concretização do princípio constitucional da motivação, que implica em um dever para que a Administração fundamente cada um dos seus atos.

Diante desse contexto, observa-se que é somente a partir da elucidação das particularidades que motivam a pretensão do objeto convenial, que é permitido possibilitar ao poder financiador saber a definição das áreas e localidades que prioritariamente necessitam de aplicação dos recursos a título de transferências voluntárias. Em resumo, somente com o conhecimento dessas informações, os partícipes terão condições de elencar as metas a serem atingidas e de elaborar, então, o Plano de Trabalho (MAGALHÃES, 2012, p. 287).

O convênio deve ter como objetivo a implementação de programas governamentais, abrangendo a execução de projetos, atividades, serviços, aquisição de bens ou realização de eventos de interesse mútuo, em um regime de cooperação mútua, visando alcançar os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal. Portanto, cabe aos participantes demonstrar de maneira fundamentada o interesse mútuo entre as partes, bem como explicar como o objeto proposto ou o resultado desejado pode beneficiá-las.³⁸

A celebração de convênios é considerada regular somente quando há um interesse mútuo dos partícipes na realização do objeto correspondente, o qual deve ser adequadamente fundamentado no procedimento administrativo relacionado à celebração do acordo.

³⁸ Ressalva semelhante já fez o TCU nos Acórdãos 3.241/2013 – Plenário (Brasil, 2013k), Acórdão nº 7.256/2016 – Segunda Câmara (2016k), Acórdão nº 460/2003 – Segunda Câmara (Brasil, 2003e).

Um estudo de viabilidade apropriado permite avaliar se existem os elementos necessários para a execução do projeto de maneira adequada, fornecendo parâmetros que ajudam o gestor público a tomar decisões relacionadas ao empreendimento.

1.3 Plano de Trabalho

Essa obrigação de fornecer informações nos convênios administrativos é concretizada por meio da apresentação de um Plano de Trabalho detalhado, no qual todas as etapas necessárias para a realização da política pública ou do projeto proposto serão minuciosamente descritas.

É importante destacar que, uma vez que os interesses envolvidos nos convênios são os interesses fundamentais da coletividade, o acesso a essas informações não deve se limitar aos entes que desejam celebrar o acordo, mas deve abranger as comunidades envolvidas.

A assinatura de convênios com um Plano de Trabalho insuficientemente detalhado, juntamente com uma análise superficial dos seus elementos técnicos instrutivos, constitui uma violação aos princípios da legalidade, da economicidade e da transparência, bem como da boa-fé objetiva, que devem ser respeitados pela Administração Pública.³⁹ Em particular, como repassadora de recursos, a entidade pública só deve formalizar convênios quando estiver em condições técnicas e operacionais de avaliar os planos de trabalho, monitorar o progresso na realização dos objetivos estabelecidos nos acordos e analisar as prestações de contas correspondentes dentro do prazo adequado.⁴⁰

É crucial que a equipe técnica se apoie em estudos, pareceres, levantamentos estatísticos e pesquisas para avaliar as necessidades e identificar a solução técnica mais adequada para a pretensão em questão. Assim, a elaboração de um Plano de

³⁹ Já dispôs de forma semelhante o TCU: Acórdão nº 775/2017 – Plenário (Brasil, 2017i), Acórdão nº 2.663/2007 – Plenário (Brasil, 2007j).

⁴⁰ Já dispôs de forma semelhante o TCU: Acórdão nº 4.378/2009 – Segunda Câmara (Brasil, 2009q), Acórdão nº 3.402/2013 – Plenário (Brasil, 2013l), Acórdão nº 6.111/2012 – Plenário (Brasil, 2012n), Acórdão nº 3.642/2012 – Segunda Câmara (Brasil, 2012k), Acórdão nº 1.687/2009 – Plenário (Brasil, 2009g), Acórdão nº 1.562/2009 – Plenário (Brasil, 2009e).

Trabalho apropriado é fundamental para alcançar os objetivos estabelecidos no convênio.

Ao analisar diversos convênios, o Tribunal de Contas da União (TCU) determinou que a aceitação de planos de trabalho mal elaborados, com descrições imprecisas do objeto, falta de metas quantitativas e qualitativas detalhadas e ausência de conformidade com os desembolsos constitui um descumprimento do controle preventivo por parte do gestor do órgão repassador e pode resultar em sua responsabilização. Interessam as conclusões que aquela corte de contas chegou no Acórdão nº 1.933/2007 – Plenário sobre a quantidade de convênios que tiveram planos de trabalhos considerados inadequados:

A insuficiência e até mesmo a falta das informações exigidas pela IN/STN nº 1/97, que rege a celebração de convênios no âmbito federal, é característica comum em grande parte dos planos de trabalho dos convênios analisados. Em parcela significativa dos casos analisados (63%) as metas são descritas com insuficiência de informações qualitativas e quantitativas, de forma genérica e de difícil entendimento. Não trazem informações que permitam avaliar os objetivos que se pretende atingir, como serão realizadas as ações e o que será obtido concretamente em termos de produtos ou serviços a serem prestados à comunidade.

A falta de clareza nos desdobramentos das metas e das ações que deverão ser implementadas redundam em cronogramas de desembolso que não guardam correlação entre as etapas de execução física e os aportes requeridos. Não é feita a quantificação, de forma realista, ao longo do tempo, das parcelas de recursos necessárias, potencializando, assim, a liberação excessiva ou insuficiente de recursos em prejuízo da racionalidade administrativa e dos serviços que se pretende disponibilizar à população.

As imprecisões não só dificultam a avaliação dos planos de trabalho como, se não corrigidas, também possibilitam o desvirtuamento do objeto e favorecem a ocorrência de inúmeras outras irregularidades na fase de execução, como corroboram os achados desta consolidação. Tais falhas deveriam, em tese, ser sanadas na fase de avaliação técnica das propostas ou ensejar a recusa do Plano de Trabalho, mas não é o que se constata ao se analisar a qualidade destas avaliações.

(Tribunal de Contas da União (TCU). Acórdão nº 1.933/2007 – Plenário. Brasília, DF: TCU, 2007.)

Um planejamento adequado é essencial para uma administração pública eficaz, alinhada aos princípios da eficiência, da moralidade e da boa-fé objetiva, garantindo, assim, o cumprimento dos objetivos estabelecidos.

Conforme estabelecido pela Lei nº 8.666/93 (art. 116, §1º),⁴¹ a celebração de convênio, acordo ou ajuste pelo Poder Público depende de prévia aprovação do competente Plano de Trabalho pelos partícipes, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações: I – identificação do objeto a ser executado; II – metas a serem 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.

O Plano de Trabalho tem como principal objetivo traçar as medidas necessárias para conquistar o objetivo ajustado e minimizar a possibilidade de insucesso. Pode-se afirmar que o Plano de Trabalho é a representação escrita, podendo conter elementos gráficos, de um projeto que será executado, descrevendo os objetivos e métodos que serão utilizados para a execução do empreendimento comum (DURÃO, 2018, p. 136).

Todo detalhamento do que será implementado e como será realizado deve ser minuciosamente apresentado no Plano de Trabalho. Portanto, os planos de trabalho devem conter a descrição das metas a serem alcançadas, tanto qualitativa quanto quantitativamente, e todas as informações necessárias para identificar o projeto, atividade ou ação planejada, juntamente com seus custos.⁴²

O Plano de Trabalho centraliza todo o planejamento necessário para a execução do convênio, com intuito de traçar um projeto dos passos necessários para que se torne possível a conquista do objeto ajustado, reduzindo-se a possibilidade de seu insucesso. Dessa forma, é irregular a celebração de convênio cujo Plano de Trabalho contenha objeto com descrição imprecisa ou metas genéricas (MAGALHÃES, 2012, p. 288).

⁴¹ A Lei nº 14.133/21 foi menos detalhista do que o já tímido regramento da Lei nº 8.666/93. Desta forma, cabe aos regulamentos de cada entidade federado, detalhar o regramento dos convênios, em cada esfera federativa.

⁴² Já dispôs de forma semelhante o TCU: Acórdão nº 1.331/2007 – Primeira Câmara (Brasil, 2007e) e Acórdão nº 800/2008 – Segunda Câmara (Brasil, 2008j).

Imagem 12 – Um balão e uma caixa contendo texto.

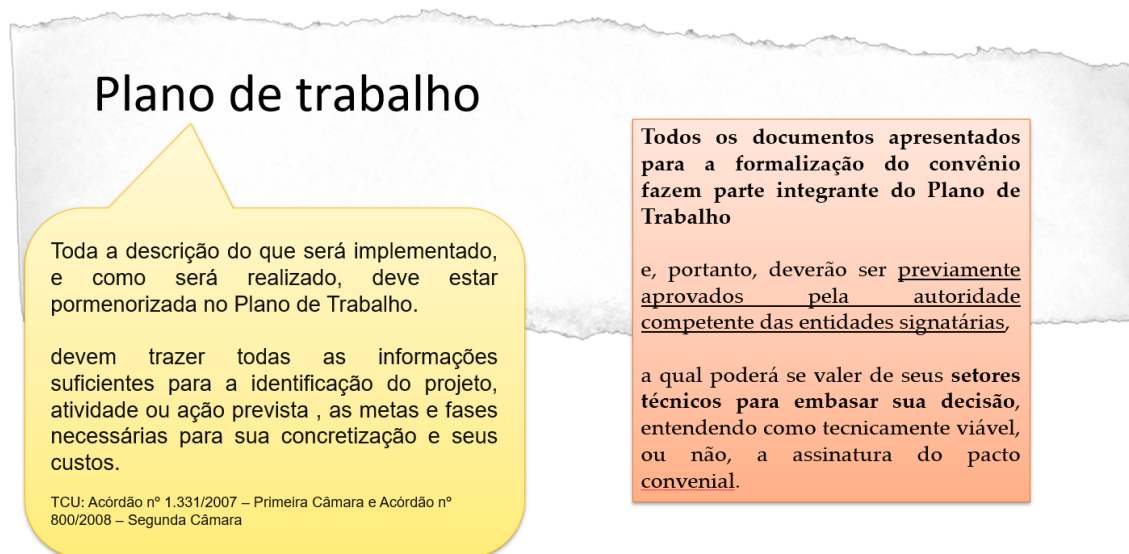


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Além disso, uma boa descrição desse Plano de Trabalho facilita o controle social pelos órgãos controle. A partir da descrição do objeto pelos interessados, é possível verificar o conteúdo da cooperação administrativa. Assim, a descrição assertiva do objeto viabiliza o controle da respectiva execução, coibindo o desvio de finalidade (MAGALHÃES, 2012, p. 289).

Destaca-se que o art. 116, §1º, da Lei nº 8.666/93 exige, para que seja configurada a sua validade, a aprovação do respectivo Plano de Trabalho pela autoridade competente.

Quando o sistema jurídico destaca que é responsabilidade da autoridade competente aprovar o Plano de Trabalho, fica implícito que além da avaliação subjetiva, deve haver uma análise estratégica. Isso implica examinar todos os documentos técnicos que viabilizam o alcance do objetivo almejado pelos envolvidos. Essas informações asseguram que o proponente demonstre que a celebração do convênio é a medida apropriada para alcançar o objetivo compartilhado pelos signatários.

Todos os documentos fornecidos para a formalização do convênio são componentes essenciais do Plano de Trabalho e, como tal, devem ser aprovados

previamente pela autoridade competente das entidades participantes. Esta autoridade pode recorrer aos seus setores técnicos para fundamentar sua decisão, determinando se a assinatura do acordo é considerada viável tecnicamente ou não.⁴³

Uma descrição detalhada e completa do planejado, juntamente com a inclusão de todos os elementos essenciais para uma compreensão abrangente do objetivo, surge do dever de informação ligado à boa-fé objetiva. Somente com uma instrução adequada do Plano de Trabalho será possível para os representantes das partes avaliar os recursos financeiros e a capacidade técnica necessários para a realização do acordo em questão. Isso permitirá que eles deem um consentimento esclarecido sobre os detalhes do negócio jurídico proposto.

1.4 Termo de referência (identificação do objeto)

Quando o conteúdo do convênio envolve aquisições de bens e serviços, torna-se essencial elaborar um Termo de Referência. Esse documento oferece uma orientação detalhada sobre o bem ou serviço que será executado (e frequentemente contratado) dentro do âmbito do convênio.

O Termo de Referência refere-se ao documento que representa a compilação de informações diversas levantadas em torno de um dado objeto que servirá de fonte para guiar a contratação (SANTANA; CAMARÃO; CHRISPIM, 2013, p. 22). É o documento apresentado quando o objeto do convênio se relacionar com aquisições de bens ou serviços, contendo elementos descritivos, os quais devem propiciar a aferição dos custos, a definição de métodos e o prazo de execução do objeto.⁴⁴

⁴³ Já dispôs o TCU, Acórdão nº 11.459/2019 – Primeira Câmara, que não é exigível do agente político que assina convênio a avaliação da capacidade técnica do conveniente para execução do objeto, especialmente quando há pareceres técnicos e jurídicos subsidiando a celebração do ajuste (Brasil, 2019d). Por outro lado, também já dispôs, no Acórdão nº 11.069/2019 – Primeira Câmara, que a existência de pareceres técnico e jurídico não exime a responsabilidade de agente político que, ao assinar convênio, permite o repasse de verbas a objeto não elegível pela política pública sobre a qual tem a obrigação precípua de promover e zelar, pois caracteriza conduta com erro grosseiro (Brasil, 2019c).

⁴⁴ Nesse sentido, o Decreto nº 5.450, que regulamenta o pregão no âmbito federal, descreve o termo de referência como o documento que deverá conter: elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de

A qualidade da descrição e definição do objeto pela Administração Pública terá um impacto direto na percepção dos resultados do convênio. Um Termo de Referência bem elaborado resulta em redução do desperdício e aumenta a probabilidade de alcançar resultados compatíveis com os objetivos da Administração. Por outro lado, uma definição inadequada do objeto leva ao desperdício e prejuízos ao erário.

A realização de estudos sobre as verdadeiras necessidades da Administração, juntamente com um planejamento adequado, resulta em um uso mais eficiente dos fundos públicos. Compreender as necessidades reais da Administração e ter a capacidade de descrever detalhadamente e com precisão o objeto desejado são requisitos indispensáveis para a execução adequada dos convênios.

1.5 Projeto Básico (identificação do objeto)

Quando o convênio envolve a realização de obras e serviços de engenharia, a identificação precisa do objeto e a capacidade de estabelecer um orçamento adequado dependem da elaboração de um Projeto Básico. O art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/1993, define esse projeto 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.⁴⁵

forma clara, concisa e objetiva (Brasil, 2005a). Já a Lei nº 14.133/21 conceitua termo de referência, no seu art. 6º, inciso XXIII, da seguinte forma: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos: a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação; b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas; c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto; d) requisitos da contratação; e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento; f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade; g) critérios de medição e de pagamento; h) forma e critérios de seleção do fornecedor; i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado; j) adequação orçamentária (Brasil, 2005a).

⁴⁵ De forma mais detalhada, a Lei nº 14.133/21, no art. 6º, dispõe o projeto básico como conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure 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 os seguintes elementos: a)

A exigência de um projeto completo para os convênios serve a dois propósitos: a) prevenir complicações futuras decorrentes da falta de um planejamento adequado; e b) garantir que os custos dos empreendimentos sejam estimados de maneira precisa. Isso requer tanto um estudo técnico preliminar adequado quanto um Projeto Básico com um nível de detalhamento suficiente para determinar o custo e as etapas necessárias para a execução do projeto proposto.

Todas as orientações relacionadas à elaboração adequada do Plano de Trabalho para obras e serviços de engenharia estão diretamente ligadas ao Projeto Básico, que faz parte integrante dele. Enquanto o Plano de Trabalho tem como objetivo descrever todas as atividades do convênio, bem como o cronograma de desembolso, o Projeto Básico oferece todos os detalhes da obra ou serviço de engenharia e arquitetura que será realizado dentro do respectivo convênio.

O Projeto Básico deve abranger todos os elementos essenciais para definir claramente o objeto a ser executado, fornecendo aos participantes as ferramentas necessárias para garantir um consentimento informado, conforme os princípios da boa-fé, além de facilitar o controle interno, externo e social. A demanda por um Projeto Básico abrangente é uma consequência natural do dever de planejamento e da adesão às boas práticas de gestão, bem como do compromisso com a transparência e ao dever de informação.

A exigência de um Projeto Básico completo, como parte essencial do plano de trabalho, para a celebração de convênios que envolvam a execução de obras ou serviços de engenharia é um posicionamento consolidado do Tribunal de Contas da

levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos; c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados (...) (Brasil, 2021a).

União (TCU).⁴⁶ Essa corte de contas considera irregular a celebração de convênios na ausência de elementos essenciais, tais como a comprovação do pleno exercício de propriedade do imóvel, as licenças ambientais necessárias, a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) relacionada aos projetos arquitetônicos e ao orçamento, e a precisa localização das obras.

Imagem 13 – Caixas contendo texto.

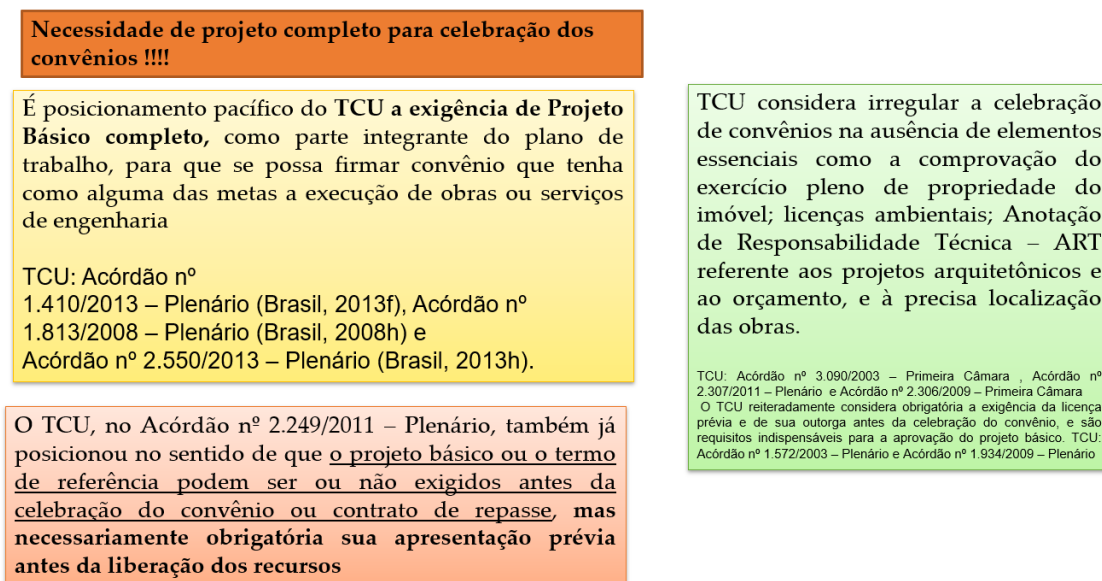


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo.
Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Um Projeto Básico inadequado aumenta os riscos de problemas durante a execução. Portanto, é evidente que a elaboração de um projeto detalhado, que atenda às reais necessidades da Administração Pública, é uma etapa fundamental para o sucesso do empreendimento e aumenta as chances de uso eficiente dos recursos públicos.

⁴⁶ Nesse sentido, aquela corte de contas considerou como impropriedade a ausência, no plano de trabalho de convênio que envolva obra, de projeto básico que contenha os seguintes elementos técnicos instrutores: estudos de viabilidade, custos, prazos de execução, e a ausência de comprovação do exercício de plenos poderes em imóvel. TCU: Acórdão nº 1.410/2013 – Plenário (Brasil, 2013f), Acórdão nº 1.813/2008 – Plenário (Brasil, 2008h) e Acórdão nº 2.550/2013 – Plenário (Brasil, 2013h).
O TCU, no Acórdão nº 2.249/2011 – Plenário, também já posicionou no sentido de que o projeto básico ou o termo de referência podem ser ou não exigidos antes da celebração do convênio ou contrato de repasse, mas necessariamente obrigatória sua apresentação prévia antes da liberação dos recursos (Brasil, 2011f).

Além disso, um objeto mal definido requer ajustes durante a execução da obra. Os termos aditivos aos convênios devem ser elaborados apenas em casos excepcionais, relacionados a circunstâncias imprevistas e subsequentes. No entanto, quando tais eventos imprevisíveis e subsequentes não estão presentes, essas alterações geralmente estão diretamente relacionadas à qualidade do Projeto Básico elaborado pela Administração Pública ou contratado por terceiros.

Com o objetivo de evitar a celebração de convênios com projetos precários, nos casos em que envolvem o repasse de recursos para obras ou serviços de engenharia, o corpo técnico do órgão concedente deve aprovar o Projeto Básico ou Executivo da obra, conforme estipulado pelo artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666/1993, sem eximir os gestores das entidades envolvidas de sua responsabilidade técnica.⁴⁷

É crucial ressaltar um ponto relevante que relativiza a necessidade do Projeto Básico como um requisito inquestionável para a formalização do convênio: o TCU entende que a elaboração do Projeto Básico antes da celebração do acordo é

uma condição essencial para a adequação dos convênios relacionados a obras e serviços de engenharia. No entanto, é importante reconhecer que o propósito de um Projeto Básico adequado é descrever de maneira satisfatória o objeto e estimar com certa precisão os custos necessários para a conclusão do empreendimento.

Com permissão explícita das normativas, é viável que o Projeto Básico seja estabelecido como uma meta do acordo convenial, em vez de ser um requisito para sua assinatura, contanto que os participantes sejam capazes de descrever adequadamente o objeto com base em um anteprojeto de engenharia e consigam estimar os custos necessários.

Nessa hipótese, o Projeto Básico poderia ser dispensado caso a sua elaboração fosse uma etapa a ser atingida pelo ajuste convenial. A dispensa só seria

⁴⁷ O TCU não admite a realização de licitação com base em projeto básico que não obteve a aprovação do órgão técnico competente na esfera federal, na hipótese de empreendimento que utilize recursos federais transferidos por meio de termo de compromisso ou contrato de repasse. TCU: Acórdão nº 2.099/2011 – Plenário (Brasil, 2011e), Acórdão nº 2.755/2015 – Plenário (Brasil, 2015e) e Acórdão nº 689/2013 – Plenário (Brasil, 2013m).

viável se o setor técnico conseguisse estimar os custos com precisão, por meio da técnica do orçamento sintético ou

de metodologias orçamentárias alternativas, tais quais as previstas na contratação integrada: a expedita, ou a paramétrica (art. 9º, §2º, II, da Lei nº 12.462/2011) (ZYMLER; DIOS, 2014, p. 193).⁴⁸

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União já decidiu que a previsão de recursos para a elaboração do Projeto Básico, um elemento que já deve fazer parte do Plano de Trabalho que compõe o convênio, é irregular. Como essa despesa ocorre antes da celebração do convênio, então não seria lícito financiá-la com recursos provenientes do próprio convênio.⁴⁹

Os elementos técnicos instrutores, que compõem o Projeto Básico, podem e devem ser adaptados conforme o tamanho e a complexidade do objeto a ser executado, pois são os elementos necessários para descrever adequadamente o que se pretende, e podem variar de acordo com as características específicas do objeto em questão.

Por conseguinte, também é possível utilizar como referência para a elaboração do Projeto Básico a Orientação Técnica IBR nº 1/2006,⁵⁰ desenvolvida pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), essa orientação delinea o conteúdo potencial de um Projeto Básico para diferentes tipos de objetos.

⁴⁸ Conforme §5º do art. 23 da Lei nº 14.133/21, sempre que necessário, e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético balizado em sistema de custo definido no inciso I do §2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto. Essa solução foi adotada pela Lei Geral de Licitações paranaense (15.608) no art. 136: *Os processos destinados à celebração de convênio deverão ser instruídos com os seguintes documentos: (...) X – orçamento fundamentado em quantitativos de obras, serviços e fornecimentos propriamente avaliados, calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em objetos similares ou na avaliação, no caso de obras e serviços de engenharia, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.* (Redação dada pela Lei nº 20.132 de 20/01/2020). E no regulamento paranaense, Decreto nº 10.086 acerca da Lei nº 14.133/21 (parágrafo único do art. 683): *Parágrafo único. A apresentação de projeto básico completo poderá ser dispensada quando uma das metas do ajuste envolver o desenvolvimento do próprio projeto básico, o que apenas será possível quando houver no plano de trabalho elementos suficientes que permitam aferir os custos do empreendimento, por meio das metodologias expedita, paramétrica ou da técnica do orçamento sintético.*

⁴⁹ TCU: [Acórdão nº 1.232/2008 – Plenário \(Brasil, 2008b\)](#).

⁵⁰ IBRAOP. Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas. Orientação Técnica. Projeto Básico. OT – IBR 1/2006. Florianópolis: IBRAOP, 2006.

No caso de edificações, esse conjunto abrange uma variedade de documentos, que vão desde o próprio projeto arquitetônico até projetos de terraplanagem, estrutura, instalações elétricas, prevenção de incêndios, paisagismo, levantamento topográfico, entre outros.

Imagem 14 – Uma imagem contendo uma grua e balões de texto.

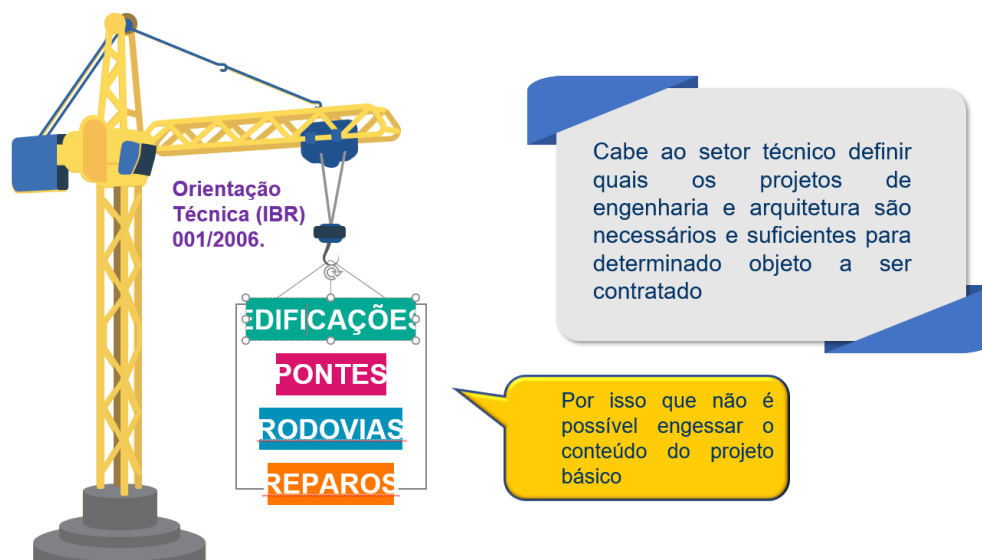


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

É importante destacar a possibilidade, nos convênios, especialmente aqueles que englobam obras de grande vulto ou quando há múltiplos participantes, de utilizar a matriz de riscos. A matriz de riscos é conceituada pelo inciso XXVII do art. 6º, da Lei nº 14.133/21⁵¹, e se refere ao documento que delineia as responsabilidades entre as partes acerca dos riscos contratuais, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes que possam impactar o equilíbrio financeiro previamente estabelecido. Mediante a indicação dos riscos a serem assumidos por cada partícipe ou, ainda, daqueles a serem compartilhados, fica pré-ajustada a divisão de responsabilidades.⁵²

⁵¹ Nas alíneas do inciso XXVII do art. 6º da Lei nº 14.133/21, foram definidas as informações mínimas que a matriz de riscos deverá conter (Brasil, 2021a).

⁵² Ressalta-se que tal ferramenta já era prevista na Lei do RDC (art. 9º, §5º, Lei nº 12.462/11) e na Lei das Estatais (art. 42, X, Lei nº 13.303/16).

1.6 Fiscalização do convênio

Compete aos participantes supervisionar a adequada execução do Plano de Trabalho delineado no convênio. É essencial designar um fiscal do convênio, responsável por monitorar a correta execução das metas e atribuições estipuladas no acordo, garantir que as transferências de recursos sigam o cronograma estabelecido e evitar novas transferências caso haja desvio na utilização dos recursos.

O artigo 67 da Lei nº 8.666/93, assim como o artigo 117 da Lei nº 14.133/21, que se aplicam aos convênios, estabelecem a obrigação de designar um agente administrativo para acompanhar a execução do objeto do convênio.

A fiscalização dos convênios constitui o dever de acompanhamento da execução do objeto pactuado, assim, a aplicação dos dispositivos supracitados, por força do art. 116 da Lei nº 8.666/93 e do art. 184 da Lei nº 14.133/21, aos convênios administrativos, é inquestionável (MAGALHÃES, 2012, p. 221).

O Tribunal de Contas da União estabeleceu que a entidade concedente só deve celebrar convênios ou instrumentos congêneres se possuir capacidade técnica, financeira e operacional para analisar as respectivas prestações de contas e fiscalizar efetivamente a execução física dos acordos.⁵³

A fiscalização dos convênios deve ser realizada tanto nos convênios financeiros, quanto naqueles em que não há repasse de recursos. Nos convênios financeiros, a fiscalização visa à comprovação da correta aplicação dos recursos repassados, analisando-se o cumprimento das metas assumidas pelos partícipes. É necessário verificar se todo o recurso repassado foi aplicado no objeto do convênio, de modo que sejam devolvidos ao ente repassador os eventuais valores remanescentes. Mesmo quando não há transferência de recursos, a fiscalização se justifica em virtude da necessidade de verificação do cumprimento dos cronogramas e compromissos assumidos pelos partícipes e se foi atingido o benefício almejado pelo convênio (MAGALHÃES, 2012, p. 221-222).

É importante não confundir a responsabilidade do fiscal do convênio com a do fiscal do contrato eventualmente estabelecido pelos participantes para concretizar o objeto do convênio. O fiscal do convênio é encarregado de assegurar que o objeto

⁵³ Acórdão nº 3.643/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011j), Acórdão nº 9.690/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011t) e Acórdão nº 721/2019 – Plenário (Brasil, 2019m).

acordado esteja sendo executado de acordo com o plano de trabalho e o respectivo plano de aplicação. Porém, não é responsabilidade desse servidor ou funcionário público monitorar todos os detalhes relacionados a um eventual contrato firmado pelo participante, mesmo que o objeto desse contrato tenha como objetivo concretizar o convênio.

Essa observação não autoriza o fiscal a se abster quando tomar conhecimento de possíveis desvios na aplicação dos recursos, atrasos injustificados no cumprimento das etapas estabelecidas, práticas que violem os princípios essenciais da Administração Pública nas contratações e outras ações realizadas durante a execução do convênio ou instrumento semelhante, ou, ainda, a inadimplência do executor em relação a outras cláusulas essenciais do convênio. Quando supostas irregularidades na execução do convênio são identificadas, cabe à Administração concedente suspender os repasses de recursos e investigar os fatos suspeitos.

A entidade concedente⁵⁴ deve, portanto, realizar um acompanhamento e supervisão adequados para garantir a fiel execução dos convênios. O fiscal do convênio será encarregado de examinar *in loco* se o objeto foi de fato executado, verificar a veracidade das medições e outros detalhes técnicos relacionados à execução do objeto do convênio. Isso inclui fornecer informações para a possível liberação de parcelas dos recursos financeiros ao beneficiário dos recursos transferidos.

1.7 Vínculo entre o fiscal do convênio e a Administração Pública

A questão que se impõe, a qual foi discutida no artigo “A competência para o exercício da fiscalização dos contratos administrativos” (GIOVANETTI; SANTOS, 2019, p. 145-159), realizado em coautoria com a Procuradora do Estado Lara Giovannetti, é acerca da natureza do vínculo entre o agente fiscalizador e a Administração Pública, isto é, se seria necessário que o fiscal fosse servidor público ou empregado público, por exemplo.

Assim, é sensato informar ao leitor que há divergências nas posições sobre a ligação necessária entre o fiscal do convênio e a Administração.

⁵⁴ O termo "concedente" é utilizado aqui em conformidade com o conceito estabelecido no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que se refere ao participante responsável por financiar o projeto do convênio.

Diante desse cenário, um exemplo claro disso é a visão do autor André Luiz Vieira (2017, v. 320). Ele afirma que o fiscal poderia ser servidor público em sentido amplo, admitindo a possibilidade de cargos comissionados:

Não foi isso o que previu o legislador ao estabelecer que a atividade de fiscalização seja realizada por determinado servidor, figurando como representante da Administração. A designação, portanto, deve recair sobre um profissional que tenha vínculo com o Estado, seja este servidor estável ou comissionado, ou empregado público, desde que não se nomeie servidores comissionados para atestar notas fiscais como mecanismo de pressão em contrapartida à manutenção de seu vínculo com a Administração.

Por outro lado, há quem argumente que os cargos em comissão não são adequados para a função de fiscalização de convênios, pois esses cargos são designados especificamente para funções de chefia, direção e assessoramento. A atividade de fiscalização de convênios não se encaixa nessas funções atribuídas aos comissionados, uma vez que se trata de uma atividade técnica e de natureza finalística da Administração Pública.

Adicionalmente, a independência técnica é crucial para desempenhar a função de fiscalização, devido às possíveis pressões que os fiscais do convênio podem estar sujeitos. Tal independência e imparcialidade são mais viáveis em servidores e empregados públicos, que ingressam na Administração por meio de concurso público e geralmente desfrutam de certa estabilidade no cargo.

Posição semelhante foi a deste autor é da Dra. Lara Giovannetti (GIOVANETTI; SANTOS, 2019, p. 145-159), no estudo retromencionado:

Não se pode, contudo, concordar com o posicionamento apresentado por essa parcela doutrinária acerca da possibilidade de que a atividade de fiscalização dos contratos administrativos seja exercida por servidores ocupantes de cargo em comissão. Do mesmo modo, entende-se ser absolutamente necessária a distinção dos servidores públicos que podem, ou não, ser fiscais de contratos de obras e serviços de engenharia e/ou arquitetura. Isso porque, além dos já mencionados argumentos acerca da imprescindível estabilidade, autonomia e impessoalidade para que o servidor incumbido da fiscalização possa se manifestar – o que lhe é proporcionado mediante o acesso ao cargo por meio concurso público, bem como pela estabilidade constitucionalmente assegurada ou pela necessidade de motivação de sua demissão, no caso dos empregados públicos – há outras razões legais e constitucionais para tanto. Os cargos em comissão são aqueles sujeitos ao regime de livre nomeação e exoneração, nos termos do art. 37, inc. II, da Constituição Federal. O mesmo artigo, em seu inciso V, informa que esses cargos são destinados “apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”, de modo que a doutrina entende ser “inconstitucional criar cargos em comissão para outro tipo de competência que não essas acima referidas”.

Com a promulgação da Lei nº 14.133/21, a importância de estabelecer um vínculo duradouro com o agente encarregado da fiscalização ganha destaque. O inciso I do artigo 7º deste diploma legal estipula que, ao designar agentes públicos para exercer funções consideradas essenciais, é preferível que sejam selecionados servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública.

Curso de Extensão: Convênios

Módulo 04

1.1 Comprovação de plenos poderes

É imprescindível que, quando o convênio envolver a realização de obras ou benfeitorias no imóvel do conveniente, haja a devida comprovação do pleno exercício dos direitos de propriedade sobre o referido imóvel. Essa comprovação deve ser obtida através de uma certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente. Antes de assinar o convênio, cabe ao concedente verificar se o conveniente cumpriu com essa obrigação, demonstrando a propriedade do imóvel onde as obras serão realizadas⁵⁵.

Precauções são tomadas para evitar a perda dos investimentos caso o imóvel beneficiado não seja de domínio pacífico de qualquer uma das partes envolvidas no convênio. É essencial limitar o risco do investimento permanecer sob controle de terceiros que não fazem parte do acordo cooperativo, o que poderia resultar na não realização da finalidade originalmente planejada para o empreendimento.

Assim, para os convênios que tiverem por objeto a execução de obras ou benfeitorias, o órgão concedente deve solicitar ao conveniente, antes da formalização do acordo, a comprovação da propriedade dos terrenos onde serão cumpridos o objeto do convênio. O Tribunal de Contas da União (TCU) já considerou inadequada a aprovação de projetos de trabalho que incluam declarações no sentido de que as obras ou benfeitorias serão executadas em propriedades particulares.

⁵⁵ De forma semelhante já dispôs o TCU: Acórdão nº 6.073/2010 – Segunda Câmara (Brasil, 2010e), Acórdão nº 8.793/2012 – Segunda Câmara (Brasil, 2012q), Acórdão nº 3.484/2012 – Segunda Câmara (Brasil, 2012j) e Acórdão nº 3.273/2012 – Plenário (Brasil, 2012i).

Imagem 15 – Duas caixas contendo texto.

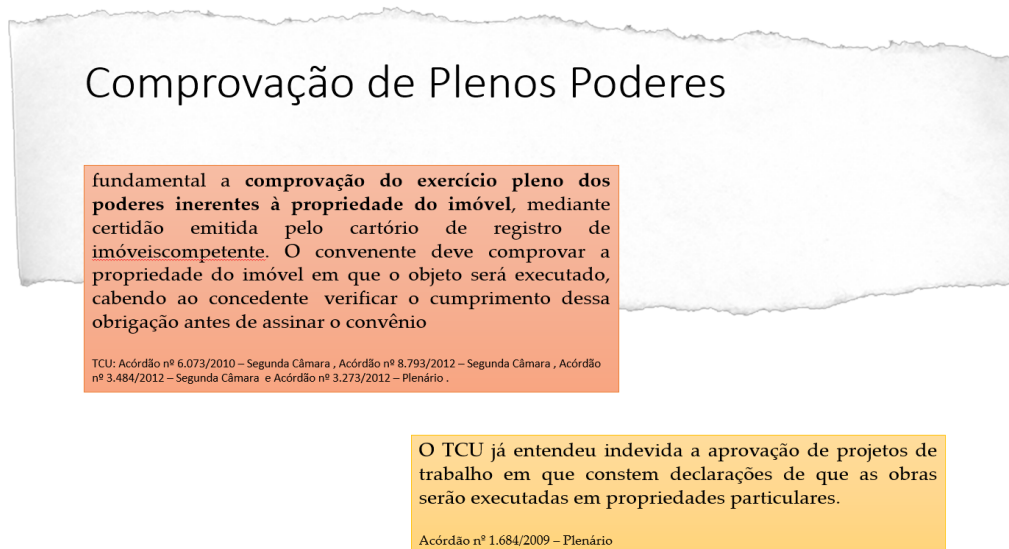


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

1.2 Propriedade dos bens remanescentes

É possível que, ao término da parceria, permaneçam bens remanescentes, como produtos, equipamentos ou mesmo imóveis. Nessas circunstâncias, é essencial que, o acordo cooperativo estabeleça de antemão a quem pertencerá a propriedade do bem construído, adquirido, produzido ou transformado através do referido acordo.

É necessário que o acordo estipule claramente qual dos participantes terá a propriedade dos bens envolvidos no respectivo pacto federativo, evitando assim possíveis disputas futuras sobre a sua titularidade. Essa cláusula também é benéfica para que, durante a análise inicial do acordo, fique evidente a intenção quanto à destinação dos bens, proporcionando uma base para determinar se o convênio é de fato o instrumento mais apropriado ou se seria mais adequado realizar um contrato de doação.

Guilherme Henrique de La Rocque Almeida prescreve, como hipótese de cláusula obrigatória nos termos dos convênios, o delineamento do direito de propriedade dos bens remanescentes que tenham sido adquiridos ou construídos no bojo do convênio (ALMEIDA, 2008, p.166).

Na falta de uma disposição explícita, ao analisar a titularidade do bem, é fundamental considerar a boa-fé e os objetivos gerais do negócio proposto.

Além disso, considera-se arriscada a falta de mecanismos que assegurem a vinculação do bem à atividade de interesse coletivo afetada, pelo menos durante o período necessário para amortizar o investimento realizado em relação ao benefício social alcançado. A ausência de disposições apropriadas pode resultar no indesejável desvio dos recursos destinados a uma finalidade pública específica, especialmente quando a parceria for encerrada após a transferência dos recursos.

É aconselhável que os acordos cooperativos contenham disposições de reversão patrimonial em relação às acessões e benfeitorias permanentes, sob o controle do conveniente, que foram adquiridas com recursos provenientes do convênio. Essas disposições devem permanecer em vigor até que o bem seja completamente depreciado ou o investimento seja amortizado, no caso de desvio de finalidade na aplicação dos recursos. Além disso, no caso de bens móveis ou removíveis, é necessário que sejam sujeitos, além da cláusula de reversão, a uma cláusula de inalienabilidade.⁵⁶

Embora não estejam explicitamente mencionadas, devido ao princípio da boa-fé, que desempenha um papel integrador, essas cláusulas devem ser consideradas implícitas em todos os acordos cooperativos envolvendo o Poder Público. Isso ocorre porque não é aceitável que os bens adquiridos com recursos públicos sejam desviados do interesse coletivo, conforme pretendido pela administração patrocinadora.

1.3 Metas e etapas de execução

A meta consiste na definição dos objetivos a serem alcançados, os quais devem ser precisos e claros, delineados no Plano de Trabalho. Além disso, para concretizar o objetivo, é crucial apresentar uma descrição detalhada das tarefas

⁵⁶ Conforme o art. 27 da Portaria Interministerial 424/16, inciso XIV, deve ser cláusula obrigatória nos convênios a indicação da obrigatoriedade de contabilização e guarda dos bens remanescentes pelo conveniente e a manifestação de compromisso de utilização dos bens para assegurar a continuidade de programa governamental, devendo estar claras as regras e diretrizes de utilização (Brasil, 2016a).

atribuídas a cada participante. Deve-se listar os propósitos e metas necessárias para alcançar os fins desejados, juntamente com uma delineação transparente das atividades e prazos para execução por parte de cada participante.

No contexto de obras e serviços, é aconselhável criar um cronograma físico-financeiro detalhado para facilitar a compreensão didática das etapas necessárias para a execução adequada do projeto.

O cronograma físico-financeiro deverá prever parcelas a cada período predeterminado, mantendo coerência com a execução dos serviços realizados em cada uma delas. É um planejamento que correlaciona o fator tempo, dividindo-o em etapas, prevendo a quantidade e quais serviços serão executados em cada fase, e os recursos a serem utilizados para fazer frente a cada uma delas. Esse cronograma físico e financeiro comunica-se diretamente com o de desembolso, uma vez que este deve respeitar a repartição de fases daquele (BONATTO, 2018, p. 331).

1.4 Plano de aplicação dos recursos

O plano de aplicação de recursos é o planejamento documentado que estabelece a forma, o momento e a destinação da liberação das parcelas financeiras. Ele inclui a definição de como os recursos financeiros serão utilizados tanto para adquirir bens específicos como compras ou serviços, por exemplo, necessários para alcançar as metas descritas no Plano de Trabalho.

No mesmo sentido, Pedro Durão definiu que o plano de aplicação de recursos é um documento objetivo que designa aos entes participantes a forma de cooperação administrativa, registrando, ainda: seu objeto; metas a serem cumpridas; as fases de sua execução; especificações das despesas e correta aplicação dos recursos financeiros; cronograma de desembolso de valores; a previsão da vigência do ajuste; bem como o delineamento dos recursos que irão fazer frente a tais metas (DURÃO, 2018, p. 129).

1.5 Cronograma de desembolso

Trata-se da representação (podendo ser apresentado graficamente) que permite identificar quais etapas do Plano de Trabalho serão realizadas em um período específico e a previsão dos recursos a serem disponibilizados. Este documento deve incluir parcelas para cada intervalo de tempo estabelecido, em conformidade com as metas e tarefas definidas no Plano de Trabalho.

O cronograma de desembolso deve prever a transferência de recursos financeiros, em conformidade com a proposta de execução das metas do Plano de Trabalho e, também, com a disponibilidade financeira. Deve explicitar os valores específicos a serem repassados em cada etapa, indicando o programa, projeto, atividade, elemento de despesa do orçamento público de cada exercício financeiro (MAGALHÃES, 2012. p. 29).

Os Tribunais de Contas têm reiteradamente afirmado que a transferência de recursos de convênios deve estar alinhada com as metas e fases ou etapas de execução do objeto acordado.⁵⁷ Ademais, o cronograma de desembolso não pode ser genérico. Quando o convênio prever a liberação de recursos em parcelas, é necessário estabelecer desembolsos de recursos em parcelas que sejam compatíveis e proporcionais às ações a serem realizadas, conforme estabelecido no respectivo Plano de Trabalho.

⁵⁷ Acórdão nº 2.651/2012 – Plenário (Brasil, 2012g), Acórdão nº 3.382/06 – Primeira Câmara (Brasil, 2006d), Acórdão 1.247/2009 – Plenário (Brasil, 2009c) e Acórdão nº 7.307/2013 – Primeira Câmara (Brasil, 2013n).

Imagem 16 – Caixas contendo texto e montes de dinheiro sendo representado em uma condição de escala.



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

1.6 Dotação orçamentária

Nos termos da Constituição Federal de 1988, a assunção de obrigações pelos entes públicos requer uma previsão orçamentária específica para a despesa pretendida. Conforme estabelecido na Carta Magna, é proibido tanto o "início de programas ou projetos não contemplados na Lei Orçamentária Anual" (art. 167, I), quanto "a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que ultrapassem os créditos orçamentários ou adicionais" (art. 167, II).

Além disso, o artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) estipula como requisitos para o aumento de despesa a estimativa do impacto financeiro-orçamentário no ano em que se aplicará e nos dois anos seguintes, assim como a declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual, bem como mantém compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

É importante ressaltar que, além dos critérios estabelecidos no artigo 116 da Lei nº 8.666/93, quando o convênio envolver repasse de recursos, todas as disposições do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal devem ser consideradas.

No entanto, se o acordo não implicar na transferência de recursos, pode não ser necessário seguir todos os requisitos estabelecidos no artigo 166 da Lei nº 8.666/93, devido à falta de aplicabilidade, como é o caso do plano de aplicação dos recursos financeiros e do cronograma de desembolso.

1.7 Ato de constituição e representação dos partícipes

A representação da entidade partícipe, especialmente para fins de manifestação de vontade acerca do firmamento da relação convencional, deve ser feita por quem é competente, para que o respectivo negócio jurídico seja válido. A regra, portanto, é a manifestação por declaração exteriorizada, mediante assinatura do representante legal da respectiva entidade (DURÃO, 2018, p. 129).

Para entidades públicas, é necessário comprovar sua representação, incluindo uma cópia de diplomação dos respectivos chefes do Executivo, como o Presidente da República para a União, os governadores dos estados e do Distrito Federal, e os prefeitos dos municípios.⁵⁸

Considerando o princípio da boa-fé, somente seria justificável questionar a legitimidade para assinar um determinado convênio caso houvesse dúvida factual sobre qual autoridade teria competência para firmar o acordo.

Outrossim, seria dotado de comportamento desleal e contraditório, aquele que, ciente da legitimidade de representante de determinada entidade partícipe,

⁵⁸ No âmbito normativo dos entes federados, é possível constatar a delegação da competência de se firmar ajustes a outros agentes, como ministros de estado ou secretários estaduais e municipais). Sobre o tema, o TCU já dispôs que os atos de gestão do convênio praticados por ministro/secretário, conforme competência prevista em lei municipal, afasta a responsabilidade do chefe do Executivo pela utilização dos recursos transferidos, mesmo que, na condição de agente político, figure como signatário do ajuste, segundo o Acórdão nº 8.674/2021 – Segunda Câmara (Brasil, 2021p). Por outro lado, a delegação de competência a ministro/secretário realizada por decreto é insuficiente para afastar a responsabilidade do chefe do Executivo pela utilização de recursos. Assim, se não houver lei dispondo diferentemente, o ordenador de despesas é, a priori, o chefe do Executivo, conforme o Acórdão nº 10.397/2021, Segunda Câmara, do TCU (Brasil, 2021b).

requisitasse a nulidade de convênio por ausência de documento que comprove a representação. Não se vislumbra a necessidade do rigor, quando é pública e notória, a autoridade que representa e autoriza o convênio (DURÃO, 2018, p. 129).

1.8 Inexigência de autorização legislativa para celebração de convênio

O parágrafo 2 do artigo 116 da Lei de Licitações estipula que, uma vez assinado o convênio, cabe ao órgão repassador notificar o Poder Legislativo do respectivo ente federado. Houve interpretações na doutrina sugerindo que esse dispositivo exigia a aprovação do Poder Legislativo para a validade da celebração dos convênios.⁵⁹ No entanto, o Supremo Tribunal Federal interpreta que a regra que condiciona a celebração de convênios por órgãos do Poder Executivo à autorização prévia ou ratificação do Poder Legislativo viola o princípio da independência e harmonia dos poderes, conforme estabelecido no artigo 2º da Constituição Federal.⁶⁰

O Tribunal de Contas da União também enfatizou a importância de preservar a separação de poderes, destacando que não cabe aos Tribunais de Contas julgar ou aprovar previamente convênios, acordos ou ajustes celebrados pela Administração Pública. No entanto, durante o exercício da auditoria financeira e orçamentária e no contexto do julgamento das contas de responsáveis ou entidades sob sua jurisdição, o Tribunal pode tomar conhecimento dos termos desses acordos para identificar ilegalidades ou irregularidades, e tomar medidas para corrigi-las ou prevenir sua recorrência.⁶¹

A interpretação mais acertada do dispositivo é que ele não exige a autorização do Poder Legislativo para a celebração de convênio administrativo, mas tão somente

⁵⁹ Posicionamento de Hely Lopes: A organização dos convênios não tem forma própria, mas sempre se fez com autorização legislativa e recursos financeiros para atendimento dos encargos assumidos no termo de cooperação. (...) o convênio e o consórcio são sempre atos gravosos que extravasam dos poderes normais do administrador público e, por isso, dependem da aquiescência do Legislativo (MEIRELLES, 1966, p. 344).

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. ADI nº 1.857/SC. Relator: Min. Moreira Alves, 5 fev. 2003. Diário de Justiça, Brasília/DF, 7 mar. 2003a. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. ADI nº 1.865/SC. Relator: Min. Carlos Velloso, 4 fev. 1999. Diário de Justiça, Brasília/DF, 12 mar. 1999b. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. ADI nº 342/PR. Relator: Min. Sydney Sanches, 6 fev. 2003. Diário de Justiça, Brasília/DF, 11 abr. 2003b. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. ADI nº 676-2/RJ. DJ 29 nov. 1996. Relator: Min. Carlos Velloso, 1 jul. 1996. Diário de Justiça, Brasília/DF, 29 nov. 1996.

⁶¹ TCU: Súmula 78 (BRASIL, 1976b).

que se dê ciência à casa legislativa competente para realizar o controle dos convênios e contratos, nos termos do art. 71, §1º, da Constituição Federal. Consideram-se inconstitucionais as disposições infraconstitucionais que exigem autorização por parte do Poder Legislativo, bem como qualquer necessidade de aprovação prévia por parte dos Tribunais de Contas (MAGALHÃES, 2012, p. 297).

1.9 Desnecessidade de licitação, em regramento

É importante alertar sobre a possibilidade de eventuais complicações relacionadas ao tema. Essa questão diz respeito à necessidade de licitação para a seleção dos parceiros que firmarão o acordo de cooperação com a Administração Pública. Mesmo que a licitação seja considerada dispensável, os entes públicos que contratarem serviços ou adquirirem bens para a execução dos objetivos propostos na parceria devem seguir rigorosamente as disposições da Lei Geral de Licitações nessas contratações.

Focando na questão principal: as Leis Gerais de Licitações (Lei nº 8.666/93 e Lei nº 14.133/21) afirmam que seus dispositivos devem ser aplicados aos convênios quando compatíveis com a sua natureza (ajuste cooperativo). A doutrina majoritária entende que a união de esforços, com livre adesão dos partícipes em face de objetivos comuns “deixa evidente que não há possibilidade de coexistência com procedimentos competitivos. A situação singulariza o objeto, afastando a licitação” (BITTENCOURT, 2019, p. 34).

Assim, parte relevante da doutrina entende que a licitação é, em regra, incompatível com a figura do convênio, em razão da especificidade do objeto e da finalidade envolvidas nesses acordos (MEDAUR, 1996, p. 83).

Por que utilizamos a expressão "em regra"? Porque, de acordo com vasto material doutrinário, a falta da obrigação de realizar um processo objetivo para a escolha dos participantes nos acordos exclusivamente entre entes públicos é inerente à própria natureza da relação pretendida.

Por conseguinte, ao estabelecer parcerias entre entidades públicas, presume-se a impossibilidade de competição, caracterizando a inexigibilidade de licitação.⁶² Por outro lado, nos casos de acordos com entidades privadas, seria essencial analisar as circunstâncias específicas para determinar se há ou não impossibilidade de competição.⁶³

Depreende-se da doutrina que é possível inferir a inviabilidade de competição quando se tratar de convênios entre entidades públicas. Em contrapartida, na celebração de ajuste cooperativo com entidade privada, existindo vários partícipes interessados em firmá-lo, e respeitando o princípio da impessoalidade, que deve pautar todos os atos administrativos, deve-se realizar procedimento objetivo para a escolha do parceiro. Contudo, a doutrina majoritária não exige o procedimento licitatório da Lei de Licitações, mas sim o procedimento simplificado, com critérios objetivos para julgamento das propostas de parcerias com os partícipes privados, assegurando, portanto, a isonomia (DURÃO, 2018, p. 107-108).⁶⁴

Em uma linha semelhante, a Advocacia Geral da União tem recomendado

⁶² A inexigibilidade de licitação se relaciona com a situação fática em que não há viabilidade de competição, como, por exemplo, aquisição ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, o que torna a licitação um instrumento inviável (art. 25 da Lei nº 8.666/93 e art. 74 da Lei nº 14.133/21) (NIEBUHR, 2015. p. 216).

⁶³ Para fins de elucidar essa construção jurídica, Leon Szlarowsky: “Interessante questão se reporta à necessidade ou não de licitação, para a realização de convênios. Esta poderá ser dispensada ou declarada inexigível, nas mesmas hipóteses previstas para os contratos ou outros ajustes. Assim, não se há de falar em licitação, se se tratar de convênio entre a União e o Estado, por exemplo, para a consecução de determinados objetivos comuns, porque inviável a competição. Suponha-se, entretanto, a realização de convênio entre um órgão ou uma entidade estatal e um ente privado. A licitação poderá ser dispensada ou declarada inexigível, com fundamento nos artigos 24 ou 25. Não obstante, se várias forem as entidades particulares que se prestem para a consecução dessas atividades, inquestionavelmente, deverá realizar-se a licitação. Essa é também a opinião de Odete Medauar. Marcos Juruena Villela Souto, porém, ensina que, por ser uma cooperação de esforços de livre adesão, a licitação não se faz necessária” (ZKLAROWSKY, 1998, p. 1).

⁶⁴ Flavio Garcia dispõe: “Pode-se dizer que são processos seletivos semelhantes a uma licitação, mas que não necessariamente se sujeitam estritamente ao conjunto de regras da Lei 8.666/93. Ao invés de escolher livremente seu parceiro, à própria Administração, nas contratações diretas, se impõe o dever de realizar um processo seletivo, com vistas a concretizar os princípios da isonomia, eficiência e competitividade. Com isso, seleciona-se a instituição mais bem aparelhada tecnicamente e que apresente projeto mais bem estruturado. Ao mesmo tempo atendendo-se ao princípio da isonomia, evitando-se uma indesejável escolha orientada por critérios estritamente subjetivos. Se a redução da discricionariedade do administrador não é absoluta como em uma licitação – já que os critérios nem sempre conseguem atingir um grau máximo de objetividade –, ao menos são estabelecidos parâmetros que orientam e limitam o administrador no processo de escolha das entidades que firmam essas parcerias” (GARCIA, 2016, p. 448).

juntar justificativa da não utilização do chamamento⁶⁵ em convênios com entidades privadas quando não for viável o processo seletivo.⁶⁶ Além disso, o Tribunal de Contas da União orienta os órgãos e entidades da Administração Pública a emitir normas internas estabelecendo a obrigatoriedade de realizar o chamamento antes da celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos.⁶⁷

Além disso, considerando o princípio da isonomia, o Tribunal de Contas da União ressaltou que a seleção de entidades privadas para celebração de convênios com o Poder Público deve ser conduzida por meio de critérios objetivos estabelecidos nos editais, a fim de evitar a seleção com base em interesses pessoais que não priorizem o interesse público.⁶⁸

Imagem 17 – Caixas contendo texto e imagem de um homem com uma maleta andando.

Desnecessidade de Licitação, em regra

Entes públicos: presume-se a **inexigibilidade**
Com entidades privados: regra é o **Certame**

TCU: seleção de entidades privadas **que celebrarão convênios** com o Poder Público deve ser feita **mediante o estabelecimento de critérios objetivos nos editais**, de modo **a evitar** a escolha com base em interesses **meramente pessoais** que não privilegiem o atendimento do interesse público (Acórdão 591/2015 – Plenário)

TCU: Os órgãos e entidades da Administração Pública **devem editar normativos próprios estabelecendo a obrigatoriedade de instituir o chamamento à celebração de convênios com entidades sem fins lucrativos** (Acórdão nº 1.331/2008 – Plenário)

AGU: Orientação Normativa nº 31, de 15 de abril de 2010: a celebração de convênio com entidade privada sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público. Nos casos em que não for realizado tal procedimento, deverá haver a devida fundamentação.



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo.
Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

⁶⁵ O chamamento público é um procedimento que possibilita convocar os interessados em contratar com o Poder Público, nas hipóteses em que o ordenamento jurídico não impõe a obrigatoriedade de licitação, como no caso do credenciamento (art. 6º, inciso XLIII, da Lei nº 14.133/21), ou na escolha de entidades sem fins lucrativos para firmar parceria com a Administração Pública, que, em regra, não se exige licitação, seja por meio das parcerias de que trata a Lei nº 13.019/14 (art. 2º, inciso XII) ou dos convênios.

⁶⁶ Orientação Normativa nº 31, de 15 de abril de 2010: a celebração de convênio com entidade privada sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público. Nos casos em que não for realizado tal procedimento, deverá haver a devida fundamentação.

⁶⁷ TCU: Acórdão nº 1.331/2008 – Plenário (Brasil, 2008d).

⁶⁸ TCU: Acórdão nº 591/2015 – Plenário (Brasil, 2015h).

Em suma, perante a análise supracitada, não é necessário realizar licitação para convênios entre entidades públicas. No entanto, no caso de acordos envolvendo entidades privadas, se houver competição, ou seja, se várias entidades estiverem interessadas em estabelecer um acordo semelhante com o Poder Público, é necessário conduzir um procedimento objetivo e simplificado de seleção (chamamento público).

Dessa forma, cabe aos diferentes entes federativos e órgãos descentralizados a responsabilidade pela regulamentação do processo de chamamento público, a fim de orientar a seleção das entidades privadas que estabelecem parcerias com o Poder Público.

1.10 Licitação e contratação feita no âmbito do convênio

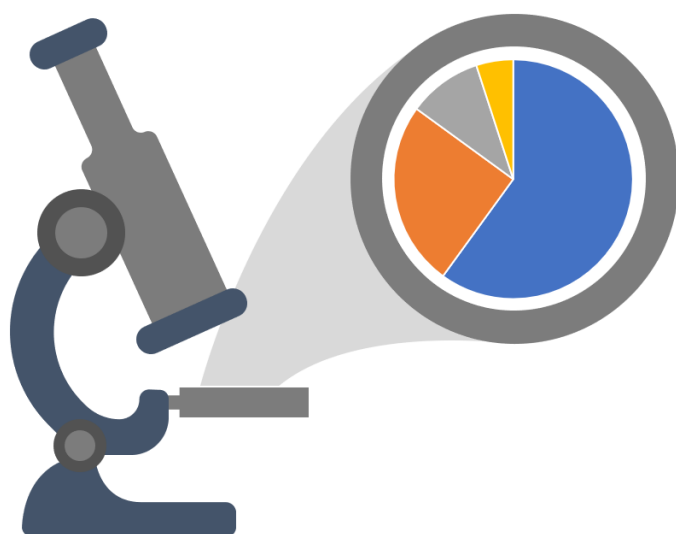
Como mencionado anteriormente, a eventual dispensa de processo para a seleção dos participantes não influencia na necessidade de licitação para a contratação de bens e serviços pelos signatários do acordo de cooperação, a fim de alcançar os objetivos estabelecidos no acordo. Isso se aplica no caso das entidades mencionadas no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 14.133/21.

Observa-se também que o Tribunal de Contas da União tem recomendado que os partícipes fiscalizem e garantam a correta utilização dos procedimentos licitatórios pelos parceiros no contexto do acordo de cooperação. A mesma corte de contas também já se pronunciou sobre a responsabilidade dos participantes em fiscalizar a utilização indevida da inexigibilidade pelos parceiros no âmbito do convênio.⁶⁹

Todavia, seria arriscado concluir, com base nos julgamentos mencionados, que os participantes são encarregados de fiscalizar os contratos de seus parceiros.

⁶⁹ TCU: Acórdão nº 1.934/2009 – Plenário (Brasil, 2009h).

Imagem 18 – Imagem de um microscópio e caixas de texto.



Fiscalização da Licitação dos Parceiros

Acórdão nº 1.331/2008 -
Plenário.

Ex: Inexigibilidade indevida
pelo covenente . Acórdão
591/2015 Plenário

Cuidado!!!

Não se pode Aceitar uma
imputação de responsabilidade
objetiva a uma entidade política
pelos procedimentos licitatórios
realizados por outra.

Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo.
Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

É responsabilidade dos partícipes acompanhar o progresso do objeto do convênio, especialmente quando o acordo envolve a transferência de recursos públicos. Cabe à parte que concede, portanto, fiscalizar o uso adequado dos recursos, impedindo que sejam utilizados para fins diferentes dos estabelecidos no plano de aplicação, e verificar se os custos estimados no Plano de Trabalho⁷⁰ estão em conformidade com os valores de mercado.

No entanto, os contratos feitos pelo parceiro não têm um impacto direto nos partícipes do convênio, que não estão envolvidos na relação contratual. A ilicitude dessas contratações não resulta automaticamente na responsabilidade dos partícipes que não estão ligados a esses acordos contratuais.

É crucial diferenciar a fiscalização do convênio da fiscalização do contrato celebrado pelos participantes para alcançar o objetivo do convênio. A primeira envolve garantir que as metas estabelecidas no Plano de Trabalho estejam sendo alcançadas

⁷⁰ O plano de trabalho é a representação escrita de um projeto do que será realizado no âmbito do convênio, descrevendo os objetivos e métodos que serão utilizados para a execução do empreendimento comum.

e verificar se os recursos disponibilizados para concretizar o interesse mútuo estão sendo utilizados conforme acordado.

Se o Plano de Trabalho determinar que um determinado participante é responsável por conduzir a licitação para a contratação de um bem ou serviço específico, cabe exclusivamente a esse participante e sua equipe técnica e jurídica realizar o planejamento prévio, especificar os requisitos necessários para a participação no processo licitatório e determinar a modalidade de licitação e o regime de contratação, se aplicável. A presença de irregularidades nessa contratação não implica automaticamente na responsabilidade dos outros participantes do convênio, que não estão envolvidos na relação contratual.

Também é claro que o parceiro pode estabelecer certos requisitos a serem seguidos no processo licitatório como condição para a celebração do acordo, conforme estabelecido pelo Decreto nº 10.024, de novembro de 2019, do Governo Federal, que requer a utilização do pregão e certas adaptações nos procedimentos licitatórios das entidades políticas para serem elegíveis a receber recursos federais. De maneira semelhante, o Decreto nº 7.983, de abril de 2013, requer a utilização da tabela do Sistema de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) e outras diretrizes na elaboração dos orçamentos relacionados a obras e serviços de engenharia financiados com recursos federais.⁷¹

Não se pode aceitar a atribuição de responsabilidade objetiva a uma entidade política pelos processos licitatórios conduzidos por outra, devido à confusão comum entre a fiscalização do convênio e a fiscalização do contrato.

Após essas considerações, é dever do poder concedente interromper, quando ciente, a transferência de novos recursos para o participante que estiver violando as regulamentações legais relacionadas às contratações públicas.

Quando o órgão concedente tomar conhecimento de que o parceiro do convênio está violando a Lei de Licitações, direcionando o processo licitatório,

⁷¹ Em sentido semelhante, o TCU já dispôs acerca da necessidade de monitoramento da execução convencional, com vistas a coibir eventuais descumprimentos ao ordenamento, notadamente no que diz respeito a indícios de direcionamento das compras para favorecimento de determinado fornecedor. TCU: Acórdão nº 979/2009 – Plenário (Brasil 2009z).

realizando sobrepreços (em suas contratações ou cometendo qualquer outra ação que infrinja os princípios do Direito Administrativo, é imperativo suspender imediatamente qualquer transferência adicional de recursos e iniciar uma investigação sobre o destino dos recursos investidos no acordo. Esse procedimento pode desencadear um processo administrativo, potencialmente resultando em uma Tomada de Contas Especial.⁷²

Quando os partícipes são entidades privadas, não é obrigatório que eles realizem licitações para contratar bens e serviços, pois as regulamentações da Lei Geral de Licitações se aplicam apenas à Administração Pública. No entanto, uma vez que os recursos são públicos, é essencial que os princípios da Administração Pública sejam observados, garantindo que as contratações pelos parceiros privados sejam precedidas por um processo simplificado para a seleção objetiva dos contratados.

A Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/21 não são obrigatórias para convênios estabelecidos com entidades privadas. No entanto, isso não isenta esses convenientes de cumprir os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na gestão dos recursos públicos. É necessário adotar um procedimento semelhante à licitação ou conduzir uma pesquisa de preços de mercado para justificar as aquisições realizadas.

É importante ressaltar que o Tribunal de Contas da União já afirmou que não há impedimento para a execução de um convênio por meio do aproveitamento de uma licitação previamente realizada, desde que os recursos do convênio não sejam utilizados para cobrir despesas assumidas antes de sua celebração. Além disso, é necessário garantir que seja possível atualizar os preços dentro dos limites estabelecidos pela Lei nº 8.666/93 e pelo projeto, sem descaracterizar o objeto licitado, e que a licitação anterior tenha respeitado as disposições da Lei Geral de Licitações.⁷³

⁷² Nesse sentido, correlacionamos os seguintes julgados: Acórdão nº 353/2005 – Plenário (Brasil, 2005d), Acórdão nº 291/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011i), Acórdão nº 3.390/2007 – Segunda Câmara (Brasil, 2007k), Acórdão nº 3.055/2013 – Plenário (Brasil, 2013j), Acórdão nº 5.460/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011m), Acórdão nº 1.907/2012 – Plenário (Brasil, 2012f), Acórdão nº 2.922/2013 – Plenário (Brasil, 2013i), Acórdão nº 3.227/2012 – Primeira Câmara (Brasil, 2012h).

⁷³ TCU: Acórdão nº 583/2005 – Segunda Câmara (Brasil, 2005f), Acórdão nº 163/2015 – Segunda Câmara (Brasil, 2015d), Acórdão nº 1.296/2015 – Plenário (Brasil, 2015c), Acórdão nº 1.151/2014 – Plenário (Brasil, 2014c), Acórdão nº 2.099/2011 – Plenário (Brasil, 2011e), Acórdão nº 872/2016 – Plenário (Brasil, 2016l) Acórdão nº 4.219/2014 – Segunda Câmara (Brasil, 2014j).

Nestas situações, é responsabilidade do concedente garantir previamente a conformidade dos preços contratados, a fim de assegurar a legitimidade do aproveitamento do processo licitatório.

1.11 Convênios e o registro de preços

O artigo 15 da Lei nº 8.666/1993 e o inciso I do artigo 40 da Lei nº 14.133/21 estabelecem que as contratações realizadas pela Administração Pública devem ser preferencialmente conduzidas por meio do sistema de registro de preços.

Esse mecanismo representa uma licitação destinada a estabelecer uma lista de preços que a Administração poderá utilizar em futuras aquisições ou contratações. Dessa forma, os preços são listados e o Poder Público só efetuará contratações quando houver demanda, evitando desperdícios e simplificando a gestão de estoque para necessidades recorrentes de difícil previsão em termos de volume e precisão.

O sistema registro de preços não é a contratação dos bens pretendidos, mas sim a licitação com o objetivo de chegar ao melhor preço possível para uma “lista de desejos”, para uma futura contratação, se houver necessidade, e na quantidade necessária para suprir a necessidade real da Administração. A utilização do sistema registro de preços evita o desperdício de materiais, bem como as dificuldades em relação a logística e prazo de vencimento (JACOBY, 2013, p. 87-88).

O sistema de registro de preços pode ser extremamente útil para facilitar as contratações eventualmente necessárias para a realização do objeto do convênio, especialmente quando o concedente estabelece acordos com diversos parceiros.

A avaliação dos preços realizada pelo concedente pode resultar em ganhos de economia de escala, dependendo da situação específica, pois o conveniente contratará uma quantidade significativamente menor em comparação com a demanda total de todos os parceiros, especialmente em casos de múltiplos convênios com o mesmo objeto.

Adicionalmente, a disponibilização dos preços já registrados pelo concedente pode ser útil para as contratações do conveniente, que frequentemente possui uma

estrutura administrativa mais limitada em comparação com a do concedente. Isso também simplificaria a supervisão do concedente em relação à conformidade com as regras licitatórias e à preservação do princípio da isonomia nas contratações realizadas pela entidade conveniente.

Por exemplo, considere um estado federativo que desenvolve um programa de governo para estabelecer convênios padronizados com prefeituras interessadas em promover benefícios para as comunidades locais. Suponha que, para realizar o objeto do convênio, seja necessário adquirir alguns produtos a nível municipal.

Nesse caso, visando facilitar a logística administrativa dos entes beneficiados, o concedente poderia realizar uma licitação para os preços dos produtos e registrá-los em uma ata de registro de preços. Dessa forma, os municípios participantes do programa mencionado não precisariam conduzir sua própria licitação, pois os preços já estariam registrados com um fornecedor específico.

O concedente poderia direcionar seus esforços de fiscalização para garantir a correta execução do objeto do convênio, uma vez que não precisaria se preocupar com os diversos processos licitatórios conduzidos pelas prefeituras, caso estas fossem responsáveis por seus próprios certames licitatórios.

O TCU já considerou lícito que o convênio incluía uma cláusula recomendando a adesão dos entes públicos convenientes a uma ata de registro de preços associada a um programa governamental do concedente. No entanto, deve-se garantir a autonomia do conveniente para realizar sua própria licitação, desde que possa obter condições mais vantajosas do que as oferecidas na ata de registro de preços.⁷⁴

O registro de preços é uma ferramenta eficaz para garantir eficiência e segurança jurídica nas contratações realizadas pelos participantes dos acordos convencionais, especialmente quando o concedente estabelece vários convênios semelhantes com diferentes parceiros.

⁷⁴ TCU: Acórdão nº 1.717/2012 – Plenário (Brasil, 2012e).

Curso de Extensão: Convênios

Módulo 05

1. O regime jurídico dos convênios administrativos

A intervenção do Poder Público na proteção dos direitos fundamentais estabelece uma inclusão dos convênios dentro do contexto do regime jurídico-administrativo.

Esse regime constitui um conjunto de normas distintas do âmbito privado, direcionadas às relações legais que têm por objetivo concretizar os direitos fundamentais da sociedade como um todo.

Nesse aspecto, surge a preocupação com a possibilidade de embaraço, que é proativamente evitado: o regime jurídico-administrativo é tradicionalmente caracterizado pela presença de cláusulas exorbitantes, conferindo ao Poder Público uma posição de vantagem em relação aos particulares envolvidos na mesma relação jurídica.

A expressão “regime jurídico administrativo” se refere às peculiaridades que envolvem a atuação jurídica da Administração Pública quando comparada às relações estritamente privadas. Em outras palavras, esse regime se relaciona ao conjunto de normas típicas do direito público, que estabelece tanto prerrogativas quanto deveres. As prerrogativas são no sentido de colocar a Administração em posição privilegiada nas suas relações com os particulares e os deveres e restrições são características que buscam direcionar a atuação administrativa em persecução dos seus objetivos traçados constitucionalmente (MELLO, 2010, p. 23-32).

É comum afirmar que a distinção fundamental entre contratos privados e aqueles vinculados ao regime público reside na inclusão das cláusulas exorbitantes, as quais concedem à Administração Pública certas prerrogativas na relação contratual.

A doutrina majoritária entende que a Administração Pública pode figurar em dois tipos distintos de contratos: os regidos pelo regime de direito público e aqueles regulados predominantemente pelas regras de direito privado (MELLO, 2010, p. 625-626).

Atualmente, os convênios são geralmente mecanismos que facilitam a colaboração entre entidades públicas, visando a realização de um interesse

constitucional comum. É plausível argumentar que as cláusulas exorbitantes não estejam presentes, ou pelo menos que algumas delas sejam excluídas, nas relações conveniais. No entanto, isso não implica que o regime dos convênios seja equiparado ao regime privado.

O delineamento do regime jurídico-administrativo não se restringe à inclusão ou exclusão de cláusulas exorbitantes em determinado negócio jurídico, mas sim ao conjunto de normas singulares, distintas do regime privado, que englobam as disposições constitucionais, as legislações específicas (como a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 14.133/21 e a Lei de Responsabilidade Fiscal) e os princípios fundamentais do direito público.

As cláusulas exorbitantes representam apenas uma parte das normas especiais que configuram o regime jurídico público e mesmo que todas as prerrogativas concedidas aos poderes públicos nos negócios jurídicos administrativos fossem afastadas, ainda seria necessário respeitar todas as restrições e seguir os princípios, tais como a indisponibilidade do interesse público, a impessoalidade, a finalidade, entre outros.

Sob um outro ponto de vista, no contexto dos contratos sujeitos ao regime público, tanto o artigo 54 da Lei nº 8.666/93 quanto o artigo 89 da Lei nº 14.133/21 permitem a aplicação suplementar dos "princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado" aos contratos administrativos.

Nessa linha de raciocínio, seria possível afastar a rígida dicotomia entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, sob o argumento de que todo contrato celebrado no âmbito da função administrativa deve ser qualificado como administrativo e, por conseguinte, esteja em menor ou maior incidência submetido ao regime de direito público (NIEBUHR, 2015, p. 792).

O que diferencia os negócios jurídicos celebrados pela Administração é exatamente a presença do ente público, determinada pela carta constitucional para a perseguição do interesse público. Como os interesses a serem tutelados nesses ajustes transcendem os meramente particulares, o ordenamento jurídico oferece tratamento diferenciado para essas relações derivadas do regime jurídico-administrativo (NIEBUHR, 2015, p. 792).

Em todo contrato jurídico (sejam contratos com contraprestação ou convênios), a determinação de que um acordo seja regulado por normas especiais provenientes do regime público depende se o seu conteúdo está direcionado para propósitos que beneficiam toda a coletividade. Assim, os convênios são abarcados pelo regime público em virtude de sua natureza voltada para o interesse coletivo.

Além disso, as controvérsias sobre a natureza do convênio não têm uma implicação prática significativa no que diz respeito ao tratamento jurídico do instituto em questão. Sob esse âmbito, mesmo se considerarmos o convênio como um contrato, ele receberia, por força de lei e devido à certas peculiaridades, um tratamento diferenciado em relação aos contratos administrativos comuns firmados pelo Poder Público.

Como destacado anteriormente, embora seja reconhecida a natureza contratual dos convênios, não se argumenta que o regime jurídico dos contratos administrativos e dos convênios seja idêntico. Ambos são considerados contratos, porém o ordenamento jurídico estabeleceu um tratamento diferenciado para os convênios administrativos.

É inegável que os convênios possuem características distintas quando contrastados com os contratos administrativos. É plenamente factível que o ordenamento jurídico atribua um tratamento específico aos convênios, conforme estabelecido no artigo 116 da Lei nº 8.666/93, assim como na delegação regulamentar prevista no artigo 184 da Lei nº 14.133/21.

Os convênios administrativos são predominantemente regidos pelo regime jurídico público, sujeitando-se aos dispositivos das Leis Gerais de Licitações, sempre que compatíveis com sua natureza, às normas estabelecidas em regulamentos específicos (os quais têm a responsabilidade de disciplinar a maioria das questões relacionadas às peculiaridades dos convênios) e, de forma supletiva, às normas do direito privado harmonizadas pelo regime público, conforme estipulado pelo artigo 54 da Lei nº 8.666/93 e pelo artigo 89 da Lei nº 14.133/21.

Também é recomendável esclarecer as diferenças nos requisitos para a celebração de convênios que envolvem transferência de recursos financeiros e aqueles que não incluem tal repasse. Todos os convênios devem obedecer às

disposições das Leis Gerais de Licitações e de seus regulamentos específicos. No caso dos convênios que envolvem transferência de recursos financeiros, é indispensável seguir os critérios estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).⁷⁵

1.1 Aplicação da Lei Geral de Licitação aos convênios

Tanto a Lei nº 8.666/93 quanto a Lei nº 14.133/21 estipulam de forma explícita que as disposições contidas nesses textos legais se aplicam, no que couber, aos convênios. Diante disso, surge a indagação sobre quais normas da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 14.133/21 são passíveis de extensão aos convênios. Na visão de Sydney Bittencourt (2019, p. 73), a redação em análise faz crer erroneamente, para alguns, que aos convênios são aplicáveis todas as disposições das Leis Gerais de Licitações.

A interpretação da legislação sugere que os dispositivos exclusivamente relacionados aos convênios (artigo 116 e seus parágrafos da Lei nº 8.666/93)⁷⁶ conectam esse tipo de acordo a uma norma específica. Por outro lado, os demais dispositivos da Lei Geral de Licitações devem ser aplicados subsidiariamente aos convênios, salvo disposição em contrário no mencionado regulamento especial.

Levando em consideração a expressão “no que couber” constante do texto legal, não se aplicam aos convênios os dispositivos que demonstram incompatibilidade com a sua natureza (ajuste cooperativo em que impera a igualdade jurídica dos partícipes e a liberdade negocial). É fundamental, diante da natureza não contraprestacional dos convênios, identificar se a norma em questão é compatível ou não com o ajuste, circunstância que nem sempre é fácil diante do caso concreto (MAGALHÃES, 2012, p. 211-213).

⁷⁵ Ver art. 25 da Lei Complementar nº 101/00 (Brasil, 2000).

⁷⁶ A Lei nº 14.133/21 não previu normas específicas para os convênios, delegando toda a normatização para o nível regulamentar. Contudo, pela inteligência do art. 184 do diploma supracitado, a regulamentação dos convênios deve respeitar os limites (no que couber) definidos na Lei nº 14.133/21.

As considerações sobre quando aplicar ou não dispositivos específicos da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 14.133/21 aos convênios serão abordadas em detalhes nos próximos tópicos.

Analisando por outra perspectiva, é evidente que certas disposições específicas para os convênios, delineadas no artigo 116 e parágrafos da Lei nº 8.666/93, não são adequadas para acordos cooperativos que não incluem a transferência de recursos financeiros. Isso inclui a obrigatoriedade de apresentação de um plano de aplicação dos recursos financeiros e um cronograma de desembolso.

Por insofismável incompatibilidade, nos ajustes que não tratam de transferências voluntárias, estão dispensadas as exigências referentes especificamente do repasse de recursos previstas na Lei nº 8.666/93 (BITTENCOURT, 2019, p. 73-74).

O próprio texto normativo acabou por alimentar a confusão comum na prática administrativa: a distinção entre convênio e transferência voluntária, já que o legislador considerou os convênios como instrumentos exclusivos para a transferência de recursos financeiros, sem expressar qualquer ressalva.

Em síntese: é aplicável aos convênios, como regra especial, o inteiro teor do art. 116 da Lei nº 8.666/93.⁷⁷ Contudo, certos dispositivos desse conjunto de regras só se aplicam aos convênios que envolvem recursos financeiros, portanto, o artigo 116 deve ser integralmente adotado somente quando o convênio em questão se encaixar nessa categoria financeira. Além disso, as outras normas das Leis de Licitações são aplicáveis aos convênios de forma subsidiária, desde que sejam compatíveis com a natureza não contraprestacional desses acordos cooperativos e não entrem em conflito com o disposto na legislação especial.

⁷⁷ Não é demais relembrar que a Lei nº 14.133/21 não trouxe nenhuma regra específica para os convênios, delegando tudo para os regulamentos a serem elaborados pelos entes da federação.

1.2 Não aplicação das cláusulas exorbitantes aos convênios firmados entre entes públicos

A distinção fundamental entre os convênios e os contratos contraprestacionais celebrados pelo Poder Público reside na igualdade jurídica entre as partes convenientes. Essa igualdade de posição legal entre os participantes dos convênios é estabelecida devido à impossibilidade de hierarquizar os interesses das partes em termos de importância e relevância.

No convênio, todos os partícipes compartilham como objetivo primordial a realização de um interesse público constitucional. Portanto, as cláusulas das Leis de Licitações e Contratos que conferem tratamento privilegiado ao contratante não são aplicáveis aos convênios, como evidenciado nas situações de rescisão e alteração unilateral dos contratos. Isso se baseia na interpretação da expressão "no que couber", presente no artigo 116 da Lei nº 8.666/93 e no artigo 184 da Lei nº 14.133/21.

Não se aplicam aos convênios, consequentemente, pelo menos àqueles firmados entre entes públicos, as cláusulas exorbitantes. No mesmo sentido, para Sílvio Luís Ferreira da Rocha, a diferença fundamental entre convênio e contrato administrativo estaria na inexistência de cláusulas exorbitantes nos convênios administrativos (ROCHA, 2003, p. 52-54).

Vale ressaltar que, no âmbito do regime jurídico-administrativo, prevalece a supremacia do interesse público sobre o privado. Isso implica, especialmente nos contratos administrativos, em uma relação em que são conferidas prerrogativas ao Poder Público junto aos particulares.

Considerando que, nos contratos contraprestacionais celebrados com o Poder Público, os particulares buscam lucro enquanto a Administração Pública busca concretizar os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, são atribuídos à entidade pública instrumentos especiais para alcançar eficazmente os fins públicos incumbidos a ela.

No que se relaciona ao princípio da supremacia do interesse público, Celso Bandeira de Mello depreende certas consequências como a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo nas relações com

os particulares (MELLO, 2010, p. 70). O Poder Público, conforme Anacleto Abduch, nessas relações, encontra-se em posição de autoridade e de comando em relação aos particulares (SANTOS, 2017, p. 26).

Perceba-se, contudo, que essa relação verticalizada nasce exatamente de uma hierarquização valorativa dos interesses das partes, contrastante dos convênios, nos quais nem todos os signatários têm como principal objetivo a concretização dos interesses públicos.

Exatamente porque o interesse a ser tutelado no contrato administrativo relaciona-se com o interesse coletivo de um lado e o interesse comercial do outro, o ordenamento jurídico estabelece cláusulas especiais que acabam por elevar a entidade pública a uma posição superior, e não de igualdade, na relação jurídica contratual (SANTOS, 2017, p. 27).

Essas disposições especiais, que conferem privilégios e prerrogativas ao Poder Público, conforme previsto no regime jurídico-administrativo, são comumente conhecidas como "cláusulas exorbitantes".

Na relação contratual administrativa, a Administração Pública detém prerrogativas que a colocam em uma posição de superioridade em relação ao contratado privado. Essa assimetria nas posições jurídicas decorre do fato de que o Poder Público tem o dever de tutelar os direitos fundamentais da coletividade, enquanto o particular busca lucro comercial.

Quanto aos convênios, por outro lado, eles representam uma união de esforços na qual todos os participantes compartilham o objetivo comum de concretizar o mesmo interesse fundamental. Nesse contexto, não há qualquer superioridade entre as partes envolvidas. Afinal, como os interesses dos participantes são fundamentais, não há uma hierarquia de valores entre os signatários. Devido a essa igualdade, podemos afirmar que a posição jurídica entre os participantes é igual, o que destaca a ausência de cláusulas exorbitantes nos convênios, pelo menos naqueles firmados entre entidades públicas.

Imagem 18 – Caixa de texto e imagem de um homem andando com uma maleta.

Não Aplicação das **Cláusulas exorbitantes**

As cláusulas Exorbitantes nos **contratos administrativos** estão relacionada aos **distintos interesses** das partes

Ex: Alteração unilateral, Rescisão unilateral



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

1.3 Minuta do convênio

O parágrafo 1º do artigo 116 da Lei nº 8.666/93 estipula que o termo de ajuste deve incluir a identificação do objeto a ser executado, das metas a serem alcançadas, das etapas ou fases de execução, bem como a previsão de início e término da execução do objeto, além da conclusão das etapas ou fases programadas.

Conforme mencionado anteriormente, a Lei nº 14.133/21 não estabelece normas específicas sobre os convênios, exceto pela disposição geral de aplicação dos dispositivos da lei, na medida do possível. As cláusulas obrigatórias, nesse contexto, podem ser detalhadas nos regulamentos correspondentes.

Imagem 19 – Caixa contendo texto.

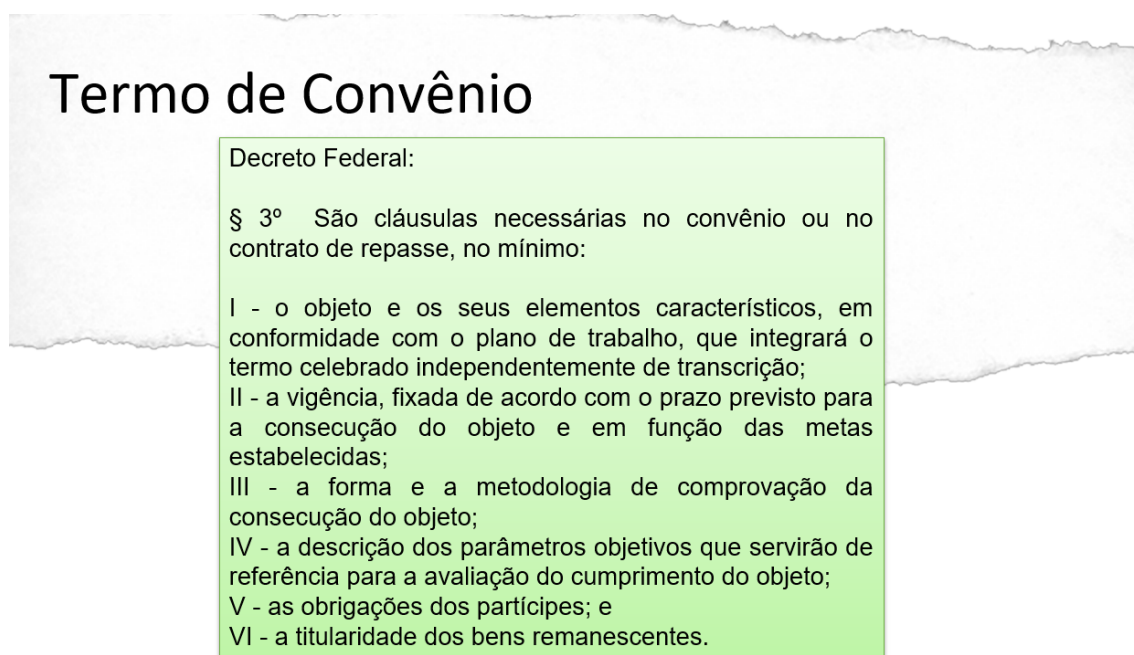


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo.

Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

1.4 Prazo de vigência

A determinação do prazo de vigência do acordo é uma cláusula obrigatória, conforme evidenciado no artigo 55, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 e no artigo 92, inciso VI, da Lei nº 14.133/21, e deve ser especificada em um item particular da minuta do acordo cooperativo. No referido termo, é necessário que os termos de início e término da relação convenial estejam explicitados de forma clara.

É importante ressaltar que há opiniões na doutrina que defendem a possibilidade de celebração de convênios sem prazo definido⁷⁸. No entanto, o parágrafo 3º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93⁷⁹ proíbe expressamente a celebração de contratos com prazo indeterminado, disposição esta que é plenamente aplicável aos

⁷⁸ Diógenes Gasparini afirma que “o convênio é instituído sem duração, embora já tenha visto termos de convênio em que esse prazo foi estabelecido e, ainda, com sua prorrogação prevista” (GASPARINI, 2011, p. 306).

⁷⁹ A Lei nº 14.133/21 não veda a vigência de negócio jurídico com prazo indeterminado no art. 109, mas limita aos contratos em que a Administração seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio. Desta forma, esse mesmo raciocínio é aplicável à nova Lei Geral de Licitações (Brasil, 2021a).

convênios, conforme estabelecido no artigo 116 da mesma lei. Isso ocorre porque apenas as normas incompatíveis com a natureza não contraprestacional dos convênios são inaplicáveis a eles.

Gustavo Magalhães esclarece que a Lei determinou a instituição de um termo final nos convênios. O art. 116, §1º, estabelece a obrigatoriedade, nos convênios, de elaboração de plano de trabalho e cronograma de desembolso. Ademais, o inciso II do §1º determina ainda a previsão das “etapas ou fases de execução” dos convênios e o inciso VI trata da “previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas”. Ora, o plano de trabalho necessariamente é um projeto das ações contendo início e fim. O termo final dos convênios administrativos deve coincidir com a conclusão do plano de trabalho, vedada a celebração de negócios jurídicos por tempo indeterminado (MAGALHÃES, 2012, p. 314).

É esse o entendimento também da Advocacia Geral da União (AGU), que já esclareceu que a cláusula de vigência é indispensável aos convênios. O prazo de vigência deve ser estipulado de acordo com a natureza e a complexidade do objeto, as metas estabelecidas e o prazo necessário para sua execução, previsto no plano de trabalho. Não se admite, portanto, a fixação de prazos desproporcionais ou irrazoáveis.⁸⁰

Um aspecto relevante a ser destacado diz respeito ao limite máximo de duração dos convênios e às restrições legais estabelecidas tanto pela Lei nº 8.666/93 quanto pela Lei nº 14.133/21.

Ao analisar as disposições da legislação nacional referentes aos prazos de vigência dos contratos administrativos, observa-se que tanto a Lei nº 8.666/93 quanto a Lei nº 14.133/21 buscam assegurar a compatibilidade entre a duração das obrigações decorrentes desses contratos e o princípio da anualidade orçamentária, conforme estabelecido no artigo 165, III, da Constituição Federal, e nos artigos 2º e 34 da Lei nº 4.320/64.

⁸⁰ AGU: Parecer nº 3/2013 da Câmara Permanente de Convênios (Brasil, 2013a).

Imagem 20 – Caixa contendo texto e uma ampulheta.

Prazo de Vigência dos convênios

1_ Pode convênio sem prazo?

Advocacia Geral da União (AGU), que já esclareceu que a cláusula de vigência é indispensável aos convênios. O prazo de vigência deve ser estipulado de acordo com a natureza e a complexidade do objeto, as metas estabelecidas e o prazo necessário para sua execução, previsto no plano de trabalho.

AGU: Parecer nº 3/2013 da Câmara Permanente de Convênios



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentationGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

No contexto da vigência dos contratos, conforme estabelecido na Lei nº 8.666/93, argumentava-se que, geralmente, a duração dos contratos administrativos estava condicionada à disponibilidade dos créditos orçamentários, consoante se depreende do *caput* do art. 57⁸¹ do ato normativo referenciado.⁸²

No entanto, a interpretação desse dispositivo mencionado deve ser realizada de maneira sistemática, considerando também o inciso I do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, que permite a contratação para períodos além do exercício financeiro nos casos de empreendimentos previstos no plano plurianual. Além disso, é importante levar em consideração o §1º do artigo 167 da Constituição Federal, que estabelece que nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro pode ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual.

Isso implica que os contratos administrativos não devem ter a vigência máxima atrelada ao exercício financeiro ou mesmo uma vigência máxima disposta de

⁸¹ Art. 57 A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

⁸² Pode ser visto esse raciocínio em Pereira Júnior (2009, p. 649), Justen Filho (2012a, p. 948) e Di Pietro (2016, p. 310).

forma artificial pela Lei Geral de Licitações, mas apenas respeitem às normas financeiras de planejamento dos gastos públicos (BARBOSA, 2019, p. 281-313).

É imprudente supor, por exemplo, que a Administração desistirá de construir uma ponte devido ao prazo de execução estimado em 15 anos ou pior ainda, que incluirá um prazo fictício no contrato para o término do projeto.

Os ajustes (ao menos os de escopo),⁸³ mesmo sob a vigência da Lei nº 8.666/93, devem ter a duração de acordo com sua própria natureza, ou seja, o tempo tecnicamente mensurado para finalização do objeto pretendido. Os convênios, tendo em vista as suas características básicas (projetos e metas delineados) implicam, na maioria das vezes, em um negócio de escopo.⁸⁴

Portanto, é importante distinguir entre a obrigação administrativa e a obrigação financeira, pois nem sempre suas vigências serão coincidentes. Enquanto a obrigação financeira está necessariamente vinculada à vigência do crédito orçamentário anual, a obrigação administrativa pode abranger várias obrigações financeiras ao longo do tempo.

No que diz respeito às obrigações com vigência plurianual, o sistema jurídico estabelece medidas de precaução em prol da gestão fiscal responsável.⁸⁵ Elas

⁸³ Os contratos por escopo são aqueles cujo prazo de execução somente se extinguem quando o contratado entrega para o contratante o objeto contratado. O descumprimento do prazo não implica o encerramento instantâneo das obrigações do contratado, apenas caracterizam mora.

⁸⁴ A AGU (Brasil, 2013a) definiu bem a questão: “No que toca aos convênios, verifica-se que grande parte dos ajustes firmados pela Administração Pública Federal, para não falar na totalidade, não se reveste das características de um acordo de execução continuada. O que se pretende ao realizar um convênio é a obtenção de um determinado escopo: seja a construção de uma obra, a realização de um serviço ou a aquisição de um bem. Nessa ordem de ideias, o prazo de vigência deve ser pensado a partir dessa peculiaridade (...) A despeito da possibilidade da prorrogação do prazo de vigência, vale registrar novamente que a prorrogação excepcional do convênio, inclusive no caso de extrapolação do prazo de 5 anos, não desnatura a característica do convênio como um “ajuste por escopo”, na medida em que o convênio não é instrumento idôneo para financiar serviços de caráter continuado, devendo o produto/objeto conveniado estar, de forma obrigatória, detalhadamente especificado no momento da celebração do acordo, de modo a evitar inclusão posterior de metas que não tenham relação com o objeto inicialmente conveniado. Em outras palavras, não existe convênio com prazo de vigência indeterminado”.

⁸⁵ Art. 1º, §1º da Lei Complementar nº 101/00 – §1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar (Brasil, 2000).

incluem a exigência de demonstração da disponibilidade orçamentária para cada parcela a ser executada a cada exercício, a inclusão no plano plurianual, a conformidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a estimativa do impacto orçamentário-financeiro para o exercício em que entrará em vigor e nos dois subsequentes (conforme o artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal e o artigo 57, inciso I, da Lei nº 8.666/93).

No entanto, há serviços que, devido à sua natureza, não podem ter um termo final fixo. Entretanto, em conformidade com a proibição estabelecida pelo parágrafo 3º do artigo 57 da Lei nº 8.666/93, que veda a celebração de contratos com prazo de vigência indeterminado, a Lei estabeleceu artificialmente prazos máximos de duração para determinados contratos (conforme o artigo 57, incisos II, IV e V da Lei nº 8.666/93).⁸⁶

Os contratos com escopo definido devem ter seus prazos de vigência diretamente ajustados (com base em estudos e pareceres fornecidos no respectivo ETP) de acordo com o tempo necessário para a realização dos objetivos propostos, o qual deve ser devidamente justificado tecnicamente.

A nova legislação (Lei nº 14.133/21), com relação aos prazos de duração dos contratos, deixa claro que estes não são vinculados à vigência dos créditos orçamentários. A interpretação a ser feita do art. 105 da nova Lei de Licitações é a de que, no referente aos contratos de escopo, sua duração deve ser aquela adequada e suficiente para a realização do objeto pretendido (SANTOS; VARESCHINI, 2021, p. 278).

No que se refere aos negócios de escopo, o que inclui os convênios, nos quais há um objeto certo e definido que ao ser realizado esgota a sua necessidade, a definição do prazo de vigência do ajuste relaciona-se diretamente ao tempo

⁸⁶ Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: (...)
II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;
IV – ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.
V – às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração (BRASIL, 1993).

necessário para a execução integral do objetivo traçado no respectivo plano de trabalho (SANTOS; VARESCHINI, 2021, p. 78).

Imagem 20 – Caixas contendo texto e uma ampulheta.

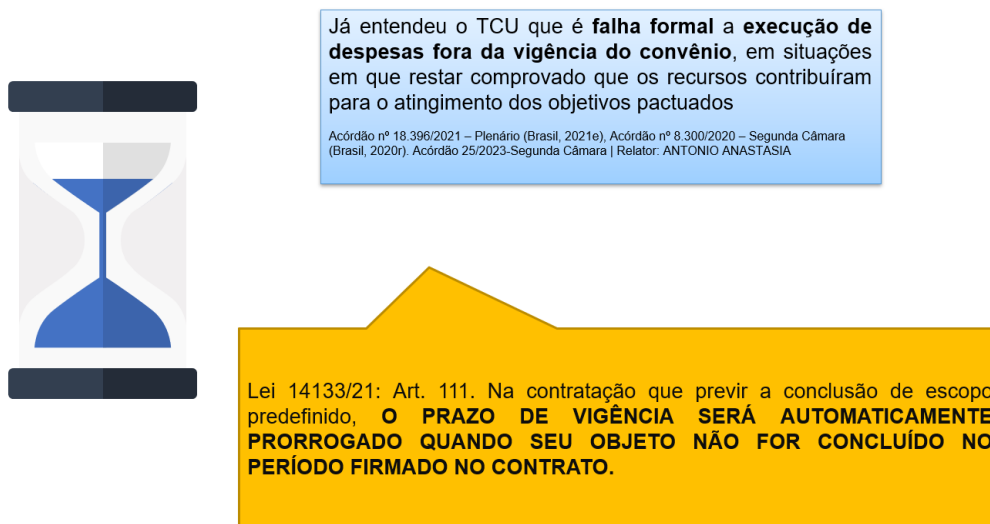


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

1.5 Aditamento do prazo de vigência

O eventual atraso no cumprimento do cronograma de execução do objeto do convênio pode exigir a prorrogação do prazo de vigência do acordo. A duração dos convênios deve ser determinada no instrumento competente, e deve estar em consonância com a estimativa de execução do objeto estipulada no Plano de Trabalho.

A abordagem tradicional em relação à solicitação de extensão do prazo de vigência sugere que tal solicitação deve ser feita dentro do período estipulado e deve ser previamente autorizada pelos signatários, mediante consenso, por meio de um termo aditivo. Portanto, os convênios não devem ser prorrogados após o término de sua vigência. Uma vez que a vigência do convênio expira, não é possível realizar aditamentos, pois a relação já foi encerrada. Quando a vigência do acordo expira, cabe à Administração Pública avaliar, com base nos critérios de conveniência e

oportunidade, a viabilidade de celebrar um novo convênio para concluir o objeto acordado.

Nessa perspectiva, o Tribunal de Contas da União (TCU) já julgou como irregular a extensão do prazo por meio de termo aditivo após o vencimento do convênio.⁸⁷

Contudo, no caso de convênios que envolvem obrigações de escopo, e em conformidade com os princípios da boa-fé objetiva, seria apropriado implementar mecanismos que evitem o término imediato por mero descumprimento do prazo. Apenas com a nova Lei de Licitações, foi explicitamente permitido que os contratos administrativos, quando se referirem às obrigações de escopo, possam ser prorrogados automaticamente após o vencimento do prazo inicialmente acordado (art. 111). Dessa forma, não há impedimento para que a mesma lógica seja aplicada aos convênios. No entanto, isso dependerá da previsão feita em regulamento, considerando a delegação estabelecida no artigo 184 da Lei nº 14.133/21.

Imagem 21 – Caixas contendo texto e imagem de um nó.



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo.
Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

⁸⁷ TCU: Acórdão nº 1.936/2014 – Plenário: 3. Consta dos autos que a responsável assinou termos aditivos depois de expirada a vigência do convênio e que deixou de comunicar a Câmara Legislativa do DF da assinatura do Convênio, ferindo norma legal (...) Acolho a proposta apresentada e tomo as conclusões da unidade técnica como razões para decidir. De fato, há evidências de que a responsável teve ciência de que a vigência do convênio já se esgotara, além de não ser adequado entender a assinatura do mencionado ajuste como um mero ato formal (Brasil, 2014f).

1.6 Apreciação da procuradoria jurídica e publicação

Conforme evidenciado pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93 e pelo parágrafo 4º do artigo 53 da Lei nº 14.133/21, as minutas de convênios devem ser submetidas previamente à análise e aprovação por um advogado público associado à entidade pública correspondente.

O papel das procuradorias consultivas é fundamental para orientar juridicamente os órgãos públicos, garantindo a legalidade e oferecendo suporte à gestão.

De acordo com a Constituição Federal, a Advocacia Pública é uma função essencial à Justiça, consoante seus artigos 131 e 132, incumbida do controle interno e da defesa da legalidade dos atos estatais, assegurando aos cidadãos uma administração pública em conformidade com as normas estabelecidas pelo sistema jurídico.

A alocação realizada pelo constituinte de 88, que segmentou as funções essenciais à Justiça em capítulo apartado dos demais Poderes, destacou funções imprescindíveis para a harmonia dos poderes estatais, e é sob esse aspecto que deve ser percebida a atuação da Advocacia Pública (TORRES; GUEDES; SOUZA, 2009, p. 139-144).

É possível constatar a essencialidade da Advocacia Pública para a preservação do Estado Democrático de Direito, com enfoque na efetivação dos princípios da segurança jurídica, da isonomia e da eficiência (OLIVEIRA, 2019, p. 382-400).

Para Rafael Oliveira, a qualidade da atuação do advogado público e a sua caracterização como advogado de Estado – e não de governo –, depende de uma série de fatores, mas, primordialmente, da autonomia técnica, administrativa e financeira do próprio órgão jurídico, características indispensáveis à defesa imparcial dos atos, sobretudo dos convênios estatais (OLIVEIRA, 2019, p. 382-400).

A Lei nº 14.133/2021 introduziu mudanças significativas na atuação do órgão de assessoramento jurídico. Enquanto a Lei nº 8.666/93 mencionava apenas a aprovação jurídica das minutas, o artigo 53 da Lei nº 14.133/21 estabelece um controle

prévio abrangente da legalidade das licitações ou contratações. De acordo com o parágrafo 4º do mesmo artigo 53, o órgão de assessoramento jurídico também será responsável pelo controle prévio da legalidade das contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços e outros instrumentos similares, bem como de seus termos aditivos.

Trata-se da Advocacia Pública voltada ao controle da atuação pública. Os advogados públicos, quando exercem a consultoria jurídica, para além da análise de conformidade do ato pretendido pelo gestor público com o ordenamento jurídico, devem enfrentar o dilema da realidade fática apresentada, avaliando os riscos e, quando for o caso, apresentando opções alternativas em prol do interesse fundamental perseguido (TORRES, 2021, p. 293).

O Tribunal de Contas da União (TCU) já afirmou que é obrigatório encaminhar todas as minutas de convênio e documentos similares à Procuradoria Jurídica para análise e aprovação, pois a consulta ao órgão jurídico não está sujeita à discricionariedade do gestor público.⁸⁸

Conforme estipulado pelo artigo 54 da Lei 14.133/21, a divulgação do edital de licitação será feita por meio da disponibilização completa do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Adicionalmente, é obrigatória a publicação de um resumo do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme aplicável, bem como em um jornal de grande circulação. Entretanto, no caso dos convênios, os regulamentos devem detalhar o processo de publicidade de forma a garantir que seja transparente e acessível a todos os interessados.

⁸⁸ TCU: Acórdão nº 1.236/2007 – Segunda Câmara (Brasil, 2007d) e Acórdão nº 2.708/2009 – Plenário (Brasil, 2009m).

Curso de Extensão: Convênios

Módulo 06

1.Fase de Execução Convenial

Durante a fase de execução, ocorrem as ações conduzidas pelos participantes visando concretizar o planejamento delineado no termo de convênio e em suas partes integrantes, como o plano de trabalho. Tais atividades planejadas, para serem realizadas na etapa de execução, devem aderir ao modelo de ação traçado no plano de trabalho correspondente. No entanto, é essencial que também sejam orientadas pela interpretação das diretrizes estabelecidas no acordo, nas normas legais de direito público e no princípio da boa-fé.

Durante essa etapa, o programa ou projeto governamental, previsto de forma abstrata no termo do convênio e no respectivo plano de trabalho, torna-se, uma realidade tangível no contexto social, marcando a transição do conceitual para o concreto.

1.1 Liberação dos recursos

Os recursos repassados pelo órgão concedente, assim como os relacionados à contrapartida, devem ser depositados em uma conta designada especificamente para este fim, com o intuito de simplificar a fiscalização durante a utilização desses valores para os propósitos do acordo e em conformidade com o Plano de Aplicação.

Os montantes transferidos não perdem a natureza de dinheiro público, mesmo se transferidos a uma entidade privada, ficando a sua utilização vinculada aos termos previstos no ajuste e devendo a entidade beneficiada, obrigatoriamente, prestar contas à concedente (MEIRELLES, 2007, p. 520).

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem reiteradamente enfatizado a importância de evidenciar que os gastos destinados à realização do objeto estão diretamente vinculados aos recursos depositados na conta específica. É crucial que o conveniente providencie a documentação que comprove a alocação dos recursos para os propósitos do convênio, considerando a obrigação de prestação de contas⁸⁹.

⁸⁹ Nesse mesmo sentido, os seguintes acórdãos do TCU: Acórdão nº 6.098/2017 – Primeira Câmara (Brasil, 2017h), Acórdão nº 7.200/2018 – Segunda Câmara (Brasil, 2018i) Acórdão nº 2.234/2018 – Primeira Câmara (Brasil, 2018d), Acórdão nº 9.544/2017 – Segunda Câmara (Brasil, 2017l), Acórdão nº 997/2015 – Plenário (Brasil, 2015i) Acórdão nº 6.968/2014 – Primeira Câmara (Brasil, 2014k), Acórdão nº 3.545/2006 – Primeira Câmara (Brasil, 2006e), Acórdão nº 3.223/2017 –

Para reforçar o princípio de que os recursos depositados na conta específica do convênio devem ser exclusivamente utilizados para os fins propostos, o Supremo Tribunal Federal (STF) já deliberou que o Judiciário não tem autoridade para ordenar a retirada desses valores para quitar dívidas trabalhistas da entidade conveniente. É importante ressaltar que tais recursos não são de propriedade da entidade conveniente, uma vez que foram transferidos pela concedente e estão destinados a uma finalidade específica. Nesses termos, a ADPF 114/2019 – STF⁹⁰:

Os recursos públicos vinculados a convênios não podem ser bloqueados ou penhorados por decisão judicial para pagamento de débitos trabalhistas de sociedade de economia mista, ainda que as verbas tenham sido repassadas à estatal, em virtude do disposto no art. 167, VI e X, da CF/1988 e do princípio da separação de poderes (art. 2º da CF/1988).

Para a liberação das parcelas, é imperativo seguir o cronograma de desembolso e garantir que os recursos estejam sendo aplicados conforme o Plano de Trabalho. Nesse contexto, o §3º do artigo 116 da Lei nº 8.666/93 estipula que as parcelas do convênio sejam liberadas rigorosamente de acordo com o Plano de Aplicação aprovado.⁹¹ O parágrafo 3º também é explícito quanto às situações em que o repasse de recursos deve ser interrompido.⁹²

Se o Cronograma de Desembolso compreender múltiplas etapas, os recursos previstos devem ser repassados apenas quando for comprovado que os valores descentralizados para a execução da etapa anterior foram utilizados de forma adequada e regular.⁹³

Segunda Câmara (Brasil, 2017f). Acórdão nº 8.955/2017 – Primeira Câmara (Brasil, 2017j), Acórdão nº 2.823/2016 – Primeira Câmara (Brasil, 2016g).

⁹⁰ Sentido semelhante tem a Súmula 286 do TCU: O bloqueio judicial de recursos de convênio para pagamento de dívidas trabalhistas de entidade privada conveniente configura débito decorrente de desvio de finalidade e, portanto, implica a responsabilidade de o ente beneficiário, solidariamente com seus administradores, restituir os respectivos valores aos cofres do concedente. E o Acórdão nº 1.669/2021 – Segunda Câmara.

⁹¹ A Lei nº 14.133/21 não detalhou as condições para liberação de recursos no âmbito dos convênios, devendo ser disposto em regulamento (Brasil, 2021a).

⁹² §3º da Lei nº 8.666/93: I – 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.

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;

III – quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes do respectivo sistema de controle interno (Brasil, 1993).

⁹³ Nesse sentido, dispõe o TCU no Acórdão nº 1.224/2008 – Plenário (Brasil, 2008a).

Imagem 22 – Caixas de textos e imagem de um homem andando com uma mala.

Liberação de recursos

No caso de o Cronograma de Desembolso possuir mais de uma etapa, somente devem ser repassados os recursos previstos quando demonstrado que os valores descentralizados para execução da etapa anterior tiveram boa e regular aplicação.

TCU no Acórdão nº 1.224/2008 – Plenário

A autorização para a liberação de novas parcelas de convênio deve levar em conta tanto a execução física do objeto quanto a verificação da conformidade contábil e financeira da documentação de despesa, apresentada pelo conveniente em relação às parcelas anteriormente transferidas.



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentationGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

O saldo das aplicações será considerado como crédito do convênio e poderá ser empregado no objeto do ajuste, mediante autorização prévia do órgão concedente, através de termo aditivo.

Enquanto não forem utilizados, esses montantes deverão ser necessariamente investidos em cadernetas de poupança de uma instituição financeira oficial, caso sua utilização seja prevista para um período igual ou superior a um mês. Se a utilização ocorrer em prazos inferiores a um mês, os valores deverão ser aplicados em fundos de aplicação financeira de curto prazo ou em operações de mercado aberto lastreadas em títulos da dívida pública, conforme estabelecido no parágrafo 4 do artigo 116 da Lei nº 8.666/93⁹⁴.

A autorização para a liberação de novas parcelas do convênio deve considerar tanto o progresso físico da execução do objeto quanto a análise da conformidade contábil e financeira da documentação de despesas apresentada pelo conveniente em relação às parcelas previamente transferidas.

⁹⁴ A Lei nº 14.133/21 não previu a forma de atualização no que tange ao saldo dos convênios, devendo ser disposto em regulamento (Brasil, 2021a).

1.2 Necessidade de observância dos requisitos do art. 25, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), no momento da transferência de recurso financeiro

O artigo 25, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), não aborda a formalização de convênios, mas sim os critérios exigidos para realizar transferências voluntárias entre entidades. Esses critérios dizem respeito exclusivamente às situações em que há transferência de recursos financeiros, independentemente de serem transferências formalizadas por negócio jurídico cooperacional. Portanto, parece evidente que não é necessário cumprir os requisitos estipulados nesse dispositivo quando são firmados acordos cooperativos nos quais não há transferência de recursos financeiros.

A intenção legislativa do artigo supracitado é claramente evitar a transferência de recursos financeiros para entidades que não estejam em situação regular. Portanto, é lógico concluir que os atos que resultam na efetiva transferência de recursos, como a formalização do repasse durante a assinatura do convênio ou a ampliação do objeto do repasse por meio de aditamento, não são autorizados quando os requisitos estipulados por esse dispositivo não são cumpridos.

Por outro ponto de vista, pode-se considerar que são permitidas ações que resultem na redução dos montantes das transferências voluntárias, como a eliminação de uma meta, ou que não afetem a transferência de recursos financeiros, como a modificação do prazo de vigência, mesmo que o beneficiário não esteja em situação regular.

É crucial não confundir o negócio jurídico convencional com a transferência voluntária.

A norma em questão do artigo em discussão tem como objetivo proibir a transferência de recursos, ou qualquer ação que possa resultar em uma futura transferência, para entidades que estejam em situação de irregularidade fiscal. O dispositivo proibiu especificamente a transferência de recursos em si, o que significa que não há uma proibição geral para firmar convênios (sem a transferência de recursos), manter convênios existentes (sem novas transferências de recursos), ou

realizar ações que diminuam a abrangência do convênio (como a redução dos valores do convênio, sem autorização para novas transferências de recursos).

Pode-se inferir que é permitido firmar convênios sem transferência de recursos financeiros, realizar aditivos para prorrogação de prazo ou supressão de metas, mesmo que o conveniente não esteja em conformidade com os requisitos estabelecidos no artigo 25, da LRF, considerando as circunstâncias específicas do caso e o princípio da proporcionalidade.

Observa-se também que o aditivo de aumento de quantidade equivale a um novo convênio, portanto, é essencial a apresentação das certidões e condições requeridas no momento da celebração do acordo original. No entanto, um aditivo de redução seria análogo a uma denúncia parcial do ajuste, o que torna dispensável a verificação da regularidade do ente beneficiado, uma vez que é uma conclusão lógica.

Essa mesma conclusão é corroborada pelo Acórdão nº 6.113/15 do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, o qual estabelece que a flexibilização na exigência de certidões de regularidade fiscal é viável quando se trata da formalização de convênios entre entidades públicas sem a transferência de recursos públicos.

Ainda mais complexa é a controvérsia que questiona se os requisitos do artigo em questão devem ser avaliados a cada parcela dos recursos repassados, conforme o cronograma de desembolso estabelecido. Isso ocorre porque o parágrafo 1º, do artigo 25, da LRF estabelece que as exigências ali mencionadas são condições para a própria transferência, e não para a celebração da obrigação (o convênio, neste caso).

Uma interpretação plausível do dispositivo em questão sugere que as transferências devem ser proibidas caso as condições estabelecidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal não sejam cumpridas ao longo do acordo. A transferência voluntária ocorre somente quando os recursos são efetivamente entregues ao outro ente público, ou seja, quando o dinheiro é de fato repassado ao partícipe beneficiado.

É sustentável o argumento de que cabe aos partícipes manter, ao longo de toda a execução do ajuste, todas as condições exigidas quando o respectivo acordo de cooperação foi assinado, o que implica na manutenção da sua regularidade fiscal.

Portanto, mesmo que o convênio seja formalizado em um momento em que o ente beneficiado esteja em conformidade com suas obrigações fiscais, se ao longo do tempo, o conveniente deixar de cumprir os requisitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, não é legítimo o repasse dos recursos programados nas parcelas futuras do cronograma de desembolso.

Entretanto, é imprudente desconsiderar os efeitos iniciais dessa interpretação no que diz respeito à realização dos interesses fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Há ocasiões em que o administrador público enfrentará dilemas genuínos. Por exemplo, durante a realização de uma obra, se o ente que repassa recursos descobrir a irregularidade fiscal do ente conveniado, seria sensato para esse administrador público conveniado suspender o repasse de recursos e deixar a obra inacabada?

Imaginemos um convênio para a construção emergencial de uma nova ponte, após um incidente que danificou a ponte anterior, impedindo a passagem de veículos e privando uma cidade de acesso aos suprimentos necessários. No entanto, durante a execução, o ente conveniente perdeu sua regularidade fiscal. Interromper a continuidade da obra poderia acarretar sérios prejuízos para as comunidades afetadas.

É indubitável que em tais cenários não existe uma solução única, e o administrador público deve, por meio de uma análise fundamentada em princípios, ponderar os valores envolvidos. É exatamente ao lidar com situações como essa que o parágrafo 1º, do artigo 22, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, visa ajustar os julgamentos de validade às questões concretas enfrentadas na Administração Pública.⁹⁵

⁹⁵ Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento) §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (Brasil, 1942).

Não é à toa que a Portaria Interministerial nº 424, de 30 de dezembro de 2016⁹⁶, que oferece uma explicação mais detalhada do que está estipulado no Decreto nº 6.170/07, estabelece que a verificação dos requisitos para receber as transferências voluntárias deve ser realizada no momento da assinatura do acordo correspondente, bem como na assinatura dos aditivos de valor correspondentes, dispensando a necessidade de verificação nas liberações financeiras de recursos.

A abordagem regulatória levanta dúvidas quanto à sua constitucionalidade, uma vez que cabe à União estabelecer as normas gerais de direito financeiro, conforme o artigo 24, inciso I e §1º, da Constituição Federal de 1988. Essa atribuição é exercida por meio da elaboração da Lei Complementar (Lei nº 101/2000), que estabelece as normas gerais de finanças públicas visando a responsabilidade na gestão fiscal. Não é admissível que a legislação estadual ou municipal, ou mesmo um ato regulamentar exclusivamente federal, busque criar efeitos jurídicos a partir de um momento fictício, como o da transferência voluntária.

A transferência voluntária se concretiza somente quando os recursos são efetivamente entregues ao outro ente público, ou seja, no momento em que o dinheiro é de fato repassado ao participante beneficiado. Nesse sentido, surge a questão de analisar se cabe ao intérprete ou ao legislador estadual, municipal, ou mesmo exclusivamente federal (por meio de ato regulamentar ou lei ordinária), estabelecer ou atribuir interpretação às transferências voluntárias que contrarie o disposto no artigo 25, da Lei Complementar (Lei nº 101/2000), sujeito à possibilidade de incorrer em vício de inconstitucionalidade.

A norma geral estabelece que, se houver um descumprimento posterior da Lei de Responsabilidade Fiscal, o ente repassador não deve realizar novas transferências ao ente beneficiário, mesmo que o convênio ainda esteja em vigor e tenha sido firmado quando o beneficiário estava em conformidade. No entanto, ao considerar os valores em jogo no caso específico, especialmente o princípio da boa-fé objetiva e a continuidade do serviço público, poderia ser considerado razoável efetuar novos repasses de recursos para mitigar danos à comunidade ou ao erário público.

⁹⁶ Dos ministérios federais do Estado do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; da Fazenda; e da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

1.3 Aplicação do art. 25, da LRF, nas hipóteses de repasse de recursos não financeiros

As exigências para estabelecer um acordo cooperativo sem a transferência de recursos são diferentes daquelas que envolvem repasses financeiros. Para criar um acordo cooperativo sem alocação de recursos, deve-se seguir as normas da Lei Geral de Licitações. Em contrapartida, para configurar um convênio financeiro, é necessário observar as disposições da Lei Geral de Licitações, juntamente com as exigências do artigo 25, da Lei de Responsabilidade Fiscal, que implica na obrigação de comprovar a regularidade fiscal do ente beneficiado.

É comum que, no contexto desses acordos consensuais em prol do bem comum, a entidade repassadora opte por não transferir necessariamente recursos financeiros, mas sim bens móveis, imóveis e até mesmo serviços. Assim, caso se argumente que as exigências do artigo mencionado se aplicam apenas às transferências de recursos financeiros, poderia parecer que não seria necessário seguir os requisitos estipulados nesse artigo de lei. No entanto, esse raciocínio não é sustentável.

A legislação determina que a transferência de recursos financeiros entre os entes deve seguir o disposto no artigo 25, da LRF, conforme analisado anteriormente. Nesse contexto, permitir que o ente público utilize esses recursos para adquirir bens e serviços e, em seguida, repassar os produtos adquiridos sem cumprir os requisitos estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal seria uma convivência excessiva com a possibilidade de contornar a lei imperativa.

Não há objeção em considerar a maior capacidade operacional (ou outro critério relacionado à gestão das entidades públicas) e estipular no termo de convênio que o poder concedente será responsável pelo dispêndio de recursos com a posterior transferência de bens *in natura* (ou bens imóveis e até mesmo serviços), para que o conveniente execute o serviço em benefício da comunidade.

No entanto, a função corretiva da boa-fé impede o exercício abusivo de direitos nas relações negociais, por meio da boa-fé objetiva. No contexto legal, o artigo 187, do Código Civil, proíbe o exercício abusivo de direitos, considerando ilícitos os atos que ultrapassam os limites impostos pelo seu propósito econômico ou social, pela

boa-fé ou pelos bons costumes. Isso se refere a uma conduta que está em conformidade estrita com as normas imediatas do ordenamento jurídico, mas, no entanto, é ilícita por ser contrária ao sistema como um todo.

Na situação mencionada, a contratação e subsequente transferência dos bens e serviços pelo poder concedente poderiam ser realizadas com a intenção de contornar o que está estabelecido na mencionada Lei Complementar. Portanto, mesmo que o repasse não envolva necessariamente recursos financeiros, mas sim serviços ou produtos contratados especificamente para serem repassados aos beneficiários, é crucial que os dispositivos pertinentes sejam estritamente observados.

É imprescindível cumprir o que está estabelecido no artigo 25, da LRF, sob o risco de se concluir um negócio jurídico nulo, que tinha como objetivo contornar a lei imperativa. O artigo 185, em conjunto com o artigo 166, ambos do Código Civil, estipulam que o ato jurídico é nulo, entre outras situações, quando o seu objeto é ilícito por buscar a violação das disposições legais. Essa interpretação é a mais apropriada sob a perspectiva da boa-fé.

Não há qualquer irregularidade em um negócio jurídico que, considerando as capacidades técnicas das entidades envolvidas, atribua ao próprio poder concedente a responsabilidade pelas despesas, com envio dos produtos ao conveniente. No entanto, a fim de evitar a possibilidade de um negócio jurídico simulado com o intuito de burlar a lei imperativa, o que seria contrário à boa-fé, é crucial que, mesmo nesses casos, a Lei de Responsabilidade Fiscal seja estritamente observada.

1.4 Princípio da intranscendência subjetiva das sanções

A inexistência de pendências relacionadas às obrigações com o ente concedente é um requisito para a viabilidade das transferências voluntárias. Há uma decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a teoria da intranscendência das sanções que relativiza essa premissa.

Esse princípio visa evitar que as falhas cometidas exclusivamente por um governo imprudente resultem em punições para o ente federativo e a população envolvida. As transferências voluntárias poderiam ser viabilizadas se fosse

comprovado que o antigo gestor foi o único responsável pelas irregularidades presentes no ente beneficiado.⁹⁷

O Tribunal de Contas da União tem manifestação indicando que, caso o ente devedor esteja sob a gestão de um administrador diferente daquele responsável pelas faltas, e se forem comprovadas medidas adequadas para investigar os fatos, a inadimplência do ente federativo poderá ser temporariamente suspensa pelo órgão repassador, permitindo que ele receba novas transferências voluntárias.⁹⁸

A argumentação apresentada também foi utilizada para impedir a aplicação de restrições legais em situações em que as irregularidades foram cometidas por poderes distintos,⁹⁹ ou pela administração indireta.¹⁰⁰

Para que essa teoria seja aplicada, não é suficiente alegar que outro administrador agiu de maneira irregular, é essencial que seja claramente demonstrado que os novos gestores estão adotando todas as medidas necessárias para corrigir as irregularidades.

O princípio da intranscendência subjetiva das sanções, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, impede que as punições ultrapassem a responsabilidade do infrator e afetem entidades públicas que não tenham sido responsáveis pelo ato ilícito. Isso evita que a coletividade seja penalizada em vez do agente que descumpriu as regras. Portanto, esse princípio proíbe a imposição de restrições às administrações atuais por ações de gestão realizadas por administrações anteriores, assim como punições que afetem entidades descentralizadas ou poderes diferentes.

⁹⁷ Nessa via, a Súmula 615 do STJ: Não pode ocorrer ou permanecer a inscrição do município em cadastros restritivos fundada em irregularidades na gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos (Brasil, 2018c).

⁹⁸ Acórdão nº 3.034/2009 – Plenário (Brasil, 2009p).

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO 1431 MC-REF*. Referendo em medida cautelar Ação Cível Originária. Relator: Min. Celso de Mello, 16 set. 2009. Diário de Justiça, Brasília/DF, 22 out. 2009a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 2659 MC-REF/MS*. Relator: Min. Celso de Mello, 12 ago. 2010. Diário de Justiça, Brasília/DF, 23 set. 2010a.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ACO 1848 AGR*. Relator: Min. Celso de Mello, 6 nov. 2014. Diário de Justiça, Brasília/DF, 6 fev. 2015b.

1.5 Alteração do convênio

As modificações nos convênios, em conformidade com o artigo 65, da Lei nº 8.666/93, e o artigo 124 e seguintes da Lei nº 14.133/21 devem ser registradas por meio de termo aditivo e antecipadas por justificação e avaliação pela Procuradoria Jurídica (artigo 38, da Lei nº 8.666/93 e parágrafo 4º, artigo 54, da Lei nº 14.133/21).

No aditamento, devem ser seguidos os mesmos procedimentos exigidos para a celebração do convênio: é necessário apresentar justificativas técnicas detalhadas que fundamentem a alteração proposta, o processo administrativo visando à alteração deve ser encaminhado à área jurídica juntamente com a respectiva manifestação técnica, acompanhada das informações financeiras relevantes e da minuta do termo aditivo.¹⁰¹

Quanto à motivação, é importante fazer uma distinção entre a justificativa requerida pelo ordenamento jurídico no contrato administrativo e no convênio.

A motivação de todo ato administrativo é exigida como princípio derivado do caráter republicano da Constituição Federal (princípio da motivação dos atos administrativos) e, portanto, prevalece o dever geral de motivação dos atos administrativos.

No que tange à disciplina dos contratos administrativos, o estabelecimento de termos aditivos deve ser excepcional e justificado com base em um fato superveniente de situação desconhecida no momento da abertura da licitação (SANTOS, 2017, p. 131). Qualquer adequação técnica do objeto licitado supõe a descoberta de circunstâncias desconhecidas que implicam na conclusão de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada (JUSTEN FILHO, 2012a).

Essa mesma exigência rigorosa não é aplicável aos convênios, pois nos contratos a necessidade de comprovação inequívoca de um fato superveniente e desconhecido está relacionada à preservação da isonomia, que é fundamental para o procedimento licitatório.

¹⁰¹ BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer 13/2013 Câmara Permanente Convênios/DEPCONSU/PGF/AGU. Procurador: Raphael Peixoto de Paula Marques. Brasília/DF: 27 dez. 2013b.

Quanto aos contratos administrativos, se fosse permitido modificar livremente as demandas da Administração após a seleção do contratante, isso poderia resultar em burla do procedimento licitatório. Se o objeto tivesse sido especificado de maneira precisa desde a fase interna da licitação, é provável que outros participantes fossem atraídos para a competição.

Portanto, a modificação contratual só é viável se for comprovado que a necessidade de alteração surgiu após a conclusão do próprio certame licitatório, em consonância com a teoria da imprevisão.

Resumindo, nos contratos administrativos, a regra geral é a não autorização de aditivos contratuais, a menos que sejam justificados por circunstâncias excepcionais e imprevisíveis. Essa abordagem rigorosa visa evitar a violação do princípio da isonomia e garantir o respeito ao procedimento licitatório, no qual o objeto pretendido foi definido e divulgado.

Entretanto, no contexto dos convênios, especialmente aqueles estabelecidos entre entidades públicas, a regra é que a realização de chamamento público seja dispensada. Dessa forma, ao modificar o acordo convenial, não ocorreria uma violação da lógica licitatória.

Imagem 23 – Setas em sentidos opostos.

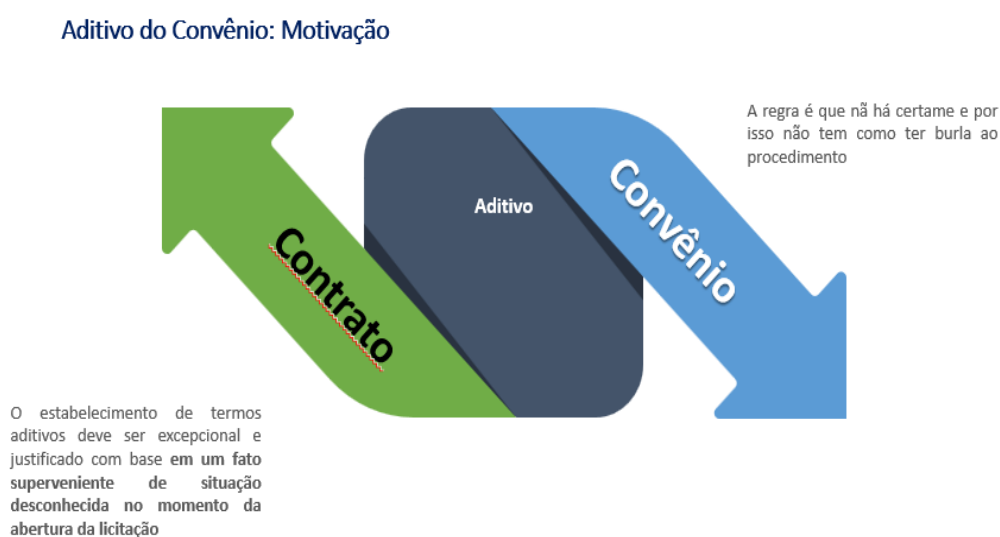


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentationGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

No entanto, é essencial que todo ato administrativo seja devidamente justificado. O argumento apresentado aqui não exige os agentes públicos de explicarem a razão das alterações no Plano de Trabalho, no entanto, não é necessário demonstrar circunstâncias singulares (como previsto na teoria da imprevisão) para justificar a mudança pretendida.

Nesses casos, a modificação do acordo decorre da liberdade de negociação e da autonomia federativa desses entes. De comum acordo, eles têm a capacidade de realizar alterações tanto qualitativas quanto quantitativas no convênio estabelecido.

Vale destacar que tanto os regulamentos conveniais quanto o TCU estipulam que qualquer alteração no convênio não deve descaracterizar o objeto acordado.¹⁰² Ou seja, a modificação do Plano de Trabalho não deve comprometer a finalidade essencial do convênio. Qualquer acréscimo ao convênio deve ter como objetivo ajustar o objeto do acordo às novas circunstâncias, corrigir possíveis deficiências no planejamento inicial ou até mesmo expandir o pretendido, mas não pode transformá-lo em um objeto completamente diferente, o que equivaleria a um novo acordo convenial.

Outro aspecto relevante a ser considerado diz respeito ao art. 65, da Lei nº 8.666/93 e ao art. 124, da Lei nº 14.133/21, os quais abordam tanto a viabilidade de alterações consensuais quanto unilaterais nas relações contratuais estabelecidas entre o Poder Público e os particulares. No entanto, é importante destacar as disposições relacionadas à possibilidade de modificação unilateral do contrato administrativo, derivadas de uma hierarquização dos interesses da Administração em relação aos dos particulares: enquanto a Administração busca proteger os interesses da coletividade, os particulares almejam a remuneração pelos serviços prestados ou pelos bens adquiridos.

Essa relação verticalizada relaciona-se com a supremacia do interesse público e é concretizada nas cláusulas exorbitantes. As alterações unilaterais são

¹⁰² Nesse sentido o inciso IX, do §1º, do art. 1º do Decreto nº 6.170/07. No mesmo sentido, o TCU entende que é possível realizar alterações nas condições originalmente previstas em instrumentos de convênios, desde que não acarretem prejuízo ao alcance dos objetivos pactuados e sejam submetidos e aprovados pelo concedente em tempo hábil. Acórdão nº 299/2018 – Plenário (Brasil, 2018e) e Acórdão nº 1.339/2009 – Plenário (Brasil, 2009d).

realizadas pela Administração Pública sem o consentimento do particular contratado. Trata-se da manifestação mais notória da desigualdade jurídica entre as partes (SANTOS, 2017, p. 137).

Contudo, nos convênios administrativos, os partícipes têm como objetivo alcançar conjuntamente os mesmos direitos fundamentais que motivaram a execução do objeto compartilhado, o que elimina a noção de uma relação desigual entre os entes envolvidos. Prevalece a igualdade entre os partícipes, especialmente nos convênios entre entidades públicas.

As disposições sobre alterações contratuais estabelecidas nas Leis Gerais de Licitações devem ser aplicadas aos convênios, considerando sua natureza cooperativa e não sinalagmática. O regime a ser seguido para as alterações nos convênios, especialmente nos acordos entre entidades públicas, é o da consensualidade, mediante acordo das partes. Isso se deve ao fato de que, na relação convencional, as partes estão em posição de igualdade (em patamares não verticalizados).

As eventuais mudanças nos Planos de Trabalho de convênios devem ser previamente submetidas à autorização dos poderes envolvidos, especialmente quando envolverem a transferência de recursos, exigindo a aprovação prévia do órgão concedente.¹⁰³

Também é essencial ponderar que o aditivo ao convênio equivale, de certa forma, à celebração de um novo acordo. Portanto, todas as condições essenciais para a formalização do convênio devem ser respeitadas ao elaborar o termo aditivo. Nos convênios que envolvem transferência de recursos, é imprescindível atender a todos os requisitos estipulados no artigo 25, da Lei de Responsabilidade Fiscal, além das disposições da Lei Geral de Licitações.

Realizadas de maneira consensual, todas as partes envolvidas têm a responsabilidade de garantir a assertividade e a correção técnica e financeira das alterações propostas no convênio. Todos os documentos técnicos apresentados para

¹⁰³ Foi esse o posicionamento do TCU nos seguintes acórdãos: Acórdão nº 3.749/2011 – Primeira Câmara (Brasil, 2011k), Acórdão nº 1.631/2012 – Primeira Câmara (Brasil, 2012d), Acórdão nº 1.070/2012 – Primeira Câmara (Brasil, 2012c).

a formalização do termo aditivo são parte integrante do Plano de Trabalho. Portanto, devem ser submetidos à prévia aprovação pela autoridade competente dos signatários do acordo. Estes podem contar com seus setores técnicos para embasar sua decisão sobre a viabilidade técnica da alteração proposta.¹⁰⁴

1.6 Inaplicabilidade dos limites percentuais para aditivos das Leis Gerais de Licitações aos convênios administrativos

Os limites quantitativos para alterações nos contratos administrativos são estabelecidos pelo art. 65, da Lei nº 8.666/93 e pelo art. 125, da Lei nº 14.133/21. Esses dispositivos determinam que qualquer acréscimo nas obras, serviços ou compras não pode exceder a 25% do valor inicial atualizado do contrato. No caso específico de reforma de edifício ou equipamento, o limite é de até 50% desse mesmo valor.

Questiona-se se os limites mencionados se aplicam às modificações em convênios.

É fundamental considerar que a intenção por trás do dispositivo em questão é evitar a distorção total do objeto estabelecido no processo licitatório. Permitir mudanças substanciais no conteúdo dos contratos administrativos poderia ser interpretado como uma forma de contornar as regras da licitação e violar o princípio da isonomia. Outros participantes talvez teriam apresentado interesse no objeto, se tivessem conhecimento do que realmente seria executado.

Dessa forma, considerando que a norma estabelecida nas Leis Gerais de Licitações visa preservar a isonomia nos processos licitatórios, parece que ela não se aplica aos convênios, especialmente aqueles celebrados entre entes públicos, nos quais se presume a ausência de competição devido à natureza cooperativa desses acordos.

¹⁰⁴ Trata-se, também, da inteligência de posicionamento do TCU, que explicitou: “excepcionalmente, admitir-se-á ao órgão propor a reformulação do Plano de Trabalho, que será previamente apreciada pelo setor técnico e submetida à aprovação da autoridade competente”. TCU: Acórdão nº 47/1998 – Plenário (Brasil, 1998d).

Resumindo essa ideia, o convênio, ao contrário do contrato administrativo, não está sujeito a procedimentos licitatórios, portanto, a restrição de quantidade nas alterações dos contratos administrativos não se aplica a ele.¹⁰⁵

Cabe ressaltar que apenas são aplicáveis aos convênios as disposições das Leis Gerais de Licitações que sejam compatíveis com suas características específicas (conforme estabelecido no art. 116, da Lei nº 8.666/93 e no art. 184, da Lei nº 14.133/21).

Nesse aspecto, é crucial destacar que a análise do convênio é completamente distinta de qualquer contrato de aquisição de bens ou de empreitada estabelecido pelos partícipes, mesmo que seja para cumprir os objetivos do convênio. É claro que no contexto contratual é fundamental observar os limites estabelecidos no art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93 e no art. 125, da Lei nº 14.133/21. Essa mesma interpretação é compartilhada pelo Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁰⁶:

38. Outra falha identificada pela unidade técnica refere-se à celebração do segundo termo aditivo ao Convênio 40/2003, que resultou em um acréscimo ao valor do convênio original de 540%.

39. Entendo que tal fato, por si só, não caracteriza a existência de qualquer irregularidade, pois aos Convênios celebrados com vistas a fomentar interesses comuns entre o concedente e o conveniente, não se aplicam as restrições relativas ao reajustamento contidas no Estatuto das Licitações. Até porque poderia ser celebrado outro convênio, com o mesmo conveniente, sem restrições.

40. Contudo, o problema identificado pela unidade técnica reside no fato de que o conveniente, que deveria observar as normas contidas no Estatuto das Licitações, também aditivou o contrato celebrado com a Evidência Comunicação e Publicidade / Display, em 540%, sem observar, portanto, os limites previstos no art. 65, §2º da Lei 8.666/1993 (grifo nosso).

Os limites estabelecidos para aditivos nas Leis nº 8.666/93 e nº 14.133/21 não se estendem às modificações relacionadas aos convênios entre entidades federativas, pois, nesses casos, o chamamento público é inexigível. A interpretação desse dispositivo visa evitar mudanças substanciais no objeto contratado, o que poderia representar uma violação das regras estabelecidas no edital de licitação. No entanto, os limites devem ser observados nos contratos celebrados com o intuito de cumprir as metas conveniais.

¹⁰⁵ Esse também foi o entendimento exarado no Parecer nº 13/2013 da Câmara Permanente de Convênios, lavrado pela AGU.

¹⁰⁶ Acórdão nº 1.934/2009 – Plenário (Brasil, 2009h).

1.7 Alterações contratuais não impactam automaticamente nos convênios

É relevante fazer uma distinção entre as relações dos partícipes (convênio) e aquelas entre os partícipes e fornecedores, empreiteiras e outras prestadoras de serviços (contratos), mesmo que o objeto do contrato esteja diretamente relacionado ao convênio.

Essa percepção é de suma importância, pois é comum nos convênios que envolvem transferência de recursos financeiros que os participantes considerem que qualquer impacto nos custos do projeto deve ser suportado pelo participante que financia, mesmo na ausência de cláusulas contratuais prevendo tal compensação financeira.

Se não envolve uma modificação no Plano de Trabalho acordado entre os participantes, as questões meramente contratuais não têm automaticamente efeito sobre o convênio estabelecido.

Entretanto, o convênio em questão pode especificar, de maneira explícita, como os impactos financeiros eventualmente surgidos serão divididos entre os partícipes para alcançar a meta do convênio. Devido à liberdade negocial, os convenientes têm autonomia para determinar como esses gastos serão distribuídos entre os signatários do acordo cooperativo.

Esses efeitos contratuais podem erroneamente parecer ter repercussão automática nos convênios e frequentemente estão associados às situações que envolvem o reequilíbrio econômico-financeiro.

Parte-se do pressuposto de que, em contratos administrativos, uma vez estabelecidos seus parâmetros no momento inicial, as condições iniciais devem ser mantidas ao longo de todo o seu desenvolvimento. Isso é crucial para evitar que a contraprestação se incline desproporcionalmente em favor de uma das partes ao longo do tempo, assegurando assim o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal garantia é prevista tanto na Constituição Federal, no artigo 37, inciso XXI, quanto na legislação infraconstitucional, como na Lei nº 8.666/93, artigo 58, §1º, e na Lei nº 14.133/21, artigo 104, §2º.

Para a doutrina, há três figuras jurídicas que possibilitam o reestabelecimento

do equilíbrio econômico-financeiro: o reajuste, a revisão contratual e a correção monetária (NIEBUHR, 2015, p. 1021).

O reajuste de preços, regulamentado no artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993, e também no inciso LVIII, do art. 6º, da Lei nº 14.133/21, constitui um mecanismo essencial para preservar o valor real dos contratos, por meio da aplicação de índices de correção monetária previamente acordados. Esses índices devem refletir fielmente a variação real do custo de produção, permitindo a utilização de índices específicos ou setoriais. Tanto a Lei nº 8.666/93, quanto a Lei nº 14.133/21¹⁰⁷ exigem a inclusão obrigatória de uma cláusula de reajuste nos contratos, bem como estabelecem critérios e periodicidade para esse reajustamento.

A revisão contratual se fundamenta na teoria da imprevisão aplicada ao direito público: a superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, alheios à vontade das partes e que modifiquem de maneira considerável o equilíbrio econômico-financeiro, implicam alteração contratual para se mantenha a equação inicialmente estabelecida (NIEBUHR, 2015, p. 1034 e 1036).

Da Lei nº 8.666/93, infere-se que na ocorrência desses fatores imprevisíveis que modificam o equilíbrio contratual, a Administração, na maioria das vezes, deve arcar com os eventuais encargos sobrevindos deles (JUSTEN FILHO, 2012a, p. 889). Contudo, com a promulgação da Lei nº 14.133/21, foi introduzida a matriz de riscos,¹⁰⁸ um mecanismo que visa distribuir as responsabilidades relacionadas aos eventos que possam afetar o equilíbrio contratual, levando em consideração as características específicas das obrigações assumidas pelos contratantes em cada situação.

Por fim, outra figura jurídica que permite o reequilíbrio contratual é a correção monetária, aplicável em casos de inflação, quando a Administração atrasa os pagamentos devidos à contratada. As Leis de Licitações estipulam que o contrato

¹⁰⁷ Artigo 40, inciso XI (Brasil, 1993) e Art. 25, §7º e art. 91, *caput* e §3º (Brasil, 2021^a), respectivamente.

¹⁰⁸ A matriz de riscos era prevista no art. 9º, §5º da Lei nº 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações) e no art. 42, inciso X da Lei nº 13.303/16, Lei das Estatais, mas não tinha previsão de aplicação na principal Lei de Licitações, a Lei nº 8.666/93.

deve incluir uma cláusula que defina os critérios de atualização monetária entre a data de cumprimento das obrigações e a data efetiva do pagamento.¹⁰⁹

Considerando que as situações de reequilíbrio econômico-financeiro são restritas às partes envolvidas no contrato, elas não têm impacto direto no convênio assinado por um dos contratantes. O convênio se baseia no Plano de Trabalho originalmente acordado. No entanto, mediante disposição expressa no termo do convênio, é possível que essas responsabilidades sejam distribuídas entre os participantes do ajuste cooperativo.

De igual forma, o Parecer FMRD/PFE/DNIT nº 722/2010, emitido pela Advocacia-Geral da União, segue essa mesma linha de interpretação, vejamos:

6. Essas atividades podem ser executadas diretamente pelo Exército Brasileiro ou contratadas com terceiros, segundo o disposto na Lei nº 8.666/93. De qualquer modo, os vínculos contratuais para a execução dos serviços ou obras se dão exclusivamente entre o Exército Brasileiro e seus contratados, inclusive fornecedores dos materiais necessários aos serviços ou obras objeto do Termo de Cooperação, não assumindo o DNIT qualquer responsabilidade perante os mesmos.

7. Evidentemente que, em virtude dessas contratações, poderão ocorrer situações em que a Lei nº 8.666/93 e legislação correlata autorizem tanto o reequilíbrio econômico e financeiro dos contratos mantidos pelo Exército Brasileiro, como também a possibilidade de reajustamento do valor contratual.

8. *Essas situações, entretanto, por pertencerem à álea econômica e financeira dos contratos mantidos pelo Exército Brasileiro, não autorizam o reequilíbrio ou o reajustamento do valor do Termo de Cooperação ou do Plano de Trabalho, até porque o crédito que foi transferido e extraído do orçamento do DNIT não está sujeito a essas circunstâncias.*

9. O que deve, então, ser feito é um aumento de valor do Termo de Cooperação para fazer face a um reequilíbrio ou reajustamento contratual que o Exército Brasileiro irá conceder aos seus contratados, mediante termo aditivo ao Termo de Cooperação, instruído pelo correspondente Plano de Trabalho, contendo, discriminadamente, as parcelas que sofreram o aumento de valor.

10. Consequentemente, se o reequilíbrio ou reajustamento contratual são fatos jurídicos decorrentes da relação mantida exclusivamente entre o Exército Brasileiro e os seus contratados, resta evidente que cabe ao próprio Exército Brasileiro discipliná-los, segundo metodologia de cálculo das parcelas contratuais que deverão ser reequilibradas ou reajustadas (Advocacia-Geral da União. Parecer FMRD/PFE/DNIT nº 722/2010. Brasília: AGU, 2010).

¹⁰⁹ Art. 92, V, da Lei nº 14.133/21 (Brasil, 2021a) e artigo 40, inciso XIV, c), da Lei nº 8.666/1993 (Brasil, 1993).

No entanto, em determinados contextos e situações específicas, considerando o princípio da boa-fé objetiva, se houver omissão no convênio ou se a disposição expressa no documento for considerada abusiva, é possível atribuir ao ente financiador a responsabilidade pelos custos contratuais não inicialmente previstos. Isso pode ocorrer se for demonstrado que o conveniado tinha uma expectativa legítima de que o concedente assumiria tais custos.

A situação mencionada ilustra o conceito de *suppressio*, em que o partícipe financiador opta por não exigir que o outro partícipe assuma os custos de reajuste de contrato, celebrado com o propósito de alcançar os objetivos da parceria. Ao efetuar o pagamento do reajuste, o poder concedente pode gerar na contraparte a confiança na estabilidade da situação. Posteriormente, o exercício do direito altera essa situação estabilizada ao longo do tempo, causando uma surpresa que afeta a confiança previamente estabelecida.

No entanto, isso é uma exceção à regra. Como mencionado, as circunstâncias que envolvem o reequilíbrio financeiro afetam unicamente a relação contratual em questão. O fato de o resultado de um contrato estar alinhado com os objetivos delineados em um convênio não implica que os partícipes envolvidos no convênio devam assumir qualquer implicação decorrente do contrato estabelecido com terceiros. Entretanto, é possível que esses impactos financeiros contratuais sejam compartilhados entre os partícipes, desde que haja um acordo expresso e por escrito dentro do contexto do ajuste cooperativo.

A contratação realizada pelos partícipes com o propósito de alcançar as metas do convênio é uma relação independente e autônoma. Assim, o reequilíbrio contratual não acarreta automaticamente implicações nos convênios firmados por uma das partes do respectivo contrato. Na ausência de disposição expressa no Termo de Convênio ou no Plano de Trabalho, não há motivo para atribuir automaticamente ao poder concedente a responsabilidade pelo reequilíbrio financeiro de um contrato do qual não faz parte.

Em circunstâncias excepcionais e mediante a aplicação da boa-fé objetiva, se ficar demonstrado que houve a criação da expectativa de que tais despesas contratuais extraordinárias seriam assumidas pelo ente não contratante, pode-se

avaliar a obrigação de que o ente financiador assumira as despesas contratuais extraordinárias.

Curso de Extensão: Convênios

Módulo 07

1. Prestação de contas e término do convênio

A prestação de contas apresentada pelo conveniente ao poder concedente possibilita à Administração verificar se as metas e tarefas estão sendo satisfatoriamente cumpridas conforme acordado, além de avaliar se os recursos estão sendo adequadamente utilizados pelos parceiros (no caso de convênios com transferência de valores), permitindo, assim, a confirmação efetiva do cumprimento do convênio.

A obrigação de prestar contas é inequívoca e inquestionável para a Administração que repassa recursos públicos. Nesse contexto, o parágrafo único do artigo 70, da Constituição Federal, estipula que qualquer pessoa que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos está obrigada a prestar contas.

É crucial manter um acompanhamento e supervisão contínuos para garantir a correta aplicação dos recursos transferidos. Caso surjam indícios de má utilização dos recursos destinados ao cumprimento das metas do convênio, a transferência de valores adicionais deve ser suspensa de imediato, aguardando a devida apuração e correção da possível irregularidade¹¹⁰.

É importante ressaltar que estar em conformidade com a prestação de contas é um requisito fundamental para a legitimidade do recebimento de transferências voluntárias, como estipulado pelo artigo 25, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Se a prestação de contas não apresentar um saldo positivo, o gestor deve iniciar imediatamente um processo administrativo para investigar a adequada aplicação dos recursos repassados, o que pode levar à realização de uma Tomada de Contas Especial. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem enfatizado que a primeira investigação sobre irregularidades na gestão dos recursos transferidos por meio de convênios é responsabilidade da entidade repassadora, e a instauração de uma Tomada de Contas Especial pelos tribunais de contas é uma medida excepcional

¹¹⁰ Nesse sentido, o TCU já determinou que a Administração Pública se abstenha de aprovar prestações de contas de convênios com irregularidades na liquidação e pagamento das despesas. TCU: Acórdão nº 1.197/2005 – 2ª Câmara (Brasil, 2005b).

que ocorre quando a prestação de contas realizada pelo próprio ente repassador dos recursos não é bem-sucedida, ou quando o órgão de controle solicita a conversão do procedimento em Tomada de Contas Especial devido a graves fatos levados ao seu conhecimento¹¹¹.

Além disso, os gestores públicos devem prestar contas, independentemente se os ajustes foram, ou não, firmados ao longo do respectivo mandato letivo (DALLAVERDE, 2012, p. 208). Com o intuito de responsabilizar o gestor pelos convênios celebrados durante mandatos anteriores, foi estabelecida a Súmula 230, do Tribunal de Contas da União, a qual determina que cabe ao chefe do Executivo sucessor apresentar as contas referentes aos recursos recebidos pelo seu antecessor caso este não as tenha prestado, ou na impossibilidade de fazê-lo, tomar as medidas legais para proteger o patrimônio público, incluindo a instauração da devida Tomada de Contas Especial, sob pena de ser considerado corresponsável¹¹².

O Tribunal de Contas da União reitera¹¹³ que a prestação de contas deve evidenciar não apenas a realização do propósito estabelecido no convênio, mas também a relação causal clara entre os recursos repassados e as despesas efetuadas para alcançar o objetivo acordado. Sem essa correlação estrita, não há evidência de que os recursos públicos foram utilizados de forma adequada e regular.

Portanto, é essencial que o gestor prove de maneira clara e inequívoca que os valores supostamente utilizados para o propósito do convênio têm como fonte os

¹¹¹ Nesse sentido os acórdãos: Acórdão nº 675/2018 – Plenário (Brasil, 2018h), Acórdão nº 1.842/2017 – Primeira Câmara (Brasil, 2017c), Acórdão nº 10.576/2017 – Primeira Câmara (Brasil, 2017a), Acórdão nº 1.301/2016 – Primeira Câmara (Brasil, 2016c) e Acórdão nº 730/2019 – Plenário (Brasil, 2019n). Ressalte-se, ainda, que o TCU coíbe a celebração de novos convênios, caso o partícipe esteja em mora no dever de prestar contas de ajustes anteriores (Acórdão nº 10.77/2012 – Plenário).

¹¹² Também já dispôs o TCU acerca da responsabilidade do chefe do executivo sucessor pelo dever de prestar contas a respeito de convênio pretérito (Acórdão nº 7.264/2021 – Primeira Câmara / Acórdão nº 12.436/2021 – Segunda Câmara).

¹¹³ Nesse sentido, os acórdãos: Acórdão nº 6.794/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011o), Acórdão nº 771/2010 – Plenário (Brasil, 2010f), Acórdão nº 126/2008 – Segunda Câmara (Brasil, 2008c), Acórdão nº 1.748/2016 – Plenário (Brasil, 2016d), Acórdão nº 2.464/2013 – Plenário (Brasil, 2013g), Acórdão nº 3.223/2017 – Segunda Câmara (Brasil, 2017f), Acórdão nº 344/2015 – Plenário (Brasil, 2015f), Acórdão nº 1.0581/2017 – Primeira Câmara (Brasil, 2017b), Acórdão nº 3.948/2014 – Primeira Câmara (Brasil, 2014i), Acórdão nº 7.940/2018 – Segunda Câmara (Brasil, 2018j), Acórdão nº 5.609/2012 – Primeira Câmara (Brasil, 2012m), Acórdão nº 8.955/2017 – Segunda Câmara (Brasil, 2017j), Acórdão nº 574/2009 – Primeira Câmara (Brasil, 2009t), Acórdão nº 1.065/2009 – Segunda Câmara (Brasil, 2009b), Acórdão nº 2.665/2009 – Plenário (Brasil, 2009k) e Acórdão nº 7.139/2020 – Segunda Câmara (Brasil, 2020q).

recursos provenientes do convênio. A mera execução física do propósito, quando considerada isoladamente, não é suficiente para demonstrar uma gestão adequada dos recursos. Portanto, é necessário comprovar que os valores transferidos foram integralmente aplicados no propósito pretendido¹¹⁴.

O TCU emitiu parecer de irregularidade em contas nas quais não foi possível estabelecer a relação causal entre os recursos vinculados ao convênio e o propósito executado, em situações como:

- a) em que o saque dos recursos diretamente no caixa, em tempo insuficiente para a conclusão do convênio, impossibilita constatar a relação entre os débitos efetuados na conta bancária específica com as despesas relativas ao objeto do ajuste¹¹⁵.
- b) de falta de identificação do convênio nas notas fiscais, porquanto tal prática permite a utilização do mesmo documento fiscal para justificar a realização da despesa perante variados convênios¹¹⁶.
- c) em que os cheques são emitidos em favor do próprio conveniente e endossados e sacados nos caixas da instituição bancária, com as notas fiscais sem nenhuma referência ao convênio¹¹⁷.
- d) de ausência do extrato da conta bancária específica do convênio¹¹⁸.

No entanto, a Corte de Contas indicou a viabilidade de demonstrar a relação causal entre os recursos e o que foi executado por meio de métodos que permitam, mesmo que de forma indireta, confirmar que os recursos foram realmente utilizados conforme o acordado, mesmo nas situações mencionadas anteriormente¹¹⁹.

¹¹⁴ O TCU considera imprescindível que seja demonstrado que o objeto do convênio foi efetivamente executado com os valores recebidos. Deve-se demonstrar a inequívoca comprovação da existência de nexo de causalidade entre a fonte de receita e os gastos para consecução do objeto do ajuste. Os documentos devem demonstrar que os recursos repassados foram efetivamente utilizados no objeto pactuado. Nesse sentido, os acórdãos: Acórdão nº 6.098/2017 – Primeira Câmara (Brasil, 2017h), Acórdão nº 7.200/2018 – Segunda Câmara (Brasil, 2018i), Acórdão nº 2.234/2018 – Primeira Câmara (Brasil, 2018d), Acórdão nº 9.544/2017 – Segunda Câmara (Brasil, 2017l), Acórdão nº 997/2015 – Plenário (Brasil, 2015i), Acórdão nº 6.968/2014 – Primeira Câmara (Brasil, 2014k), Acórdão nº 3.545/2006 – Primeira Câmara (Brasil, 2006e), Acórdão nº 8.955/2017 (Brasil, 2017j), Acórdão nº 2.823/2016 – Primeira Câmara (Brasil, 2016g), Acórdão nº 3.223/2017 – Segunda Câmara (Brasil, 2017f), Acórdão nº 8.448/2021 – Segunda Câmara (Brasil, 2021o).

¹¹⁵ TCU: Acórdão nº 3.455/2007 – Primeira Câmara (Brasil, 2007l), Acórdão nº 3.005/2016 – Plenário (Brasil, 2016h), Acórdão nº 6.886/2020 – Segunda Câmara (Brasil, 2020p).

¹¹⁶ TCU: Acórdão nº 2.430/2017 – Primeira Câmara (Brasil, 2017d).

¹¹⁷ TCU: Acórdão nº 1385/2008 – Plenário (Brasil, 2008f) e Acórdão nº 2823/2016 – Primeira Câmara (Brasil, 2016g).

¹¹⁸ TCU: Acórdão nº 774/2012 – Primeira Câmara (Brasil, 2012o).

¹¹⁹ Nesse sentido: Acórdão nº 9.056/2017 – Primeira Câmara (Brasil, 2017k), Acórdão nº 5.423/2017 – Segunda Câmara (Brasil, 2017g), Acórdão nº 3.917/2016 – Primeira Câmara (Brasil, 2016i), Acórdão nº 3.875/2018 – Primeira Câmara (Brasil, 2018f), Acórdão nº 12.342/2021 – Segunda Câmara (Brasil, 2021c), Acórdão nº 8.810/2021 – Primeira Câmara (Brasil, 2021q), Acórdão nº 7.634/2021 – Primeira Câmara (Brasil, 2021j), Acórdão nº 12.251/2020 – Segunda Câmara (Brasil, 2020e), Acórdão nº 6.473/2020 – Primeira Câmara (Brasil, 2020n), Acórdão nº 4.434/2020 –

Imagem 24 – Caixa de texto e caixa eletrônico.

Já entendeu irregular:

saque dos recursos diretamente no caixa, em tempo insuficiente para a conclusão do convênio, impossibilita constatar a relação entre os débitos efetuados na conta bancária específica com as despesas relativas ao objeto do Ajuste

Acórdão nº 3.455/2007 – Primeira Câmara (Brasil, 2007I), Acórdão nº 3.005/2016 – Plenário (Brasil, 2016h), Acórdão nº 6.886/2020 – Segunda Câmara (Brasil, 2020p).



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Imagem 25 – Caixa de texto e documento financeiro.

Já entendeu irregular:

de falta de identificação do convênio nas notas fiscais, porquanto tal prática

permite a utilização do mesmo documento fiscal para justificar a realização da despesa perante variados convênios.

TCU: Acórdão nº 2.430/2017 – Primeira Câmara



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Segunda Câmara (Brasil, 2020i) Acórdão nº 454/2020 – Segunda Câmara (Brasil, 2020k), Acórdão nº 3.327/2019 – Primeira Câmara (Brasil, 2019i).

Imagem 26 – Caixa de texto e um cheque.

Já entendeu irregular:

os **cheques** são emitidos em favor do **próprio conveniente** e endossados e sacados nos caixas da instituição bancária,

com **as notas fiscais sem nenhuma referência ao convênio**

Acórdão nº 1.385/2008 – Plenário (Brasil, 2008f) e Acórdão nº 2.823/2016 – Primeira Câmara (Brasil, 2016g).



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo.
Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Imagem 27 – Caixa de texto e carrinho de supermercado.

Já entendeu irregular:

ausência do extrato da conta bancária específica do convênio.

Acórdão nº 774/2012 – Primeira Câmara



Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo.
Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Imagem 28 – Caixa de texto e imagem de verificado.

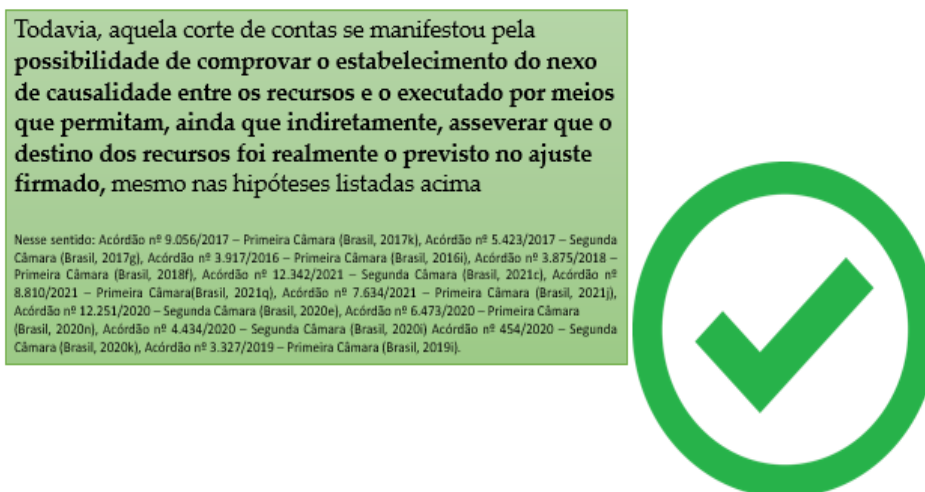


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

O TCU já reconheceu que a ocorrência de prejuízo ao erário devido ao descumprimento de obrigações por parte de um subconveniente resulta na responsabilidade solidária tanto do subconveniente quanto do conveniente. Isso porque a celebração de um subconvênio não exime o conveniente da responsabilidade pela execução do propósito acordado e pela prestação de contas dos recursos transferidos¹²⁰.

Além disso, a análise da prestação de contas de um convênio inclui não apenas a verificação do uso adequado dos valores repassados, mas também a avaliação da aplicação da contrapartida acordada. Se essa contrapartida não for comprovada, torna-se necessário devolver os recursos ao poder concedente, que erroneamente substituiu a contrapartida não utilizada¹²¹.

A Administração Pública deve garantir que os recursos sejam utilizados de acordo com o Plano de Trabalho durante todo o período de execução do convênio. Além disso, ao final do acordo, é crucial verificar se todos os recursos foram empregados de maneira apropriada, se contribuíram positivamente para a realização

¹²⁰ Acórdão nº 2.951/2021 – Plenário (Brasil, 2021h), Acórdão nº 11.302/2020 – Primeira Câmara (Brasil, 2020d) e Acórdão nº 3.018/2019 – Primeira Câmara (Brasil, 2019g).

¹²¹ O TCU já entendeu nesse sentido no Acórdão nº 1.156/2013 – Plenário (Brasil, 2013e).

da política pública proposta e, igualmente importante, assegurar que quaisquer valores remanescentes sejam devolvidos à fonte de origem.

1.1 Desvios de objeto e de finalidade

Qualquer modificação nos convênios deve ser oficializada por meio de um termo aditivo, o qual requer o consentimento de todas as partes envolvidas e não pode desviar-se do propósito inicialmente estabelecido. Portanto, a alteração do Plano de Trabalho sem o consentimento do poder concedente não é permitida.

O TCU geralmente adota uma abordagem diferenciada em relação ao desvio de recursos do convênio para propósitos diferentes do pactuado, sem a devida autorização do órgão concedente. Isso é observado nos casos de desvio de objeto e de finalidade.

O desvio de objeto ocorre quando o partícipe realiza serviços diferentes daqueles previstos no planejamento inicial, sem o devido termo aditivo, mas ainda com o objetivo de atender aos propósitos sociais para os quais os recursos foram destinados. Em outras palavras, o desvio de objeto se configura quando o conveniente executa ações não contempladas no Plano de Trabalho do convênio sem a autorização prévia do concedente, porém mantendo, em certa medida, os objetivos para os quais os recursos foram designados. Por outro lado, o desvio de finalidade ocorre quando os recursos são aplicados em uma finalidade ou área setorial que não têm nenhuma relação com o propósito estabelecido no convênio.

Imagem 29 – Caixa de texto e formas geométricas com setas.

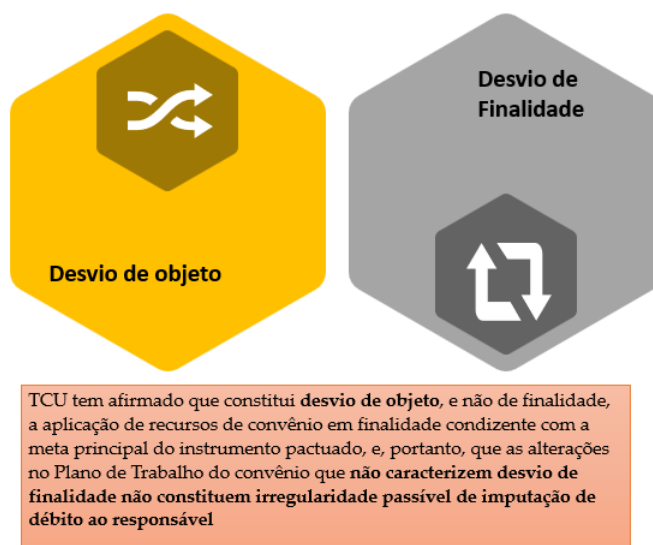


Imagem elaborada pelo professor conteudista a partir de imagens gratuitas do site PresentantionGo. Disponível em: <<https://www.presentationgo.com>>.

Os órgãos de controle têm demonstrado uma tendência a considerar o desvio de finalidade como uma infração mais grave em comparação com o desvio de objeto. No contexto federal, o TCU tem reafirmado que a aplicação de recursos de convênio em uma finalidade alinhada com o objetivo principal do instrumento pactuado constitui desvio de objeto, e não de finalidade. Portanto, as alterações no Plano de Trabalho do convênio que não caracterizam desvio de finalidade não são consideradas como irregularidades passíveis de débito atribuíveis ao responsável¹²².

A Corte de Contas reconhece que a mera identificação da irregularidade, como a não observância do Plano de Trabalho, não resulta automaticamente na penalização do gestor público. São avaliadas as circunstâncias específicas que envolvem a situação enfrentada pelo agente, com o objetivo de determinar se seria razoável esperar um comportamento diferente do administrador diante dos desafios apresentados no caso em questão.

¹²² Nesse sentido os acórdãos: Acórdão nº 4.425/2009 – Primeira Câmara (Brasil, 2009r), Acórdão nº 495/2011 – Primeira Câmara (Brasil, 2011l), Acórdão nº 2.258/2009 – Segunda Câmara (Brasil, 2009i), Acórdão nº 9.249/2012 – Segunda Câmara (Brasil, 2012r), Acórdão nº 1.532/2010 – Plenário (Brasil, 2010b), Acórdão nº 5.514/2011 – Primeira Câmara (Brasil, 2011n) Acórdão nº 193/2008 – Segunda Câmara (Brasil, 2008i), Acórdão nº 4.682/2012 – Primeira Câmara (Brasil, 2012l), Acórdão nº 2.713/2009 – Plenário (Brasil, 2009n), Acórdão nº 1.798/2016 – Primeira Câmara (Brasil, 2016e), Acórdão nº 349/1999 – Primeira Câmara (BRASIL, 1999c) Acórdão nº 4.437/2020 – Segunda Câmara (Brasil, 2020j), Acórdão nº 4.066/2020 – Segunda Câmara (Brasil, 2020g).

Apesar do posicionamento do TCU, é claro que os acordos entre os entes federativos devem surgir de políticas públicas planejadas de forma colaborativa entre as partes envolvidas. Qualquer mudança na destinação dos recursos sem o consentimento do órgão repassador deve ser repudiada pelo sistema jurídico.

Conforme explicado anteriormente, qualquer modificação desses pactos requer o consentimento das partes, seguido de um termo aditivo que avalie devidamente as mudanças no Plano de Trabalho. Portanto, qualquer alteração no propósito acordado sem a concordância do órgão repassador não é permitida.

O posicionamento do TCU não implica em tornar automática a permissão para desviar o propósito do convênio por parte do partícipe. Tais acordos pressupõem cooperação para alcançar um interesse compartilhado. Não é concebível que um partícipe empregue recursos e esforços para alcançar um objetivo específico, apenas para que seu parceiro os utilize em outro propósito, mesmo que relacionado aos interesses fundamentais da população ou à mesma política setorial. Isso representaria uma quebra deliberada e direta da confiança depositada.

Os recursos transferidos não são de propriedade da entidade beneficiária e, portanto, devem ser utilizados exclusivamente de acordo com os objetivos estabelecidos no Plano de Trabalho correspondente.

Se a intenção do TCU fosse classificar unilateralmente as modificações nos pactos entre entidades públicas que não são permitidas pela lei, seria evidente que a utilização de recursos para uma área completamente diferente, sem relação alguma com os propósitos da transferência, seria muito mais condenável do que simplesmente alterar o objeto acordado, desde que os recursos sejam direcionados para a área prevista.

Apesar de existir uma escala de penalidades, desviar a utilização dos recursos ainda viola o que foi acordado. Este foi o entendimento do TCU no seguinte acórdão¹²³:

[...] a União, ao firmar um convênio, não apenas transfere recursos para um município. Mais que isso, busca realizar um objetivo específico de seu interesse, cumprindo um dos princípios fundamentais estatuídos no Decreto-Lei nº 200/67: o da descentralização. Os recursos do convênio vinculam-se a

¹²³ TCU: Acórdão nº 200/2005 – Primeira Câmara (Brasil, 2005c).

dotação orçamentária própria, aprovada pelo Congresso Nacional, atrelada ao objeto específico acordado e que só pode ser modificada por meio de prévia autorização legislativa (art. 167, inciso VI, da Constituição Federal). Daí decorre o legítimo e direto interesse na efetiva consecução do convênio. O conveniente obrigou-se ao cumprimento das cláusulas estabelecidas de comum acordo, entre as quais a de aplicar os recursos de conformidade com o plano de trabalho, sob pena de sua devolução, nos termos do art. 7º, inciso XI, alínea c, da Instrução Normativa nº 2/93 – STN.

No entanto, considerando as particularidades de um caso específico e adotando uma abordagem sob o princípio da boa-fé objetiva, poder-se-ia concluir que o administrador não tinha outra opção naquela situação. Além disso, a mera violação do Plano de Trabalho não pode ser analisada isoladamente em relação aos objetivos globais do convênio¹²⁴.

Portanto, não se pode descartar a possibilidade de que em determinadas circunstâncias excepcionais e extraordinárias, diante de eventos imprevistos (teoria da imprevisão), o gestor não tenha alternativa senão utilizar os recursos de maneira divergente do Plano de Trabalho.

Por exemplo, considere um convênio para a construção de um edifício. Durante a execução do projeto, um desastre natural ocorre, exigindo uma intervenção emergencial para salvar a obra. Por falta de recursos próprios, o conveniente contratou uma empresa para realizar essa intervenção, utilizando os recursos do convênio. Embora os recursos estivessem originalmente destinados à construção do edifício, a contratação do serviço de engenharia não estava prevista no plano inicial.

Imagine, por exemplo, um convênio para a construção de um viaduto. Durante a execução da obra, surgiram danos em outras estruturas que não estavam incluídas no convênio, como ruas e casas de particulares. Esses danos ocorreram como resultado direto da obra, sem que houvesse erro na execução. Além disso, suponha-se que, se os danos não fossem reparados imediatamente, haveria um risco de colapso dessas estruturas, resultando em mais prejuízos. Se a entidade federativa em questão não dispusesse de outros recursos, além dos repassados para a execução

¹²⁴ Nesse sentido, já dispôs o TCU que a execução do objeto em desconformidade com o plano de trabalho aprovado não conduz, por si só, à necessidade de devolução dos recursos transferidos, desde que se possa comprovar o cumprimento do propósito do convênio, sem prejuízo de aplicação de multa aos responsáveis que promoveram a alteração do plano de trabalho sem a anuência do concedente. TCU: Acórdão nº 6.486/2020 (Brasil, 2020o).

da rodovia, seria irregular a utilização dos recursos do convênio, mesmo com um termo aditivo autorizando? Apesar de os recursos não terem sido utilizados para o objetivo originalmente pretendido, foram empregados para reparar danos causados pelo fato da obra do convênio. Na urgência da situação, não haveria tempo suficiente para firmar um termo aditivo que atendesse a todas as exigências legais.

Diante desses cenários, seria justificável não aplicar uma punição ao gestor da entidade conveniente e, além disso, deveria ser considerada a possibilidade de o ente financiador assumir os custos, mesmo que não tenha sido previamente acordado no convênio.

Na interpretação dos negócios jurídicos, os objetivos almejados devem sempre orientar a hermenêutica. A interpretação deve considerar o negócio jurídico como um todo, sem buscar o significado de uma cláusula (ou disposição contida no plano de trabalho) de forma isolada. Portanto, não é razoável considerar uma violação do acordo quando um gestor utiliza recursos do convênio de maneira divergente do que está estritamente estipulado no plano de trabalho, mas com o propósito de evitar danos maiores ao próprio objeto do convênio ou aos cidadãos para os quais a política pública, objeto do convênio, estava destinada.

Diante do princípio da boa-fé, evita-se uma interpretação literal de termos isolados em favor de uma análise sistemática do negócio jurídico, considerando a conduta das partes, o contexto econômico relevante e as competências estabelecidas no ordenamento para as entidades envolvidas, além das normas e princípios do direito público.

Essa interpretação está em conformidade com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/18)¹²⁵, que, no parágrafo 1º, do artigo 22, determina que ao decidir sobre a legalidade de um ajuste, devem ser levadas em consideração as circunstâncias práticas que tenham influenciado, limitado ou condicionado a ação do agente público.

¹²⁵ BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília/DF: Presidência da República, 2018b.

Nessa linha de pensamento, o TCU¹²⁶ adota uma postura que permite a aprovação das contas de gestores públicos, desde que seja evidenciado que, diante das circunstâncias específicas, agiram de maneira apropriada para proteger os interesses da coletividade.

[...] 2. Impende julgar regulares com ressalvas as contas de responsável que comprove a aplicação de recursos pactuados em convênio que, embora parcialmente com desvio do local de realização da obra, se deu na mesma natureza daquela inicialmente acertada, com benefícios à comunidade.

[...] 10. A par destas informações, relembro que esta Corte, em diversas oportunidades, tem se manifestado no sentido de aceitar a documentação apresentada, quando resta demonstrado que os recursos repassados, muito embora não aplicados diretamente no local programado, o foram na mesma localidade, com benefícios à comunidade. A doutrina vem corroborando tal entendimento. Para Benjamim Zymler, ao ponderar o elemento subjetivo da conduta dos responsáveis, o TCU 'avalia, também, as condições concretas que circundavam a realidade vivenciada pelo agente que tem suas contas examinadas e indaga se teria ele atuado de forma satisfatória ou se seria razoável exigir-lhe que houvesse adotado [...] *providências distintas das que adotou*', podendo-se dizer *'que já se encontra sedimentada, no âmbito do Tribunal, a percepção de que a mera identificação de irregularidade não é requisito suficiente para a apenação do responsável'* (Direito Administrativo e Controle, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 338-339) .

[...] 11. No caso ora em exame, o que se pode observar é a existência de situação fática que não se enquadra nos procedimentos rotineiros, mas que se caracteriza por especificidades que conduzem, muitas vezes, a situações legais sui generis, o que não significa, de forma alguma, omissão, desatenção e muito menos cometimento de irregularidades na condução da administração.

Conclui-se que para qualquer modificação do Plano de Trabalho é essencial obter o consentimento de todas as partes envolvidas. A alteração unilateral por parte do concedente constitui uma quebra do acordo e violação da boa-fé objetiva, que se aplica a qualquer negócio jurídico consensual. No entanto, o TCU, ao analisar e julgar as contas dos gestores, tem levado em conta as circunstâncias reais que levaram à modificação do Plano de Trabalho, contrariando o que foi acordado pelos signatários. Durante essa análise das peculiaridades do caso específico, o órgão fiscalizador pode constatar que não havia outra conduta razoável a ser adotada pelo administrador público, o que poderia resultar na dispensa de responsabilização por sua conduta.

¹²⁶ TCU: Acórdão nº 2.700/2009 – Primeira Câmara (Brasil, 2009I). Em sentido semelhante, o TCU dispôs que não cabe imputação de débito a conveniente em razão de despesas bancárias decorrentes da simples utilização de serviços necessários e inevitáveis para a manutenção da conta corrente específica e para a execução do objeto do convênio, que não sejam consequência de comportamento inadequado do titular da conta corrente. TCU: Acórdão nº 8.176/2021 – Primeira Câmara (Brasil, 2021m).

2. Término do convênio

Existem diversas formas de extinguir a relação jurídica obrigacional resultante de um convênio: pelo término do prazo estabelecido; quando o objetivo do acordo é alcançado, nas prestações de escopo; pelo descumprimento das cláusulas do convênio (a rescisão); e quando as partes decidem voluntariamente encerrar o acordo (a denúncia). Todas essas opções estão previstas no parágrafo 6, do artigo 116, da Lei nº 8.666/1993¹²⁷.

Além disso, o princípio da boa-fé também engloba as situações de inadimplemento antecipado e de adimplemento substancial, que serão abordadas neste capítulo. A boa-fé exerce uma influência significativa nos assuntos relacionados ao encerramento dos convênios, visando tanto a evitar danos ao erário público quanto a proteger as comunidades envolvidas.

2.1 Extinção do convênio por decurso do prazo ou adimplemento nos casos de prestação de escopo

Em certos acordos, o cumprimento dentro do prazo é um aspecto crucial da obrigação principal. Se essa obrigação não for cumprida dentro do prazo estipulado, pode resultar em inadimplência definitiva, já que o credor não teria mais interesse na prestação. No entanto, em outros casos, ocorre o oposto: mesmo se for estabelecido um prazo para o cumprimento, o interesse no adimplemento não desaparece caso esse prazo não seja cumprido.

Um contrato por prazo certo é aquele em que a obrigação principal do contratado é encerrada devido ao término do prazo preestabelecido, independentemente do que foi ou não realizado pelo contratado. Por outro lado, os contratos por escopo são aqueles em que o prazo de execução só se encerra quando o contratado entrega o objeto do contrato ao contratante. O não cumprimento do prazo não resulta no encerramento imediato das obrigações do contratado, apenas caracteriza atraso.

¹²⁷ A Lei nº 14.133/21 não fez o respectivo detalhamento, delegando-o para o regulamento (Brasil, 2021a).

No que tange a uma relação exclusivamente privada, sempre que perdurar o interesse na prestação, em virtude da característica e da finalidade do contrato, verifica-se a restrição para que imediatamente seja apontado o fim da relação jurídica. Assim, a boa-fé objetiva atua como diretriz de consideração e lealdade, além de agir na estipulação de um prazo prudencial visando à efetivação ou, contrariamente, proporcionando a resolução (se o inadimplemento for grave) (MARTINS-COSTA, 2018, p. 751-752).

A questão a ser abordada aqui é se, nas obrigações sujeitas ao regime jurídico público, é viável prorrogar o término de uma relação jurídica sem a presença de um termo aditivo de prorrogação, devido à natureza da obrigação de escopo e à continuidade do interesse na prestação por parte das partes envolvidas.

A literatura jurídica nacional ainda não tratou especificamente da questão da prestação de escopo em relação aos convênios administrativos. Superada qualquer dificuldade na aplicação da teoria no contexto público, ela se aplica, portanto, aos convênios administrativos, uma vez que estes têm natureza contratual. A peculiaridade dos acordos de convênio serem contratos cooperativos não exclui, mas reforça a aplicação dessa tese no âmbito dos convênios.

Joel Niebuhr (2015, p. 853) considera o contrato por escopo aquele cujo prazo de execução somente se extingue quando o contratado entrega para a Administração o objeto contratado. O tempo, portanto, não importa para o encerramento das obrigações do contratado, pois apenas caracteriza ou não a mora do contratado¹²⁸.

Em contrapartida, parte da autorizada doutrina, sob o paradigma da Lei nº 8.666/93 entendia que o vencimento do prazo fixado no contrato implicaria extinção da avença, sob pena de, em entendimento diferente, admitir-se a possibilidade de contratos com prazo indeterminado (SANTOS, 2015, p. 80).

Sob o princípio da boa-fé objetiva, no contexto dos convênios que abrangem obrigações de escopo, seria apropriado adotar mecanismos que não impossibilitassem a rescisão imediata devido a um simples descumprimento do prazo. Nesses casos, a rescisão apenas seria justificada por meio de um procedimento

¹²⁸ Também foi o posicionamento do TCU no Acórdão nº 127/2016 – Plenário (Brasil, 2016b) e Acórdão nº 592/2016 – Plenário (Brasil, 2016j).

administrativo, com a participação das partes envolvidas, que comprovasse que o objeto não será executado ou não será executado dentro de um prazo razoável.

No entanto, somente a nova Lei de Licitações autorizou explicitamente a prorrogação automática dos contratos administrativos em casos de obrigações de escopo (art. 111). Não há impedimento, portanto, para que a mesma lógica seja aplicada aos convênios. Entretanto, isso dependerá da previsão estabelecida em regulamento, considerando a delegação prevista no artigo 184 da Lei nº 14.133/21.

2.2 Rescisão por inadimplemento

O inadimplemento consiste no não-cumprimento de dever resultante do vínculo convenial, podendo ser: a) inadimplemento relativo, que se refere ao não-cumprimento da forma, lugar ou tempo como prometidos no termo convenial, entretanto, ainda existe utilidade da entrega do objeto principal; b) o inadimplemento absoluto, quando a obrigação não foi cumprida tal qual estabelecida, e nem poderá mais sê-la com utilidade para o outro partícipe; e, ainda, c) a violação positiva do convênio, que refere-se o descumprimento de interesses de proteção (laterais) e não aos interesses de proteção (MARTINS-COSTA, 2018, p. 745).

A justificativa para a rescisão não é qualquer violação, mas aquela que prejudica irreparavelmente a utilidade do objeto para o outro partícipe, dentro de uma avaliação de razoabilidade. O inadimplemento definitivo indica que a obrigação não foi cumprida como deveria e não pode mais ser. Nessas circunstâncias, a prestação não pode mais ser realizada, seja por impossibilidade ou por não atender mais ao interesse legítimo do outro participante (tornando-se inútil para ele).

Essa avaliação de razoabilidade é influenciada pela natureza da obrigação, pela seriedade da falha e pelos danos que os partícipes terão que suportar.

Conjecture um convênio entre o estado e o município para que juntos construam um hospital. Na hipótese aqui traçada, já foram repassados 73% dos recursos financeiros. Não obstante, o município, por atraso não justificado, prejudicou o cronograma financeiro, mas o curso da obra foi retomado e será entregue com um atraso de algumas semanas. Diante desse cenário, seria pouco razoável interromper o convênio, especialmente considerando a natureza da obrigação em questão. Tal

interrupção resultaria em desperdício de recursos públicos, deixando um edifício inacabado e sem utilidade para a população.

Na mesma situação, considerando que toda a infraestrutura e equipamentos do hospital estivessem destinados a combater uma pandemia que afetasse a cidade. Se o atraso fosse tão significativo, ao ponto do hospital e os equipamentos já não terem mais utilidade, isso alteraria completamente o cenário.

Nessa hipótese, a rescisão pode ser considerada, especialmente se não for possível atribuir ao município a responsabilidade pelo atraso significativo. Se isso for o caso, os recursos devem ser devolvidos aos partícipes, restaurando ao *status quo ante*.

Se a obrigação for de caráter contínuo, apenas os recursos correspondentes às partes não executadas seriam devolvidos. A questão torna-se mais complicada se o investimento foi destinado a um período longo, pois a reparação torna-se mais complexa. Se o ente patrocinador tinha como objetivo o serviço por um período extenso, não é justo que ele seja penalizado arcando com o prejuízo de todo o investimento, considerando que apenas parte da obrigação foi cumprida.

A situação também se torna complexa quando se trata de uma obrigação de escopo, mas o objeto parcialmente concluído não traz nenhum benefício para a coletividade que deveria ser beneficiada. O Tribunal de Contas da União (TCU) entende que a completa frustração dos objetivos do convênio resulta na condenação do responsável a devolver integralmente os recursos transferidos, mesmo que parte ou a totalidade dos recursos repassados tenha sido aplicada no objeto do convênio.¹²⁹

A execução parcial do objeto do convênio, quando não contribui efetivamente para alcançar o resultado esperado no acordo, requer ressarcimento, o qual deve considerar a totalidade dos recursos repassados. Por outro lado, o Tribunal de Contas da União já decidiu que se a parte do convênio que foi executada está disponível e

¹²⁹ No mesmo sentido os acórdãos: Acórdão nº 1.927/2007 – Plenário (Brasil, 2007h), Acórdão nº 4.587/2009 – Segunda Câmara (Brasil, 2009s), Acórdão nº 1.577/2014 – Segunda Câmara (Brasil, 2014e), Acórdão nº 903/2008 – Segunda Câmara (Brasil, 2008k), Acórdão nº 8.660/2011 – Segunda Câmara (Brasil, 2011q), Acórdão nº 2.793/2016 – Plenário (Brasil, 2016f), Acórdão nº 1.441/2007 – Plenário (Brasil, 2007f), Acórdão nº 8.169/2021 – Primeira Câmara (Brasil, 2021l), Acórdão nº 11.284/2020 – Primeira Câmara (Brasil, 2020c), Acórdão nº 12.170/2019 – Primeira Câmara (Brasil, 2019e).

tem alguma utilidade, mesmo que limitada, para as comunidades beneficiadas, apenas os valores correspondentes aos itens não executados constituem um débito.¹³⁰ Além disso, quando a não conclusão do objeto é exclusivamente devido ao órgão concedente, este não tem o direito de questionar o destino dado ao bem parcialmente executado pela entidade conveniente, nem de exigir a devolução dos recursos que foram corretamente aplicados durante a vigência do acordo.¹³¹

É importante ressaltar que, do ponto de vista da boa-fé, o cumprimento do convênio não se limita apenas ao objeto descrito no termo de convênio. Frequentemente, o sucesso deste está diretamente ligado à prestação eficaz e satisfatória de serviços públicos à população, mesmo que o termo do convênio mencione especificamente a execução de obras ou a aquisição de equipamentos.

A mera apresentação de documentos comprovando a aquisição de bens ou a realização de serviços não é suficiente para garantir a adequada aplicação dos recursos. É imprescindível demonstrar o uso correto e efetivo dos bens adquiridos ou dos serviços executados de acordo com as finalidades estabelecidas no convênio, incluindo a verificação dos benefícios alcançados para a coletividade. Além disso, alcançar o objetivo do convênio vai além da simples conclusão da obra ou entrega do bem. Por fim, é essencial que as comunidades envolvidas realmente usufruam dos investimentos públicos realizados.¹³²

¹³⁰ Trata-se do Acórdão nº 4.855/2010 – Primeira Câmara (Brasil, 2010d) e Acórdão nº 3.459/2019 – Segunda Câmara (Brasil, 2019j).

¹³¹ Acórdão nº 5.241/2020 – Primeira Câmara (Brasil, 2020l).

¹³² Nesse mesmo sentido, dispuseram o Acórdão nº 8.793/2012 – Segunda Câmara (Brasil, 2012q) e o Acórdão nº 549/2018 – Primeira Câmara (Brasil, 2018g).

Curso de Extensão: Convênios

Módulo 08

1. Lei nº 13.019/2014 (Lei das Parcerias - MROSC)

Na virada do milênio, as parcerias entre o Estado e o Terceiro Setor se viram diante de um cenário desatualizado, incapaz de acompanhar as complexidades emergentes. As definições das entidades do Terceiro Setor e as diretrizes relativas aos instrumentos legais careciam de clareza. Foi durante esse período que ocorreram mudanças significativas no Direito Administrativo, buscando reduzir os custos governamentais e promover maior eficiência. O ano de 1997 marcou o surgimento do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 9.491/97), que propunha a transferência de atividades estatais para o setor privado. Posteriormente, nos anos de 1998 e 1999, foram promulgadas leis para regulamentar as parcerias entre entidades públicas e as Organizações Sociais (OSs) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs), respectivamente.

A proliferação de categorias e classificações decorrentes das mudanças legislativas introduziu uma série de requisitos para as entidades do Terceiro Setor, além de estabelecer critérios para acessar financiamentos estatais e benefícios fiscais. No entanto, tais leis apenas acrescentaram novas camadas ao já complexo sistema de convênios, sem substituí-lo ou alterá-lo, o que gerou confusão e incerteza jurídica para as OSCs. A resistência à mudança, proveniente da inércia organizacional, falta de conhecimento e preparo dos gestores, também desempenhou um papel significativo na manutenção do status quo.

Nos anos 2000, assistimos a uma reversão do incentivo estatal ao Terceiro Setor, o que foi acompanhado por um aumento da insegurança jurídica e institucional. A legislação vigente mostrou-se incapaz de abarcar todas as parcerias estabelecidas com o Terceiro Setor, principalmente por meio de convênios e consórcios. Além disso, uma série de escândalos de corrupção veio à tona, agravando a incerteza e prejudicando as OSCs que operavam de maneira ética, colaborando com o Estado em atividades de interesse público.

Durante o período de 2007 a 2010, diversas denúncias referentes à transferência de recursos do governo federal para as OSCs vieram à tona, intensificando a desconfiança em relação às parcerias estabelecidas. Em reação a

esse cenário, a Presidente Dilma Rousseff decidiu suspender todos os repasses de convênios federais com essas OSCs no ano de 2011.

Em 31 de julho de 2014, entrou em vigor a Lei nº 13.019/2014, que define o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as organizações mencionadas anteriormente. Tais parcerias são baseadas na cooperação mútua, com o objetivo de alcançar finalidades de interesse público e recíproco, por meio da execução de atividades ou projetos previamente estipulados em planos de trabalho integrados em termos de colaboração, fomento ou acordos de cooperação. Essa legislação foi elaborada com o intuito de consolidar e padronizar o tratamento jurídico das parcerias entre o Estado e as OSCs.

A Lei nº 13.019/2014 é comumente denominada como o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil por alguns. Ela é uma entidade privada sem fins lucrativos, que pode assumir diversas formas jurídicas, tais como associação civil, fundação privada, organização religiosa, conforme estabelecido pelo artigo 44 do Código Civil, ou até mesmo sociedade cooperativa em casos específicos previstos em lei. É crucial ressaltar que não é necessário possuir uma titulação ou certificação específica para ser reconhecido como OSC.

A redação da Lei nº 13.019/2014 foi alterada pela Lei nº 13.204/2015, com a inclusão das sociedades cooperativas e das organizações religiosas no rol das Organização da Sociedade Civil (OSC). As cooperativas sociais, regulamentadas pela Lei nº 9.867/99, têm como propósito integrar pessoas em situação de vulnerabilidade ao mercado econômico através do trabalho, fundamentando sua criação no interesse coletivo da comunidade em promover a dignidade humana.

As organizações religiosas são consideradas OSCs apenas quando se dedicam a atividades ou projetos de interesse público e social, distintas daquelas voltadas exclusivamente para propósitos religiosos. Entidades que beneficiam exclusivamente pessoas pertencentes a um grupo específico não se enquadram nessa definição. Por exemplo, embora um clube esportivo seja uma entidade sem fins lucrativos, ele beneficia apenas seus próprios sócios.

As entidades do "Sistema S" - como SESC, SESI, SENAI, entre outras - integram o Terceiro Setor, mas não são consideradas como organizações da

sociedade civil, uma vez que são estabelecidas por meio de autorização legal e têm o propósito de auxiliar, fomentar e capacitar determinadas categorias profissionais. O inciso X do artigo 3º da Lei nº 13.019/2014, adicionado pela legislação de 2015, esclareceu explicitamente a exclusão da aplicação da lei aos serviços sociais autônomos.

Diversos dispositivos legais concediam qualificações jurídicas atribuídas pelo Estado, como os títulos de utilidade pública, à certificação de Entidades Benéficas de Assistência Social, as Organizações Sociais (OSs) e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs). Após receber essa qualificação, a entidade poderia estabelecer parcerias com o Estado, como o contrato de gestão para OS ou o termo de parceria para OSCIP, além de usufruir de certos benefícios fiscais. É importante ressaltar que a certificação conhecida como Título de Utilidade Pública (TUP) foi abolida, conforme estipulado pela Lei nº 13.204/2015.

Uma entidade privada sem fins lucrativos, seja uma fundação privada ou uma associação civil, que se dedique a atividades de interesse público, é considerada uma OSC. Com essa categorização, essas entidades estão automaticamente habilitadas a estabelecer parcerias com o Estado, sem a necessidade de uma qualificação ou titulação específica para tal. No entanto, é crucial que essas entidades atendam aos requisitos e exigências estipulados pela Lei nº 13.019/2014 para se tornarem beneficiárias dessas parcerias¹³³.

Abrangência da Lei nº 13.019/2014

A Lei nº 13.019/2014 estabelece as diretrizes para as relações entre a Administração Pública e o Terceiro Setor em todo o país, podendo ser complementada por Estados e Distrito Federal, e pelos Municípios na ausência de regulamentação específica federal e estadual. Embora seja aplicável em todos os níveis governamentais e suas entidades, a competência legislativa exclusiva da União se

¹³³ CESÁRIO, Natália de Aquino. O Regime Jurídico Das Parcerias Na Lei Nº 13.019/2014. 1.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

restringe à formulação de normas gerais, conforme determinado pela Constituição Federal.

Dentro da Constituição Federal de 1988, o artigo 24 aborda uma ampla gama de temas relacionados ao Terceiro Setor, tais como cultura, meio ambiente, educação, saúde e desporto, incluindo os incisos VI, VII e IX, entre outros. Além disso, ele estabelece que a competência legislativa da União, em relação ao envolvimento com os demais entes federativos, está limitada à definição de normas gerais, como mencionado no artigo 24, parágrafo 1º.

Parece que, para Estados, Municípios e Distrito Federal, as disposições específicas (e não gerais) da Lei nº 13.019/14 não seriam necessariamente obrigatórias, especialmente se esses entes tenham estabelecido suas próprias normativas em direção oposta.

De forma resumida, a lei prevê dois principais instrumentos de parceria: o termo de colaboração e o termo de fomento. O termo de colaboração é utilizado para formalizar parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil), visando à realização de atividades de interesse público propostas pela Administração Pública, com transferência de recursos financeiros. Por outro lado, o termo de fomento é um instrumento similar, porém as propostas são apresentadas pelas próprias OSCs.

Adicionado pela Lei nº 13.204/2015, o acordo de cooperação é o último dos instrumentos mencionados. Ele diz respeito às parcerias estabelecidas sem a necessidade de transferência de recursos financeiros.

Aplicação e não aplicação da Lei nº 13.019/2014

As colaborações entre a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, e as Organizações da Sociedade Civil serão regidas pela Lei nº 13.019/2014. Entretanto, é importante notar que essa lei não se aplica às entidades estatais que prestam serviços públicos não dependentes e às entidades estatais de caráter econômico, conforme definido no artigo 2º, II. As Organizações da Sociedade Civil são entidades privadas sem fins lucrativos, como definido no artigo 2º, I.

A definição da Administração Pública direta e indireta, conforme apresentada no artigo 2º, II, é restrita à participação nesse tipo de parceria. Foram excluídas as empresas estatais de natureza econômica e aquelas estatais que não estão sujeitas ao teto remuneratório, conhecidas como estatais independentes. É importante destacar que as estatais que não dependem de repasses de recursos orçamentários não precisam obedecer ao teto remuneratório, conforme estipulado no artigo 37, §9º da Constituição Federal.

As empresas estatais de natureza econômica e aquelas que prestam serviços públicos independentes, ou seja, que não dependem do orçamento para financiar suas atividades e remunerar seus funcionários e servidores, não se encontram sob o regime estabelecido pela Lei nº 13.019/14.

Adicionalmente, a mencionada Lei não se estende aos contratos de gestão celebrados por OSs, tampouco aos convênios com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, conforme estipulado no artigo 199, §1º da Constituição Federal. Também não se aplica aos termos de compromisso cultural, termos de parceria firmados com as OSCIPs e às parcerias entre a Administração Pública e as entidades do "Sistema S", os serviços sociais autônomos.

Nos seguintes casos, a Organização da Sociedade Civil fica impossibilitada de celebrar parcerias: a) se não estiver devidamente constituída; b) se estiver em falta no dever de prestar contas de parcerias anteriores; c) se suas contas foram rejeitadas pela Administração Pública nos últimos cinco anos; d) se foi sancionada durante o período da penalidade; e) se suas contas de parceria foram consideradas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas em decisão irrecorrível nos últimos oito anos; f) se houver entre seus dirigentes uma pessoa cujas contas relativas a parcerias foram consideradas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas.¹³⁴

¹³⁴ CESÁRIO, Natália de Aquino. O regime jurídico das parcerias na Lei nº 13.019/2014. 1.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

Se as contas forem rejeitadas, a OSC ainda terá a possibilidade de celebrar a parceria, desde que corrija a irregularidade que levou à rejeição e liquide os débitos eventualmente imputados.

Manifestação de Interesse Social (PMIS)

No Procedimento de Manifestação de Interesse Social (PMIS), as Organizações da Sociedade Civil e os movimentos sociais e cidadãos têm a oportunidade de apresentar propostas ao Poder Público para avaliação quanto à viabilidade de realizar um chamamento público visando uma possível parceria.

Além disso, não necessariamente a condução de um PMIS resulta na realização do chamamento público. É vedado condicionar a realização do chamamento público ou a celebração de parceria à obrigação prévia de conduzir esse procedimento.

O PMIS é um processo preliminar no qual o Poder Público convoca organizações privadas interessadas a submeterem seus projetos. Não há obrigação para o Estado selecionar qualquer projeto, porém, caso opte por algum, será realizado um chamamento público no qual o autor do projeto e outros interessados poderão participar. Vale ressaltar que o PMIS não é mandatório.

Em casos em que o Estado decide pelo projeto, é necessário conduzir um chamamento público com base nele, sendo imprescindível que o projeto seja claro e viável. Em certas circunstâncias, o Estado pode optar por permitir que a iniciativa privada apresente projetos, especialmente quando não possui a expertise necessária ou quando a iniciativa privada oferecer propostas mais vantajosas. Nesse cenário, o Estado estabelece diretrizes gerais do que deseja alcançar, e então a iniciativa privada submete seus projetos, ficando a cargo do Estado decidir se os aceita ou não.

Plano de trabalho

A aprovação do plano de trabalho é um requisito essencial para a celebração e formalização de uma parceria, conforme estipulado no artigo 35, IV, da Lei nº 13.019. Este plano pode ser elaborado pela Administração Pública, no caso de termos de

colaboração, ou pelas organizações da sociedade civil, para termos de fomento. Sua importância reside em assegurar um controle efetivo dos resultados antes, durante e após a execução da parceria. Embora seja crucial, não é mandatório incluir um prazo de execução no plano de trabalho.

Não é obrigatório apresentar um plano de trabalho para estabelecer um acordo de cooperação, o qual é um instrumento de formalização de parcerias que não envolvem a transferência de recursos públicos. Conforme estipulado na Lei supracitada, pelo artigo 57, é possível revisar o plano de trabalho da parceria para modificar valores ou metas, seja por meio de um termo aditivo ou por uma apostila ao plano original.

O plano de trabalho, conforme o parágrafo único do artigo 42 da Lei nº 13.019/2014, é um componente essencial que deve ser anexado ao termo de colaboração, ao termo de fomento ou ao acordo de cooperação. Ele se torna parte integrante e indissociável desses instrumentos.

Comissão da seleção

A comissão de seleção, composta por um órgão colegiado, tem a responsabilidade de conduzir e decidir sobre os chamamentos públicos. É requerida a presença de, no mínimo, um servidor que integre o quadro de pessoal da Administração Pública, ocupando cargo efetivo ou emprego permanente.

Chamamento público

Antes da habilitação da OSC, ocorre a avaliação para selecionar a entidade parceira, através do chamamento público. O critério de avaliação inclui a conformidade da proposta com os objetivos específicos do programa ou da ação em que se insere o objeto da parceria, e, quando aplicável, com o valor de referência mencionado no chamamento, o qual é um critério obrigatório.

É permitida a seleção de propostas apenas de concorrentes com presença reconhecida na unidade da federação onde a parceria será executada, sendo essencial não comprometer o caráter competitivo da parceria devido a circunstâncias irrelevantes para seu objeto específico. Além disso, podem existir cláusulas que

restringam o território ou a abrangência das atividades, de acordo com as políticas setoriais estabelecidas.

A metodologia de pontuação e a atribuição de ponderação a cada critério estabelecido compõem os critérios de seleção e julgamento das propostas.

O legislador permite outras medidas discriminatórias, além da exceção geral, desde que sejam pertinentes e relevantes para a execução do contrato. Essas medidas podem incluir a seleção exclusiva de propostas de concorrentes com sede ou representação reconhecida na unidade da Federação onde o objeto da parceria será executado, bem como a delimitação territorial ou de abrangência das atividades ou projetos.

Contratação direta da entidade parceira

Há exceções à seleção da entidade parceira, que incluem: 1) a contratação direta de acordo de cooperação; 2) a contratação direta de termos de colaboração ou fomento com recursos de emendas parlamentares ao orçamento anual; 3) casos de dispensa; e 4) casos de inexigibilidade de chamamento público.

Geralmente, a necessidade de um chamamento público para acordos de cooperação é dispensada devido à ausência de transferência financeira. No entanto, quando envolve comodato, doação de bens ou compartilhamento de recursos patrimoniais, o chamamento se torna necessário. Isso garante a equidade entre as organizações interessadas em acessar os benefícios da política de fomento estatal, especialmente quando há ônus para a Administração Pública.

Os termos de colaboração ou de fomento serão celebrados sem chamamento público nos casos em que haja recursos provenientes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e atividades relacionadas aos setores de educação, saúde e assistência social, desde que conduzidas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

O artigo 31 da mesma Lei que foi citada anteriormente aborda a inexigibilidade, destacando duas circunstâncias exemplificativas onde a competição entre organizações da sociedade civil não é viável: quando o objeto da parceria é

singular por natureza ou quando apenas uma entidade específica pode atingir as metas estabelecidas.

É prevista a possibilidade de anulação da formalização da parceria se o administrador público não divulgar o resumo da justificativa da dispensa ou inexigibilidade no mesmo dia de sua efetivação, em um site oficial da Administração Pública na internet e, se necessário, também no meio oficial de publicidade da Administração Pública.

Após a publicação da justificativa, há um prazo de cinco dias para contestação, que será avaliada pelo administrador público responsável em até cinco dias após o protocolo. Caso a impugnação seja fundamentada, o ato de dispensa ou inexigibilidade do chamamento público será revogado.

Fase de execução

Durante essa fase, a supervisão é dividida entre a Comissão de Monitoramento e Avaliação, além do acompanhamento provido pelos conselhos de políticas públicas. Os recursos devem ser gerenciados em contas bancárias designadas, com movimentações realizadas por transferência eletrônica, sujeitas à identificação do beneficiário e ao depósito em conta bancária específica.

É permitido o pagamento de remuneração aos dirigentes e ao pessoal diretamente envolvido no plano de trabalho. Custos indiretos, como internet, transporte, aluguel e telefone, além de serviços contábeis e assessoria jurídica, podem ser cobertos até o limite de 15%, conforme estipulado na legislação.

Fase de monitoramento e avaliação

Durante esta etapa, opera a Comissão de Monitoramento e Avaliação, um órgão colegiado cujo propósito é supervisionar e avaliar as parcerias estabelecidas com organizações da sociedade civil. A presença de, pelo menos, um servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego permanente no quadro de pessoal da Administração Pública é mandatória.

Ademais, está determinado que, para além da supervisão exercida pela Administração Pública e pelos órgãos de controle, a condução da parceria será

acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das respectivas áreas de atuação em cada instância governamental. Uma outra medida nesta fase consiste na adoção de uma plataforma digital de acesso aberto, a qual disponibilizará todos os documentos pertinentes à parceria.

O Capítulo IV da legislação trata da prestação de contas das parcerias, delineando uma variedade de diretrizes e cronogramas. Por exemplo, estipula-se um período de 90 dias para a apresentação das contas a partir do início da parceria ou do término de cada ano fiscal, se a parceria se estender por mais de um ano. Este prazo pode ser prorrogado por até 30 dias, mediante uma justificativa apropriada.

A Lei nº 13.204/2015 introduz uma flexibilidade adicional no parágrafo 1º do artigo 69, que estabelece que o prazo para a prestação de contas finais será ajustado de acordo com a "complexidade do objeto da parceria".

A OSC é responsável por submeter as contas finais, evidenciando a apropriada aplicação dos recursos recebidos, no prazo de até 90 dias após o encerramento da parceria, conforme definido no documento pertinente.

A Administração Pública tem um prazo de até cento e cinquenta dias para avaliar a prestação final de contas submetida.

Um ponto relevante é que a Lei nº 13.204/2015 aboliu a alínea "b" do inciso IV, artigo 33 da Lei nº 13.019/14. Anteriormente, essa disposição obrigava as OSCs que buscavam recursos públicos a incluírem em seus estatutos a publicação, ao fim do exercício fiscal, de um relatório de atividades e demonstrações financeiras da entidade. Isso também envolvia certidões negativas de débitos com a Previdência Social e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, tornando-os acessíveis para análise por qualquer cidadão.

2. Decreto nº 11.531, de 16 de maio de 2023 (TRANSFEREGOV/SINCOV)

Em julho de 2007 foi regulamentado pelo Decreto nº 6.170, o SICONV, Sistema de Convênios, que era uma plataforma de acesso público disponível na internet, com o propósito de facilitar os processos relacionados à formalização,

execução, acompanhamento e prestação de contas de convênios, contratos de repasse e termos de parceria firmados pela União.

No entanto, em maio de 2023, foi revogado pelo Decreto nº 11.531, que dispõe sobre convênios e contratos de repasse relativos às transferências de recursos da União, e sobre parcerias sem transferências de recursos, por meio da celebração de acordos de cooperação técnica ou de acordos de adesão.

O Decreto estabelece diretrizes para modificações nos instrumentos, bens remanescentes e formas de cooperação técnica e adesão. Trata das transferências de recursos entre órgãos federais e entidades estaduais, municipais e privadas sem fins lucrativos, impõe restrições à celebração desses convênios e contratos, proibindo repasses abaixo de valores mínimos e vínculos com entidades privadas irregulares. Estas restrições podem ser revogadas mediante comprovação de regularização.

O Sistema Transferências Voluntárias da União, conhecido como TransferênciasGov, é uma plataforma digital que visa facilitar e gerenciar as transferências voluntárias de recursos financeiros da União para estados, municípios, Distrito Federal e entidades privadas sem fins lucrativos. Ele permite o acompanhamento e a prestação de contas dos convênios, contratos de repasse e termos de parceria celebrados entre o governo federal e essas instituições. O TransferênciasGov busca proporcionar maior transparência, agilidade e eficiência na gestão desses recursos, promovendo a adequada aplicação dos recursos públicos e o controle social sobre essas transferências.

Após a divulgação do programa, o proponente interessado em convênios ou contratos de repasse deve enviar sua proposta ou plano de trabalho pelo Transferegov.br.

A proposta inclui a descrição do objeto, justificativa, estimativa financeira e prazo de execução, enquanto o plano de trabalho detalha os objetivos, metas, custos, cronograma e aplicação dos recursos. Ambos são avaliados pelo concedente quanto à viabilidade. Na celebração, o concedente empenha o valor total conforme o cronograma no Siafi, garantindo crédito nos orçamentos futuros. A contrapartida, calculada com base no valor total do objeto, pode ser antecipada pelo conveniente e inclui depósitos na conta específica do convênio ou contrato. Se pública, requer

previsão orçamentária antes da celebração. Para entidades privadas sem fins lucrativos, é permitida contrapartida em bens e serviços.

Serão celebrados convênios e contratos de repasse com valores mínimos de R\$ 400.000,00 para obras e R\$ 200.000,00 para outros objetos. A celebração ocorre mediante a assinatura do convênio pelo concedente e conveniente, ou do contrato de repasse pela mandatária da União e conveniente. Quando houver unidade executora ou interveniente, estas também devem assinar o documento.

A celebração ocorre no exercício financeiro em que for empenhada a primeira parcela ou a parcela única. O convênio ou contrato de repasse deve conter cláusulas mínimas, como o objeto, vigência, forma de comprovação da execução, parâmetros de avaliação, obrigações das partes e titularidade dos bens remanescentes.

Condições essenciais para a celebração incluem o cadastro atualizado do proponente no Transferegov.br, aprovação do plano de trabalho, apresentação de documentos, comprovação da contrapartida, empenho da despesa pelo concedente e parecer jurídico favorável.

O proponente deve fornecer documentos antes da celebração de convênios e contratos de repasse. Para obras e serviços de engenharia, devem apresentar anteprojeto ou projeto básico (dependendo do regime de contratação), comprovação dos poderes sobre o imóvel, documentação de licenciamento ambiental e plano de sustentabilidade.

Para outros objetos, devem fornecer termo de referência, documentação de licenciamento ambiental e plano de sustentabilidade. Esses documentos podem ser apresentados após a celebração, desde que antes da liberação da primeira parcela dos recursos, com prazo máximo de nove meses, prorrogável por mais nove meses. A transferência dos recursos ocorre após a retirada da condição suspensiva pelo concedente ou mandatária, exceto para casos específicos. O conveniente pode celebrar parcerias com outros entes federativos, consórcios públicos, serviços sociais autônomos, entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, além de organizações da sociedade civil, desde que haja previsão no plano de trabalho. As movimentações financeiras devem ser feitas em conta corrente específica.

Nas seções X a XVII, são abordados diversos aspectos relacionados à gestão de convênios e contratos de repasse no âmbito da Administração Pública. As alterações nos instrumentos podem ser propostas por qualquer parte envolvida, respeitando-se prazos e condições específicas. A titularidade dos bens remanescentes é estabelecida pelo convênio ou contrato, com cláusulas específicas para contabilização e guarda. A movimentação financeira deve ocorrer por instituições oficiais, em contas específicas e integradas a sistemas de controle.

O acompanhamento e fiscalização devem ser registrados em plataformas designadas. A denúncia, rescisão e extinção dos instrumentos seguem procedimentos específicos, incluindo a devolução de recursos e prestação de contas. O registro de inadimplência ocorre em casos de não cumprimento das obrigações. Além disso, é permitida a celebração de parcerias sem transferências de recursos para execução de políticas públicas, por meio de acordos de cooperação técnica ou adesão. Esses instrumentos visam a eficiência e transparência na gestão de recursos públicos e parcerias.

3. Portaria Conjunta MGI/MF/CGU nº 33, de 30 de agosto de 2023

Esta Portaria Conjunta estabelece normas suplementares para as transferências de recursos provenientes dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, realizadas por meio de convênios e contratos de repasse entre órgãos federais e estaduais, municipais, do Distrito Federal, consórcios públicos e entidades privadas sem fins lucrativos. Não se aplicam a convênios e contratos celebrados antes de sua vigência, bem como a termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação com organizações da sociedade civil, regulamentados por outras leis. Também não se aplicam a transferências de recursos específicas, como as destinadas a programas de assistência, proteção e parcerias público-privadas. Os órgãos responsáveis pelos programas descentralizados devem buscar padronizar os objetos para agilizar procedimentos e otimizar o uso dos recursos.

Para celebrar convênios, os órgãos federais devem ter estrutura e equipe técnica para analisar documentos e projetos, acompanhar a execução física do objeto e fazer análise financeira e de prestação de contas. Se não tiverem capacidade

técnica, podem contratar instituições financeiras oficiais federais como mandatárias da União ou prestadores de serviços para apoiar tecnicamente. No caso de prestadores de serviços, os contratos devem estabelecer limites de poderes e garantir que os órgãos concedentes mantenham a responsabilidade final. Os contratos devem obedecer às diretrizes estabelecidas no Decreto nº 9.507/2018.

Os convênios e contratos de repasse só podem ser celebrados com órgãos e entidades públicas ou entidades privadas sem fins lucrativos que tenham capacidade técnica para executar os objetos relacionados às suas atividades. A partir de 1º de janeiro de 2024, os valores mínimos de repasse da União para celebração desses instrumentos serão de R\$ 400.000,00 para obras e R\$ 200.000,00 para outros objetos. Esses valores podem ser alcançados por meio de consórcios entre órgãos e entidades da Administração Pública dos estados, Distrito Federal e municípios. Os custos das tarifas de serviços da mandatária e dos apoiadores técnicos também fazem parte do valor da transferência da União.

A Portaria Conjunta Introdz níveis para execução e prestação de contas, baseados nos valores de repasse. Os níveis variam de acordo com o montante financeiro envolvido nos projetos, desde obras de menor porte até grandes empreendimentos. Esta medida visa padronizar procedimentos e otimizar a gestão de recursos em parcerias entre entidades.

Os órgãos ou entidades públicas e privadas sem fins lucrativos que buscam celebrar convênios e contratos de repasse com a administração pública federal devem se cadastrar previamente no Transferegov.br, fornecendo informações básicas como razão social, CNPJ e dados dos dirigentes. A atualização desses dados é de responsabilidade das entidades e é necessária para manter o status regular no sistema, evitando pendências que impeçam novas celebrações. Todos os procedimentos relacionados aos instrumentos, desde a celebração até a prestação de contas, devem ser realizados no Transferegov.br. Documentos digitais devem conter assinaturas eletrônicas, seguindo os padrões estabelecidos nacional ou regionalmente, e devem ser mantidos pelo conveniente por um período de cinco anos após a aprovação da prestação de contas final.

O concedente, conforme o artigo 11, possui uma série de competências e responsabilidades, que incluem desde cadastrar e divulgar programas até analisar propostas, emitir empenhos, transferir recursos financeiros, acompanhar a execução dos projetos, verificar a realização de processos licitatórios, até adotar medidas para apuração de irregularidades. A União pode delegar algumas dessas responsabilidades à mandatária, e os apoiadores técnicos podem auxiliar em atividades específicas. A decisão sobre aprovação de planos de trabalho e prestação de contas, assim como a instauração de tomadas de contas especiais, fica a cargo exclusivamente do concedente e das instituições financeiras, se atuarem como mandatárias. Os contratados devem assegurar o cumprimento das normativas e garantir acesso aos dados e documentos aos órgãos de controle.

As competências e responsabilidades dos proponentes ou convenientes, conforme o artigo 12, incluem encaminhar propostas e planos de trabalho, assegurar a qualidade técnica dos projetos, garantir infraestrutura necessária, selecionar áreas de intervenção, apresentar documentação necessária, disponibilizar contrapartida, realizar procedimentos de compras e contratações conforme a legislação, executar e fiscalizar o objeto do instrumento, prestar contas dos recursos transferidos, instaurar processos apuratórios em casos de irregularidades, indicar o sistema Fala.BR como canal de comunicação, realizar atos e procedimentos no Transferegov.br, afixar placa de obra e também disponibilizar o extrato do instrumento em local visível. O descumprimento das obrigações pode requerer esclarecimentos ao concedente ou à mandatária, com registro no Transferegov.br, e em casos de irregularidades, deve-se informar aos órgãos de controle e ao Ministério Público. Em casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, é necessário registrar no Transferegov.br os pareceres técnico e jurídico.

É vedada a celebração de acordos nos seguintes casos: com valores abaixo dos estabelecidos; com entidades filiais nos CNPJs estaduais, do Distrito Federal ou municipais; para custeio contínuo; entre órgãos federais, salvo termos descentralizados; com término próximo a trocas de mandato; com entidades sem fins lucrativos, exceto de saúde constitucionais; com entidades sem experiência, dirigentes políticos ou histórico irregular; com entidades inadimplentes ou irregulares; com entidades lucrativas; para projetos parcialmente financiados sem contrato prévio;

com entidades sem capacidade técnica; e em outras situações legais. O órgão responsável incluirá inadimplentes no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN) e as entidades devem provar ausência de lucro. Exceções são feitas para emendas parlamentares. As proibições cessam quando a entidade se regulariza.

Referências

- ABRUCIO, Fernando Luiz; SOARES, Márcia Miranda. Redes federativas no Brasil: cooperação intermunicipal no Grande ABC. Série Pesquisas nº 24. São Paulo: CEDEC, 2001.
- ARRETCHE, Marta. Federalismo e igualdade territorial: uma contradição em termos? Revista Dados, v. 53, p. 587-620, 2010.
- ARRETCHE, Marta. Democracia, federalismo e centralização no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012. p. 171.
- BITTENCOURT, Sidney. Convênios administrativos e outros instrumentos de transferências de recursos. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Consórcios públicos: Lei nº 11.107, de 06/04/2005, e Decreto nº 6.017, de 17/01/2007. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- COSTA, Rafael. Convênios administrativos: a boa-fé entre entes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- DURÃO, Pedro. Convênios e consórcios administrativos: gestão, teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2018.
- GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. Lúmen Juris, 2016.
- MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Convênios administrativos: aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- MÂNICA, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei nº 13.019/14. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR, no 2, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes et al. Direito Administrativo brasileiro. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2010.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. Desmitificando os convênios. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 5, no 55, jul., 2006.
- BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de maio de 2000.

BRASIL. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jul. 2002. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1934-1/DF. Relator: Min. Moreira Alves, 1º de setembro de 1999. Diário de Justiça, Brasília, 22 out. 1999d.

DALLAVERDE, Alexsandra Katia. As transferências voluntárias no modelo constitucional brasileiro. São Paulo: Editora Blucher, 2012.

FURTADO, José de Ribamar Caldas. Direito financeiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEITE, Harrison Ferreira. Manual de Direito Financeiro. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

SODRÉ, Antônio Carlos de Azevedo; ALVES, Maria Fernanda Colaço. Relação entre emendas parlamentares e corrupção municipal no Brasil: estudo dos relatórios do programa de fiscalização da Controladoria-Geral da União. Revista de Administração Contemporânea, 14, 3

BONATTO, Hamilton. Governança e gestão de obras públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GIOVANETTI, Lara Ferreira; SANTOS, Rafael Costa. A competência para o exercício da fiscalização dos contratos administrativos. Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 16, no 1, p. 145-159, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. Termo de Referência: o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

VIEIRA, André Luís. Fiscalização de contratos administrativos: síntese e contexto. Direito do Estado, v. 320, 2017.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. Regime Diferenciado de Contratação – RDC. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. Controle das transferências financeiras da União. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BONATTO, Hamilton. Governança e gestão de obras públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GARCIA, Flavio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. São Paulo: Malheiros, 2016.

JACOBY, Jorge Ulisses Fernandes. Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, 2, p. 69-89, 1996.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres. Âmbito Jurídico (Internet). [S.l.]: Âmbito Jurídico, 1998.

BARBOSA, Evandro Maciel. O crédito orçamentário como diretriz para a fixação da vigência dos contratos administrativos: o paradoxo entre os restos a pagar e o endividamento público. In: CONTI, José Mauricio (org.). Dívida Pública. São Paulo: Blucher, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2012a.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros. 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da Advocacia Pública no dever de coerência na administração pública. Revista Estudos Institucionais, 5.2, p. 382-400, 2019.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro setor. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos administrativos. Formação e Controle Interno da Execução. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Duração e prorrogação dos contratos administrativos. In: VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes (Coord.). Diálogos sobre a nova Lei de Licitações e Contratações. Lei 14.133/2021. Pinhais: Editora JM, 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do advogado de estado em sua função consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de.

Advocacia de estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. Salvador: Juspodivm, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos administrativos. Formação e Controle Interno da Execução. Belo Horizonte: Fórum, 2017

CESÁRIO, Natália de Aquino. O Regime Jurídico Das Parcerias Na Lei Nº 13.019/2014. 1.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Ed.). Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13,019/14. Editora Fórum, 2017.

RESENDE, Tomás de Aquino; RESENDE, André Costa; SILVA, Bianca Monteiro da. Roteiro Do Terceiro Setor. 5.ED. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Organizadores

José Carlos Barros Silva
Coordenador-Geral

Geraldo Andrade de Oliveira
Coordenador-Geral Adjunto

Karla de Aleluia Batista
Coordenadora de Pesquisa

Daniel Soares de Souza
Coordenador de Pesquisa Adjunto

Marco Túlio Martins
Coordenador de Apoio à Formação Continuada

Alexandre Pereira Chahad
Coordenador de Administração

Maria das Graças Costa Nery da Silva
Coordenadora de Serviços de Apoio à Pesquisa

Rodrigo Cândido Borges
Coordenador de T.I.

Elenice Mendes César

Gláucia Lima da Silva

Jacqueline Gomes dos Santos

Nara dos Anjos Gomes

Renata Romualdo de Carvalho

Sâmua Valéria Ozório Dutra

Pesquisadoras

Equipe gestora

Oneida Cristina Gomes Barcelos Irigon
Reitora

Lorena Pereira de Souza Rosa
Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-graduação

Maria Valeska Lopes Viana
Pró-Reitora de Ensino

Willian Batista Dos Santos
Pró-Reitor de Extensão

Diego Silva Xavier
Pró-Reitor de Administração

Sandra Abadia Ferreira
Pró-Reitora de Desenvolvimento Institucional e Recursos Humanos

Sandra Abadia Ferreira
Pró-Reitora de Desenvolvimento Institucional e Recursos Humanos

Equipe do Polo de Inovação

Lorena Silva Oliveira Costa
Diretora de Pesquisa e Inovação

Carlos de Melo e Silva Neto
Coordenador do Escritório de Projetos e Captação de Recursos

Christiane Borges Santos
Coordenadora Escritório de Divulgação Científica



Fonte financiadora

Secretaria de Inovação, Desenvolvimento Sustentável, Irrigação e Cooperativismo Ministério da Agricultura e Pecuária

TED n° 939993/2022

O Projeto Agro é um projeto de pesquisa aplicada que tem como finalidade o estudo de ferramenta para mineração de dados e aglutinação do público agro em bases de dados governamentais para comunicação inclusiva e assistiva, a fim de possibilitar a troca de informações com os agricultores e maior acesso aos serviços e recursos públicos destinados à comunidade agro. Surgiu a partir da parceria entre o Polo de Inovação do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás e a Secretaria de Inovação, Desenvolvimento Sustentável, Irrigação e Cooperativismo do Ministério de Agricultura e Pecuária como uma iniciativa inovadora para a comunidade do agronegócio.

Este estudo de pesquisa aplicada tem como proposta estruturar um sistema de comunicação capaz de aglutinar e democratizar informações provenientes de bases de dados governamentais para melhorar o acesso dos agricultores aos recursos e serviços públicos e capacitar os integrantes da Secretaria com cursos direcionados ao atendimento de suas necessidades.

O desenvolvimento do projeto iniciou em janeiro de 2023 com término previsto para junho de 2024 e tem como expectativa que após sua implementação o ministério possa oferecer uma aproximação mais efetiva e transparente com a população agro, permitindo promover um melhor entendimento sobre o uso dos recursos públicos.

100

