



PROJETO DE LEI Nº 3.453, de 2008
(Apensos: PL nº 259, de 2007, PL nº 2.819, de 2008, e nº 3.092, de 2008)

“Altera o art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para condicionar a celebração de convênios com pessoas jurídicas de direito privado a prévio processo seletivo”.

Autor: SENADO FEDERAL

Relator: Deputado MÁRCIO REINALDO MOREIRA

I. RELATÓRIO

O Projeto de Lei n.º 3.453, de 2008, do Senado Federal, originário de proposição do Senador Tasso Jereissati, pretende acrescentar os § 7º e 8º ao art. 116 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, para condicionar a celebração de convênios por parte do Poder Público com pessoas jurídicas de direito privado, excetuadas as entidades integrantes da administração pública indireta, à realização de prévio processo seletivo.

A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, buscou regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública e dando outras providências. O art. 116 da citada Lei, determina a aplicação do Estatuto das Licitações, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres, celebrados por órgãos e entidades da administração pública.

A proposta em comento pretende inserir novos dispositivos ao art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993, dispondo que, ressalvadas as entidades integrantes da administração pública indireta, seria necessária a realização de processo seletivo para escolha da entidade sem fins lucrativos que atenda os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, arrolados no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993.

O Projeto contém ainda disposições específicas sobre a instauração do referido processo seletivo, sobre o edital de abertura do mesmo e sobre os critérios a serem considerados para a seleção da pessoa jurídica de direito privado com a qual se celebrará o convênio.

Outros três projetos de lei tramitam apensados ao projeto de lei originário do Senado Federal pela afinidade de propósitos, são eles:

- 1- Projeto de Lei nº 259, de 2007**, do Deputado Dr. Rosinha, que *“altera a redação dos §§ 1º e 2º do art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e acrescenta novos parágrafos”*. A nova redação proposta para o 0§ 1º incorpora a exigência de seleção da entidade a ser conveniada mediante concurso, enquanto o novo § 2º dispõe sobre os critérios para que se realize essa seleção. Os parágrafos a serem acrescentados, por



sua vez, tratam da composição da comissão julgadora do concurso e da proclamação e publicidade do resultado do certame.

2 - Projeto de Lei nº 2.819, de 2008, do Deputado Renato Molling, que *“altera o art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que dispõe sobre licitações e contratos administrativos e dá outras providências”*. A proposição se distingue das demais por não focar a forma de seleção da entidade privada com a qual se celebrará convênio, mas sim o emprego dos recursos públicos a ela transferidos em decorrência daquele instrumento. Nos termos do projeto, as entidades signatárias de convênio com a administração pública passariam a estar sujeitas *“no que couber”* às disposições da Lei nº 8.666, de 1993. Tal exigência alcançaria também as organizações sociais de que trata a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, bem como as pessoas jurídicas qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, nos termos da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

3 - Projeto de Lei nº 3.092, de 2008, da Deputada Luciana Genro, que *“altera o art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, acrescentando dispositivos relativos à celebração de convênio, acordo, ajuste, termo de parceria ou outro instrumento congêneres com pessoas jurídicas de direito privado”*. Trata-se de projeto que guarda forte semelhança com a proposição originária do Senado Federal, dela se destacando quanto à abrangência, expressamente ampliada para compreender acordos, ajustes, termos de parceria ou outros instrumentos congêneres, celebrados pela administração pública com pessoas jurídicas de direito privado.

A matéria foi distribuída inicialmente à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). O Colegiado aprovou os Projetos de Lei nº 3.453, de 2008; nº 259, de 2007, e nº 3.092, de 2008, nos termos do Substitutivo apresentado pela Relatora, Deputada Gorete Pereira, e rejeitou o Projeto de Lei nº 2.819, de 2008.

Nesta Comissão de Finanças e Tributação, não foram apresentadas emendas às proposições em tela no prazo regimental.

É o relatório.

II. VOTO

A matéria foi encaminhada a esta Comissão para exame de mérito e de adequação financeira e orçamentária, nos termos do arts. 32 e 54 do Regimento Interno desta Casa. Cabe-nos, portanto, além do exame de mérito, apreciar a conformidade da proposição com a legislação orçamentária, especialmente no tocante ao plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual; bem como com a Lei de Responsabilidade Fiscal.



II.1 Da Adequação Financeira e Orçamentária

Tendo em vista as propostas e o Substitutivo da CTASP simplesmente regulamentarem a seleção de entidades privadas aptas a celebrarem convênios com a Administração Pública, não vislumbramos incompatibilidade ou inadequação em relação ao Plano Plurianual aprovado para 2008-2011 (Lei nº 11.653, de 2008) e ao Orçamento Anual para 2011 (Lei nº 12.381, de 2011).

Todavia, o mesmo não ocorre no tocante às disposições constantes das leis de diretrizes orçamentárias dos últimos exercícios. Com efeito, pelo menos nos últimos dez anos, essas leis têm estabelecido restrições e condições para realização de transferências de recursos a entidades privadas por meio de convênios e outros instrumentos congêneres, que não são observadas nas propostas em comento.

Nesse sentido, o art. 37¹ da LDO/2009² exigia contrapartida financeira para realização de transferências a entidades privadas, o que não é previsto no PL nº 3.453, de 2008. Dispositivo com idêntico teor foi vetado na LDO/2010³, apesar de ser exigido pelo art. 25, §1º, IV, “d”, da Lei Complementar nº 101, de 2000, no caso de ajustes entre entes federados.

Por sua vez, na LDO/2010 (§3º do art. 36⁴), é vedada a destinação de recursos a entidade privada em que agente político de Poder ou do Ministério Público, tanto quanto dirigente de órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau, seja dirigente. Restrição que se mantém na LDO/2011⁵ (art. 37, § 3º), com algumas poucas exceções.

Além disso, a LDO para 2010, também em seu art. 36, faz diversas exigências para a realização de transferências a tais entidades, como: não haver apresentação de contas em atraso, rejeitada, ou mais de duas pendentes de aprovação (inciso V⁶); manifestação prévia e expressa do setor técnico e da assessoria jurídica do órgão concedente sobre a adequação dos convênios e instrumentos congêneres às normas afetas à matéria (inciso IX⁷); e apresentação pela entidade de certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e à dívida ativa da União, certificado de

¹ Art. 37. Será exigida contrapartida para as transferências previstas na forma dos arts. 32, 33, 34 e 35, de acordo com os percentuais previstos no art. 40 desta Lei, considerando-se para esse fim aqueles relativos aos Municípios onde as ações forem executadas.

§ 1º A exigência de contrapartida de que trata o caput poderá ser reduzida mediante justificativa do titular do órgão responsável pela execução das respectivas ações, que deverá constar do respectivo processo de concessão da transferência.

§ 2º A exigência de contrapartida não se aplica às entidades de assistência social e saúde registradas no Conselho Nacional da Assistência Social - CNAS.

§ 3º A redução a que se refere o § 1º deste artigo levará em consideração diretrizes do órgão colegiado ou Conselho ao qual a política pública esteja relacionada.

§ 4º No caso de as ações serem executadas em mais de um Município, o cálculo da contrapartida será efetuado tendo por base o Município-sede da instituição recebedora dos recursos.

² Lei nº 11.768, de 2008.

³ Lei nº 12.017, de 2009.

⁴ Art. 36. (...) § 3º É vedada a destinação de recursos a entidade privada em que agente político de Poder ou do Ministério Público, tanto quanto dirigente de órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau, seja dirigente.

⁵ Lei nº 12.309, de 2010.

⁶ Art. 36. Sem prejuízo das disposições contidas nos arts. 32, 33, 34 e 35 desta Lei, a destinação de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos, nos termos do disposto no § 3º do art. 12 da Lei nº 9.532, de 1997, dependerá ainda de: (...)

V – apresentação da prestação de contas de recursos anteriormente recebidos, nos prazos e condições fixados na legislação, inexistência de prestação de contas rejeitada e pendência de aprovação de no máximo duas prestações;

⁷ Art. 36. (...) IX – manifestação prévia e expressa do setor técnico e da assessoria jurídica do órgão concedente sobre a adequação dos convênios e instrumentos congêneres às normas afetas à matéria;



regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e de regularidade em face do Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN (inciso XI⁸); previsão de cláusula de reversão patrimonial em favor do concedente em montante equivalente aos recursos de capital destinados à entidade (inciso VIII).

Por fim, as LDOs estabelecem ainda diversas restrições quanto ao objeto do convênio realizado com entidades privadas. Na LDO/2010, por exemplo, é vedada a destinação de recursos para atender a despesas com clubes e associações de agentes públicos, ou quaisquer outras entidades congêneres, excetuadas as afetas a creches e escolas para o atendimento pré-escolar (art. 21, VII, c/c §1º, V); bem como, em regra, é proibido o pagamento a militares, servidores públicos da ativa e empregados públicos, por serviços prestados, inclusive consultoria, assistência técnica ou assemelhados, à conta de quaisquer fontes de recursos (art. 21, VIII) e de diárias e passagens a militares, ainda que por intermédio de convênios ou instrumentos congêneres firmados com entidades de direito privado ou com órgãos ou entidades de direito público (art. 21, X).

Tais exigências e condições vêm se mantendo nas últimas leis de diretrizes, com alguns ajustes de redação, como se observa na LDO para 2011⁹.

Considerando a necessidade de as propostas estarem em consonância com as disposições das LDOs¹⁰ e tendo em vista exigência da Norma Interna da Comissão de Finanças e Tributação¹¹ - *que determina, para fins de exame de compatibilidade e adequação orçamentária e financeira, seja considerada incompatível a proposta que apresente conflitos com as normas da lei de diretrizes orçamentárias* – os referidos projetos não podem ser aprovados com a redação proposta.

A fim de evitar o comprometimento dos projetos e do Substitutivo da CTASP, de evidente mérito, entendemos que seja possível efetuar as adequações necessárias, com a inclusão de exigências e vedações gerais previstas nas leis de diretrizes orçamentárias, bem como de dispositivo específico determinando que os convênios atendam ainda a outras condições que venham a ser previstas em leis de diretrizes.

II.2 Do Mérito

A ampliação das funções estatais, a complexidade e o custo das obras públicas vêm abalando, dia a dia, os fundamentos da Administração clássica, exigindo novas formas e meios de prestação dos serviços estatais.

Com efeito, cronologicamente evoluímos dos serviços públicos centralizados para os serviços delegados; destes passamos aos serviços outorgados a autarquias; depois para os serviços repassados a fundações e empresas estatais e, finalmente, chegamos aos serviços de interesse recíproco de entidades públicas e de organizações particulares realizados em regime de mútua cooperação, sob a forma de convênios, consórcios e outros instrumentos administrativos.

⁸ Art. 36. (...) XI – apresentação pela entidade de certidão negativa ou certidão positiva com efeito de negativa de débitos relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e à dívida ativa da União, certificado de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e de regularidade em face do Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – CADIN.

⁹ Lei nº 12.309, de 2010 (LDO para 2011).

¹⁰ Conforme dispõe o art. 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101, de 2000).

¹¹ Vide: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/comissoes/cft/por-dentro-da-cft/regulamentos-da-cft/NORMA-INTERNA-1996.pdf>



A técnica contratual é um meio de que se vale a Administração para cumprir as múltiplas atribuições e realizar as atividades que lhes são inerentes. Ocorre que certos contratos, denominados contratos administrativos, tornaram-se clássicos, sendo objeto central de normas sobre a matéria (art. 2º da Lei nº 8.666, de 1993). São exemplos os contratos de obras, de prestação de serviços, de compras, as concessões.

Contudo, como esclarece Odete Medaur, deve-se destacar que mesmo entre estes contratos típicos há diferenças, como “*na concessão de serviço público não se pode dizer que uma das partes remunera a outra, pois a remuneração do concessionário vem do usuário, que não é parte do contrato; apesar disso, é considerada um contrato, predominantemente*”¹².

A citada Autora informa ainda que “*a teoria clássica dos contratos administrativos passou a ser objeto de discussão, sobretudo a partir dos anos 70 do século XX. Sob um ângulo, alguns elementos da elaboração clássica vêm sendo questionados, Sob outro ângulo, a teoria clássica depara o florescimento de atuações administrativas instrumentalizadas por módulos convencionais ou contratuais, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parceria entre Administração e particulares ou entre órgãos e entidades públicas. Diante desse novo modo de atuar, novos tipos de ajuste foram surgindo, com moldes que não se enquadram no padrão clássico de contrato administrativo, nem no padrão de contrato vigente no século XIX*”. E conclui nos seguintes termos:

O módulo contratual da Administração desdobra-se em alguns tipos, que podem ser enfeixados do seguinte modo:

- a) contratos administrativos clássicos, regidos pelo direito público, como o contrato de obras, o de compras, as concessões*
- b) contratos regidos parcialmente pelo direito privado, também denominados contratos semipúblicos, como a locação, em que o poder público é o locatário*
- e) figuras contratuais recentes, regidas precipuamente pelo direito público, como os convênios, contratos de gestão, consórcios públicos.(grifo nosso)*

Portanto, a relação contratual da Administração Pública desdobra-se em contratos administrativos clássicos, contratos regidos parcialmente pelo direito privado e o instrumento convenial (como convênios, contratos de gestão, consórcios públicos).

A duas primeiras espécies, são razoavelmente reguladas pela legislação permanente (os contratos administrativos clássicos previstos no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666, de 1993, e os contratos regidos parcialmente pelo direito privado pelas disposições civis); entretanto, não disciplinamento adequado para os convênios e demais instrumentos congêneres.

De fato, hoje tais ajustes são tratados basicamente por normas infralegais e pela doutrina, gerando constantes dúvidas e questionamentos. Portanto, mostra-se oportuno e conveniente conceituar o instituto e regular seu alcance em todo o território.

II.2.1 Dos Aspectos Gerais do Instituto

O vocábulo convênio tem a mesma origem da palavra convenção,

¹² MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13ª Ed. Revista dos Tribunais, pág. 213



significando acordo entre duas ou mais pessoas, tendo por objetivo a realização, ou a omissão, de certos atos.

Em termos de ajuste jurídico, o convênio, assim como o consórcio administrativo, apresenta-se como instrumento de cooperação entre os diversos entes da administração pública e até com particulares. Trata-se, portanto, de instrumento para conjugação de esforços entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal com a finalidade de eliminar a atuação dúplice e repetitiva de forças e assim possibilitar a redistribuição racional de esforços com vistas à otimização dos interesses materiais pretendidos.

Deve-se destacar que o arranjo político que responde a esta necessidade é o federalismo cooperativo, que coordena os vários entes políticos na realização das tarefas públicas. Esse federalismo exige acordos jurídicos próprios para a realização material das finalidades dos entes federados, avultando os instrumentos dos convênios e dos contratos administrativos em sentido estrito¹³.

II.2.2 Da Previsão Legal

Na Constituição de 1967, havia previsão expressa acerca dos convênios. À época, era prevista a utilização do instrumento entre as três esferas de governo como forma de viabilizar a execução de leis, serviços ou decisões¹⁴ (art. 8º, §1º; art. 13, §3º e art. 16, §4º). O dispositivo, contudo, não foi mantido na Constituição de 1988.

Porém, o art. 22, XXVII, da atual Constituição, atribui competência privativa à União para legislar sobre "*normas gerais contratação, em todas as modalidades*". Com base nessa autorização, a Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 116, previu parâmetros mínimos para a realização desses ajustes entre os entes federados.

Nessa linha de entendimento, merece destaque posição de Celso Antônio Bandeira¹⁵ ao tratar das espécies de contratos no sistema brasileiro: "*o contrato, como instituto da Teoria Geral do Direito, compreende duas modalidades básicas: a dos contratos em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas e os contratos em que, inversamente, as partes se compõem pela comunidade de interesses, pela finalidade comum que as impulsiona. Estes últimos são os contratos que originam as associações, as sociedades. Os do primeiro tipo são todos os demais contratos. A Lei de Contratos Administrativos cogita desta última espécie. Já os convênios e os consórcios correspondem a contratos do segundo tipo - ou seja, daqueles em que as partes têm interesses e finalidades comuns.*" (grifo nosso)

Cabe ainda ressaltar que adeptos da nova teoria geral dos contratos entendem que os convênios se amoldam aos contratos de natureza cooperativa e se regem por interesses comuns, como ocorre nos chamados contratos societários¹⁶.

¹³ contratos típicos previstos no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 1993.

¹⁴ Art. 8º - Compete à União: (...) § 1º - A União poderá celebrar convênios com os Estados para a execução, por funcionários estaduais, de suas leis, serviços ou decisões; art. 13. Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes: (...) § 3º - Para a execução, por funcionários federais ou municipais, de suas leis, serviços ou decisões, os Estados poderão celebrar convênios com a União ou os Municípios; e art 16. A autonomia municipal será assegurada: (...) §4º Os Municípios poderão celebrar convênios para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficará dependendo de aprovação das respectivas Câmaras Municipais.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso De Direito Administrativo, 19ª Edição, 2005, pág.625.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 9ª edição. São Paulo: Dialética, 2002, p. 606, que tece uma relação entre os contratos comutativos ou distributivos da teoria geral do direito, onde há interesses contrapostos, dos de natureza cooperativa ou



Também nesse sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha entende que é um erro a distinção entre convênio e contrato na questão da diversidade de interesses, invocando os contratos associativos, e que a diferença estaria apenas na inexistência de cláusulas exorbitantes nos convênios¹⁷.

Ademais, como já mencionado, não se pode deixar de considerar que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 116, já regula aspectos gerais dos convênios em todo o território nacional. Nesse sentido, destacamos, entendimento de Hely Lopes Meirelles sobre a aplicabilidade da Lei nº 8.666, de 1993:

*“A Lei 8.666/93 considera contrato, para seus fins, todo e qualquer ajuste entre órgãos e entidades da Administração Pública e particulares, desde que haja acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada (art. 2º, parágrafo único). No art. 116, determina a incidência de seus dispositivos, no que couber, a todos os convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos ou entidades da Administração. Nos seus parágrafos, estabelece uma série de formalidades que devem ser cumpridas quando da celebração de convênio, principalmente quando houver repasse de recursos da entidade pública à organização privada interessada”.*¹⁸

Pó fim, mais não menos importante, deve-se ainda destacar o disposto no art. 241 da Carta Política (com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 1998). O dispositivo passou a prever que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinariam, por meio de lei, os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Com fundamento em tal previsão constitucional (art. 241), foi então sancionada a Lei nº 11.107, de 2005, que dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em matéria de consórcios públicos.

Diante do exposto, consideramos jurídico, pertinente e oportuno disciplinar a matéria em legislação permanente para todo o território nacional.

II.2.2.1 Dispositivos Legais no Âmbito Federal

Dentre os normativos federais que hoje tratam do assunto, merecem destaque em ordem cronológica:

a) Decreto-lei nº 200, de 1967 - já aventava a celebração de convênios pela União: arts. 10, § 1º e 5º e 160, com outros entes públicos; art. 156, § 2º, com entidades públicas e privadas para assistência médica.

b) Decreto nº 93.872/86 (art.. 48) - trata do regime de mútua cooperação e da utilização do instrumento de convênio.

c) Instrução Normativa STN nº 1, de 1997 - disciplina a celebração de

organizacional, onde há aproveitamento conjunto e simultâneo de bens e recursos humanos, com objetivo comum (ex: contratos societários). Segundo o autor, os contratos administrativos seriam comutativos ou distributivos

¹⁷ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Terceiro setor. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52 a 54.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 30ª Edição. p. 392/395.



convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências.

d) Decreto nº 5.504, de 2005 (art. 1º) - determina que os *“instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente”*.

e) Decreto nº 6.170, de 2007 - regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos.

f) Portaria Interministerial nº 127, de 2008 - estabelece normas para execução do disposto no Decreto no 6.170, de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

Os convênios são citados, ainda, na Lei complementar nº 101, de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que trata os convênios como meio legítimo de repasse de verba entre municípios.

II.2.3 Análise dos PLs nº 3.453/08; nº 259/07; e nº 3.092/08 e nº 2.819/08

O Projeto de Lei nº 3.453, de 2008, do Senado Federal, e os Projetos de Lei nº 259, de 2007, e nº 3.092, de 2008, que lhe foram apensados, instituem processo seletivo para a escolha de entidades privadas com as quais a administração pública pretende celebrar convênios.

Devido à semelhança com as propostas, deve-se mencionar a posição adotada pelo TCU no Acórdão nº 1.331/08-P. Nessa decisão, a Corte de Contas recomendou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República que avaliassem a conveniência de orientar os órgãos e entidades da administração pública federal no sentido de editarem normativos próprios com vistas à estabelecerem a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos, previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, nas situações que se mostrarem viável tal prática.

De fato, em havendo mais de um interessado em situação de igualdade, com interesse em firmar convênio com a Administração Pública, não pode o administrador, sem qualquer motivação, escolher a entidade *“preferida”*. Nessa situação, para o melhor atender ao interesse público e aos princípios de moralidade, isonomia, publicidade, a Administração deve estar vinculada à realização de processo de escolha e de seleção por meio de critérios pré-definidos.

No mesmo sentido, merece destaque a posição do Procurador Geral do Ministério Público no TCU¹⁹. Segundo o Procurador, *“vultosos recursos públicos são repassados por meio de convênios e outros instrumentos congêneres com a absoluta falta de mecanismos legais para a escolha da entidade privada que será responsável pela realização do objeto do convênio. A legislação vigente conferiria discricionariedade ampla*

¹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.



para a indicação da entidade particular a ser escolhida, o que de fato deveria ser evitado. Conforme Lucas Rocha, a ausência de mecanismo legal para disciplinar a matéria constitui um dos maiores ralos de dinheiro público, constante fonte de corrupções, fraudes, protecionismo e outros desvios."²⁰

Porém, diante de tais constatações, o Procurador não defende a instauração pura e simples de uma licitação do tipo menor preço, uma vez que não seria aplicável na celebração de convênios entre Poder Público e particulares, por se tratar de um regime de mútua cooperação. Ele defende a tese da escolha da entidade privada por meio da adoção de mecanismos semelhantes aos do concurso, nos termos do art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666, de 1993. Haveria, então, a publicação prévia de edital com o chamamento dos interessados e a indicação geral dos aspectos gerais do objeto do convênio, inclusive dos valores envolvidos e dos requisitos relativos à capacidade técnica da entidade a ser escolhida, entre outros pontos de menor relevo.

Entendemos que assiste razão aos autores quanto aos riscos da escolha, muitas vezes pautada por critérios discricionários, que podem afastar da parceria entidades dotadas de capacidade técnica e reputação inquestionável, além de conferir foros de legalidade a convênios maculados por desvios de finalidade.

Ademais, a multiplicidade de organizações dedicadas à assistência social, à promoção da cultura ou à preservação do meio ambiente possibilita a adoção de procedimento público para selecionar as de melhores condições para realizar o objeto dos convênios.

Por sua vez, em havendo comprovada inviabilidade de competição, mostra-se coerente a solução apresentada no substitutivo aprovado na Comissão que nos antecedeu, ao incluir um §2º no novo art 116-A da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, com o seguinte teor:

“§ 2º Quando for inviável a seleção de entidade privada mediante concurso, em virtude de comprovadamente existir apenas uma entidade capaz de realizar o objeto do convênio, esse fato, devidamente justificado, deverá ser comunicado à autoridade superior, para ratificação e publicação, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência em relação à celebração do convênio, como condição para sua eficácia”

O PL nº 2.819, de 2008, prevê que na aquisição de bens e a contratação de obras e serviços, com emprego de recursos públicos, as entidades privadas signatárias observarão, no que couber, as disposições da lei de Licitações. Prevê ainda que tal disposição se aplicará às organizações de que tratam as leis 9.637, de 1998, e nº 9.790, de 1999. Tendo em vista tratar-se de recurso público, entendemos que não seja possível afastar a necessidade de observar o processo licitatório.

De fato, dispõe o art. 37, XXI, da Constituição que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão

²⁰ Auditoria do TCU (Acórdão 1331/08), solicitada pelo Senado Federal, em 167 convênios, no montante de R\$ 246,4 milhões, envolvendo organizações não governamentais e organizações de sociedade civil de interesse público, com atuação em dez estados, constatou falhas na seleção de entidades conveniadas, deficiências na divulgação dos recursos, ausência de avaliação das condições operacionais das entidades, desvio de finalidade e realização de despesas indevidas, planos de trabalho incompletos, vagos e sem os requisitos essenciais, aprovação de convênios e aditivos à revelia de pareceres técnicos ou jurídicos, contratações e aquisições sem licitação, dentre outras irregularidades.



contratados mediante processo de licitação pública o art. 37. Portanto, uma vez que se trata de recurso público, a regra constitucional deve ser aplicada independentemente de quem realiza efetivamente a despesa.

Concordamos com o Substitutivo da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, que reuniu em uma mesma proposição as contribuições dos PLs em exame, bem como com a decisão de criar novo artigo (116-A) à Lei nº 8.666, de 1993, e não acrescentar parágrafos ao atual art. 116.

Consideramos ainda acertada a opção por ampliar o alcance da medida, na forma sugerida no Projeto de Lei nº 3.092, de 2008, incluindo na mesma regulamentação não só os convênios mas também acordos, ajustes, termos de parceria e outros instrumentos congêneres, para evitar interpretação restritiva no que concerne ao novo processo seletivo.

De fato, segundo administrativistas como Marçal Justen Filho, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e as Organizações Sociais devem se submeter a processo seletivo público para formalização de termo de parceria e contrato de gestão. Nesse sentido²¹:

“(…) É obrigatória a adoção de procedimento licitatório para realização tanto do contrato de gestão como do termo de parceria. Não é facultado à Administração escolher, sem prévio procedimento licitatório, uma determinada organização da sociedade civil para realizar um "termo de parceria" e, a partir daí, atribuir-lhe recursos para contratações as mais diversas não subordinadas a licitação. Isso seria a porta aberta para a fraude e a destruição da regra constitucional da obrigatoriedade da Licitação. Bastaria a própria Administração produzir o nascimento de uma "organização", submetida a seu estrito controle, e dela se valer para realizar todo o tipo de contratação sem prévia licitação.” (grifo nosso)

Essa seleção deve ocorrer no convênio – assim como em qualquer outro ajuste diverso do contrato administrativo regulado pela Lei nº 8.666/93, como termos de parceria, contratos de gestão - sempre que se pretenda a realização de serviços estatais por entidades privadas e, principalmente, quando haja previsão de utilização de recursos públicos para realização de tais serviços. Afinal, é obrigação da Administração Pública atender aos princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no art. 37 da Carta Política e, em se tratando de recursos públicos, deve a despesa se submeter a tais princípios e ser realizada com o máximo de eficiência.

Porém, entendemos que os procedimentos para seleção da entidade deve obedecer à ordem prevista no art. 43 da Lei nº 8.666/93. Dessa forma, propomos ajuste em nosso Substitutivo a fim de que seja inicialmente analisada a habilitação jurídica e técnica dos candidatos para só então realizar abertura dos envelopes com as propostas.

O Substitutivo adotou, no novo artigo da Lei n.º 8.666, de 1993, os itens que deverão constar do edital para seleção de entidade privada com a qual se firmará o convênio, bem como o procedimento a ser cumprido para análise das propostas.

Por fim consideramos adequada a decisão de apressar a implantação da

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 38.



proposta, a partir da publicação da norma, com a ressalva prevista no Substitutivo de resguardar a validade dos convênios já celebrados.

Entretanto, entendemos necessários alguns pequenos ajustes ao Substitutivo, a fim conferir maior precisão aos termos utilizados. Nesse sentido, propomos a substituição da expressão “*especificação do projeto, atividade ou serviço*” por “*especificação do objeto*”, bem como a inclusão de orçamentos detalhados referentes ao objeto do ajuste e de cronograma de repasses da Administração, nos itens referentes ao conteúdo do edital a ser publicado. São expressões já utilizadas no plano de trabalho e que devem ser mantidas por ocasião da seleção da entidade.

Todavia, entendemos que alguns aspectos fundamentais relacionados aos instrumentos de natureza convencional deixaram de ser abordados pelo Substitutivo. Nesse sentido, destacamos a ausência de disposição legal regulando a finalidade e o conceito do ajuste, bem como as cláusulas, condições e exigências para sua celebração.

Dessa forma, propomos subemenda substitutiva global acrescentando um “*Capítulo V – A - Do Regime de Mútua Cooperação*”, com 04 Seções dispendo sobre “*Disposições Preliminares*”, “*Dos Instrumentos de Natureza Convencional*”, “*Das Contratações Derivadas de Instrumentos de Natureza Convencional*” e “*Das Disposições Gerais*”.

II.2.3.1 Da Definição do Instituto

Segundo disposto doutrinariamente, os convênios administrativos “*são acordos firmados por entidades públicas e qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes*”²².

Todavia, a legislação não define o instituto, criando incertezas e impropriedades na utilização do ajuste. Em nossa proposta, inserimos conceito para o regime de mútua cooperação e para os instrumentos de natureza convencional.

II.2.3.2 Das Características dos Instrumentos de Natureza Convencional

Como já mencionado, o convênio corresponde a acordo de vontades pelo qual o Poder Público firma com entidades públicas ou privadas associação visando atingir interesses comuns.

O convênio não adquire personalidade jurídica, permanecendo como simples aquiescência dos partícipes para a persecução de objetivos comuns. Justamente por isso, é considerado uma cooperação associativa.

Também é aspecto característico a posição jurídica dos signatários ser uma só, apesar de poder haver diversidade na cooperação, segundo as possibilidades de cada partícipe.

Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando desejar, só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. Logo, não admite cláusula de permanência obrigatória ou sancionadora do denunciante.

²² Sobre convênios, v.: Fernando Santana, in RPGE 4/83; Aran Hatchikian Neto, in RDP 49/50/198; Ada Pelegrini Grinover, in RDP 6/19; Fábio Fanucchi, in RDA 120/507; HeLy Lopes Meirelies, Parecer, in Estudos e Pareceres de Direito Público, IX/101, 1986; Leon Frejda Szklarowsky, “Convênios administrativos”, RT 669/39.



Apesar da liberdade de ingresso e de retirada, os instrumentos de natureza convencional devem prever prazo de vigência para consecução dos objetivos ajustados e obedecer às formalidades e requisitos que a lei impõe aos contratos, destacando-se as cláusulas essenciais, o termo escrito e respeitadas as peculiaridades próprias.

Entende-se ainda que, em caso de conclusão ou extinção, os saldos remanescentes devam ser devolvidos à entidade ou ao órgão repassador do recurso, no prazo de 30 dias do fato, sob pena de instauração imediata de tomada de contas especial do responsável, a ser providenciada pela autoridade competente do órgão ou da entidade que repassou os recursos. O prazo é fatal, improrrogável.

II.2.3.2.1 Distinções em Relação ao “Contrato Administrativo Sentido Estrito”

Segundo Carlos Ari Sundfeld, “os convênios são atos bilaterais por meio dos quais as pessoas jurídicas de direito público ajustam a conjugação de esforços para a consecução de objetivos comuns, facultada a denúncia unilateral a qualquer tempo”²³. Por sua vez, conforme prevê a Lei nº 8.666, de 1993, contrato administrativo é “qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada” para realização de “obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações”²⁴.

Nesse contexto, os convênios, assim como os contratos administrativos, caracterizam-se como atos ordinários de gestão. De fato, por eles a Administração exerce sua função constitucional típica - o poder-dever de praticar atos administrativos para a realização do bem comum -, que é de sua competência exclusiva.

Como mencionado, a Administração Pública tradicionalmente faz uso da modalidade contratual para consecução de seus objetivos. Nesse contexto, é comum a pactuação de “contratos administrativos”, propriamente ditos, para aquisição de bens, realização de obras e prestação de serviços. Dessa forma, a Constituição, em seu art. 37, estabeleceu princípios e exigências para tais ajustes:

“ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão **contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (grifo nosso)*

²³ SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e Contrato Administrativo*, 2ª ed., p. 198.

²⁴ Art. 2º e respectivo §2º, ambos da Lei nº 8.666, de 1993.



Dessa forma, dentro do gênero contrato, merecem destaque os seguintes aspectos dissonantes entre “convênio” e “contrato administrativo em sentido estrito” (ou típico):

a) espécie de interesse. No “contrato administrativo em sentido estrito”, as partes têm interesses diversos e opostos²⁵ e, no convênio, os partícipes têm interesses comuns e coincidentes²⁶;

b) posição dos signatários. No “contrato administrativo”, há partes com interesses diversos e, no “convênio”, partícipes com pretensões idênticas concentrando esforços em regime de mútua colaboração;

c) natureza dos recursos empregados. No “contrato administrativo”, os recursos representam a contraprestação remuneratória e, portanto, passam a integrar o patrimônio da entidade, sendo irrelevante para o repassador a utilização ou destinação final. No convênio, por sua vez, os recursos não perdem a natureza de dinheiro público e sua utilização só é possível para o fim ajustado em lei.

Como se percebe, tais ajustes apresentam peculiaridades em relação aos “contratos administrativos em sentido estrito” (previstos no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666, de 1993). Entretanto, devido à falta de legislação sobre o assunto, não é raro a Administração confundir “convênio” com “contrato administrativo em sentido estrito”, celebrando aquele com a denominação deste e, assim, criando embaraços para a execução dos ajustes.

A fim de regular os aspectos mais relevantes, temos visto, conforme já mencionado anteriormente, a inserção de dispositivos específicos nas leis de diretrizes orçamentárias federais dos últimos anos que disciplinam a celebração de convênios entre órgãos e entidades da União com particulares ou mesmo com outras entidades políticas.

Portanto, mostra-se oportuno e conveniente o estabelecimento de normas gerais sobre o assunto a fim uniformizar e harmonizar a utilização do instrumento em todo o território nacional.

II.2.3.3 Requisitos para Adoção do Regime de Cooperação

De forma equivocada, têm sido firmados convênios no lugar de contratos administrativos em sentido estrito. Tal fato se dá em grande parte pelo desconhecimento das reais possibilidades de uso de cada instituto e, algumas vezes, com o intuito de fugir do procedimento licitatório. Por isso, é fundamental estabelecer parâmetros mínimos que justifiquem a adoção do instituto.

A utilização do instrumento de natureza convencional não pode ocorrer de forma totalmente discricionária e arbitrária. É fundamental que haja demonstração cabal de que a sua adoção atende aos princípios constitucionais, em especial os afetos à economicidade e à eficiência²⁷ na realização de despesas e na prestação de serviços públicos.

²⁵ uma parte que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.) a outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem).

²⁶ não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões.

²⁷ Entende-se como princípio da eficiência aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia, e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir maior rentabilidade social



Portanto, a decisão de não realizar a despesa diretamente deve se fazer acompanhar de demonstração de que o uso do instrumento convencional otimiza a aplicação dos recursos e sobre a capacidade do conveniente para executar o objeto ajustado. Vale dizer, não pode ocorrer simplesmente por uma decisão discricionária da autoridade responsável.

Dessa forma, entendemos que a adoção do regime de mútua cooperação pressupõe maior economicidade na realização de despesas e que os entes federativos envolvidos no ajuste devem dispor de condições mínimas para consecução do objeto. Trata-se de norma já exigida em âmbito federal por meio da §2º do art. 1º da Portaria Interministerial nº 127, de 2008, e do §2º do art. 1º da Instrução Normativa da STN nº 1, de 1997.

II.2.3.4 Definição de Termos

A fim de uniformizar a legislação infralegal, consideramos oportuna a introdução de definições para os termos usualmente utilizados na celebração de instrumentos de natureza convencional.

Dessa forma, propomos incorporar à citada lei as definições utilizadas em diversos normativos federais, como no art. 1º, §1º, do Decreto nº 6.170, de 2007; no art. 1º, §1º, da Portaria Interministerial nº 127, de 2008, e no art. 1º, §1º, da Instrução Normativa da STN nº 1, de 1997.

II.2.3.5 Possibilidade de Ajustes com Entidades Privadas

Por força do disposto na Constituição, a sociedade, juntamente com o Estado, deve responder pelos direitos sociais. Tal orientação, evidentemente, sobreleva a importância da sociedade civil organizada na questão na implementação desses direitos; todavia, entendemos que a posição do Estado é fundamental na condução dessa política, e não apenas periférica.

De fato, ao se referir ao papel da sociedade, a Carta Magna utiliza expressões como “*participação dos trabalhadores, dos empregadores*” (na Seguridade Social, previsto no art. 194), “*instituições privadas poderão participar de forma complementar*” (na Saúde, previsto no art. 199, §1º), “*colaboração da sociedade*” (na Educação, previsto no art. 205), “*colaboração da comunidade*” (na Cultura, previsto no art. 216, §1º), “*a lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia*” (na Ciência e Tecnologia, previsto no art. 218, §4º), “*admitida a participação de entidades não governamentais*” (na Assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, previsto no art. 227, §1º), deixando claro o caráter do Estado como principal responsável nessa demanda. Dessa forma, entendemos que a Constituição Federal de 1988 não tenha o ideário de transformar o Estado em subsidiário na ordem social.

Por outro lado, a Lei de Responsabilidade Fiscal²⁸ (art. 26) passou a exigir lei específica para a destinação de recursos a entidades privadas²⁹. Dessa forma, ressalvadas as áreas já previstas na Carta Política (Título VIII – Da Ordem Social) como

²⁸ Lei Complementar nº 101, de 2000.

²⁹ Art. 26 a destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais



passíveis de serem complementadas pela iniciativa privada, entendemos que as demais áreas dependem de lei específica.

De fato, tal interpretação é reforçada pela Lei nº 4.320, de 1964, que também prevê, em seu art. 16, a possibilidade de atuação de entidades privadas nas áreas sociais como saúde, educação e assistência social³⁰, com o apoio estatal.

Além disso, no caso de ajustes com entidades privadas, a necessidade de demonstração de que a despesa realizada atende aos princípios constitucionais tratados no item II.2.3.3 deste Relatório mostra-se ainda mais relevante. De fato, em não se demonstrando a otimização dos recursos e a capacidade do conveniente para executar o ajuste, não se justifica a adoção do regime.

Também por esse motivo, em regra, não se legitima a realização de obras que impliquem aumento de capital de entidades privadas. Afinal, a entidade já deve ter condições de complementar a atuação prestada pelo Estado, não podendo depender da realização de obras ou de ampliações físicas para desenvolver os serviços pretendidos.

Cabe ressaltar que, em sendo necessária a realização de investimentos com tal finalidade, mostra-se mais adequada a realização de convênios com Municípios e Estados, ampliando assim o patrimônio público para prestação dos serviços, e não o privado.

Nesse sentido, consideramos fundamental regular a atuação da entidade privada na consecução de interesses estatais nas áreas em que a Carta Política já estabeleceu tal possibilidade (Da Ordem Social), sem prejuízo de outras com previsão legal. Além disso, entendemos que essa atuação deve ocorrer de forma complementar à atuação já prestada pelo Estado e somente quando a instituição já desenvolva atividades na respectiva área.

II.2.3.6 Conteúdo do Plano de Trabalho

A fim de compatibilizar a lei em vigor com o disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 25) e também de aprimorar o texto com dispositivos infralegais previstos no âmbito federal (art. 15 da Portaria Interministerial nº 127, de 2008), propomos alguns ajustes ao conteúdo do art. 116, de forma a introduzir a necessidade de informações quanto à estimativa total dos recursos financeiros necessários para execução do ajuste, com discriminação do repasse a ser realizado pelo concedente, comprovação de existência de recursos próprios para contrapartida e informações relativas à capacidade técnica e gerencial do proponente.

Também consideramos oportuno ajustar o disposto em relação ao disposto no §2º do art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993. Segundo o citado dispositivo, uma vez assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador deve dar ciência do instrumento à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva. Entendemos que tal exigência pode ser substituída, sem perda de informação, pela obrigatoriedade de, uma vez assinado o instrumento de natureza convencional, a entidade ou o órgão repassador disponibilizar em até 30 (trinta) dias na Internet, no mínimo, as informações referentes a objeto, conveniente, valor e vigência do ajuste.

³⁰ Art. 16 Fundamentalmente e nos limites das possibilidades financeiras a concessão de subvenções sociais visará a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica.



II.2.3.7 Conteúdo dos Instrumentos Conveniais: Cláusulas Necessárias e Documentação Mínima

Tal qual ocorre com os contratos administrativos, é fundamental o estabelecimento de conteúdo mínimo nos instrumentos de natureza convenial. Nesse sentido, estamos propondo a inserção de algumas cláusulas já exigidas para pactuação com a União e constantes da Portaria Interministerial nº 127, de 2008, (art. 30) e da Instrução Normativa da STN nº 1, de 1997, (art. 7º), como itens necessários em ajustes desta espécie.

Dentre as cláusulas propostas, destacamos a necessidade de estabelecimento de: objeto e respectivos elementos característicos, em consonância com o plano de trabalho; obrigações assumidas por cada um dos partícipes; vigência do ajuste; critérios objetivos de avaliação de desempenho; a obrigatoriedade de o conveniente apresentar relatórios de execução físico-financeira; a faculdade aos partícipes para denunciar ou rescindir o ajuste, a qualquer tempo e a obrigatoriedade de restituição de eventual saldo de recursos.

Sem prejuízo do disposto em legislação específica e em leis de diretrizes orçamentárias dos concedentes, foram ainda previstas condições para celebração de instrumentos de natureza convenial, tais como: comprovação de regularidade em relação ao recolhimento de tributos; regularidade em relação ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS; atendimento ao disposto na Lei Complementar nº 101, de 2000; e documentação específica, em se tratando de pessoas jurídicas de direito privado.

Tendo em vista tratar-se de normas gerais sobre tais acordos, procuramos restringir, em relação às entidades privadas, a documentação estritamente essencial. Nesse sentido, as exigências limitam-se a documentação que garanta a existência formal da entidade, nomes dos dirigentes, inscrição no Cadastro nacional de pessoas Jurídicas, declaração de inexistência de dívidas, regularidade junto às Fazendas Públicas e comprovação de qualificação técnica.

Ressalte-se que tais disposições são semelhantes às já utilizadas nos ajustes realizados com a União, previstas na Portaria Interministerial nº 127, de 2008, (arts. 24 e 25)

II.2.3.8 Execução de Instrumentos Conveniais

Consideramos essencial trazer para a legislação permanente vedações já constantes de normas infralegais que regulam a matéria no âmbito federal. Portanto, tratam-se de restrições comuns em ajustes de cooperação que visam simplesmente inibir despesas impróprias que desvirtuam a finalidade dos ajustes em comento.

Assim, procuramos sintetizar, e generalizar, as principais restrições constantes dos arts. 6º e 39 da Portaria Interministerial nº 127, de 2008, do art. 8º da Instrução Normativa da STN nº 1, de 1997, e das leis de diretrizes orçamentárias federais, a fim de estabelecer parâmetros mínimos para utilização dessa espécie de ajuste pelos demais entes da federação.

Foram previstas vedações afetas a: despesas com taxa de administração; pagamento de agente público integrante de quadro de pessoal do órgão ou da entidade



pública concedente; pagamento de despesas afetas a clubes e associações de agentes públicos; despesas de capital que impliquem ampliação de bens imóveis de entidades privadas; alterações no objeto do ajuste; realização de despesas anteriores ou posteriores ao ajuste.

Também foram previstas restrições relacionadas a celebração ou execução de ajustes com pessoas jurídicas de direito privado: em que agente público, de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau, integre o quadro dirigente; em atraso com a apresentação de prestação de contas; que não comprove a regularidade com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS; que não comprove estar em dia quanto ao pagamento de empréstimos e financiamentos devidos ao ente concedente.

II.2.3.9 Situação das Contratações Derivadas

Aspecto controvertido diz respeito a quais disposições da Lei nº 8.666, de 1993, são aplicáveis às despesas realizadas por entidades privadas com a utilização de recursos públicos. Determina o art. 22, inciso XXVII, da Constituição que "compete privativamente à União legislar sobre: (...) normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, II".

Por sua vez, o art. 37, XXI, da Constituição prevê que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

Portanto, segundo a norma constitucional, exige-se prévia licitação para realização de qualquer despesa com recursos públicos.

Por sua vez, a natureza do recurso não sofre alteração pelo simples fato de ser transferido a uma entidade privada para aplicação. Dessa forma, entendemos que a regra da obrigatoriedade de licitação se impõe naturalmente também aos recursos repassados a tais entidades.

Cabe mencionar não se poder alegar ingerência indevida do setor público em atividades desenvolvidas pela iniciativa privada. Afinal, a entidade privada não está obrigada a firmar convênio, ou outro instrumento, com a Administração Pública; porém, ao assinar, deve ter a certeza de que está administrando recursos públicos em sentido estrito. Vale dizer, por estar utilizando dotação fixada na lei orçamentária, não pode dar aplicação diversa à prevista em lei e deve atender os princípios que informam a gestão da coisa pública e, especificamente, à Lei de Licitações.



Na verdade, o art. 116 da Lei nº 8.666/93, determina que são aplicáveis as suas disposições, “*no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração*”. Portanto, exercendo o particular a gestão da coisa pública, está obrigado, quando da aplicação de recursos de convênio firmado com órgãos ou entidades vinculados à União, por expressa determinação constitucional, a atender ao disposto na Lei de Licitações.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão 1.070/2003 – Plenário, firmou entendimento no sentido de que a Lei nº 8.666/93 é aplicável ainda que a aplicação de recursos públicos esteja sendo gerida por particular:

*“9.2 com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 45 da Lei nº 8.443/92, fixar o prazo de 30 (trinta) dias para que o Secretário da Secretaria do Tesouro Nacional/STN dê exato cumprimento à Lei, adequando o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 01/97, publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997, ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que exige lei específica na realização de licitação, no caso a Lei nº 8.666/93, quando da aplicação de recursos públicos, ainda que geridos por particular, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 45 c/c o art. 58 inciso II, da mesma Lei;”*³¹

Deve-se mencionar que posteriormente o Tribunal ajustou o entendimento. Ao prolatar o Acórdão TCU nº 353/2005 – Plenário, reformulou o entendimento firmado no Acórdão 1.070/2003, nos seguintes termos:

*“(…) 9.2. atribuir aos subitens 9.2 e 9.3 do Acórdão 1.070/2003 - Plenário a seguinte redação: “9.2. **firmar o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93;***

*9.3. (...) 9.3. **recomendar à Presidência de República, tendo em vista a competência prevista no art. 84, inciso IV, da CF/88, que proceda à regulamentação do art. 116 da Lei 8.666/93, estabelecendo, em especial, as disposições da Lei de Licitações que devem ser seguidas pelo particular partícipe de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, nas restritas hipóteses em que tenha sob sua guarda recursos públicos;**”*³²

No voto condutor do referido acórdão, o Ministro Relator fundamenta a mudança da seguinte maneira:

“Não significa dizer que o particular, ao aplicar recursos públicos provenientes de convênios celebrados com a administração federal, esteja sujeito ao regramento estabelecido na Lei 8.666/93. No entanto, sendo a licitação imposição de índole constitucional ela não representa apenas um conjunto de procedimentos como se estes fossem um fim em si mesmos. Representa fundamentalmente um meio de tutelar o interesse público maior que tem por meta garantir o cumprimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que devem estar

³¹ Ata 30/2003 – P, Sessão 06/08/2003, Aprovação 13/08/2003, Dou 18/08/2003.

³² Ata 11/2005 – Plenário, Sessão 06/04/2005, Aprovação 13/04/2005, Dou 18/04/2005.



presentes em qualquer operação que envolva recursos públicos.” (grifo nosso)

Como se percebe, não houve efetivamente o afastamento das regras da Lei de Licitações, mas sim a orientação de que as disposições aplicáveis fossem explicitadas.

Nesse sentido, merece ainda destaque trecho do Voto do Ministro Relator do Acórdão TCU nº 2.066/2006 - Plenário, em que se esclarece as disposições da Lei nº 8.666, de 1993, a que as entidades privadas que gerem recursos públicos devem se subordinar:

*“30. Na verdade, este assunto já foi objeto de estudo por este Tribunal, sendo que o Acórdão n. 353/2005 - Plenário reformou o Acórdão n. 1070/2003-Plenário, firmando entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, por força do seu art. 116. **Isto significa que a licitação e a observância às normas da Lei n. 8.666/1993 deve ser a regra utilizada para as contratações realizadas pelas entidades privadas que recebem recursos públicos mediante transferências voluntárias. No entanto, sempre que sua aplicação não for possível, as entidades devem adotar procedimentos análogos, observando, incondicionalmente, os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, economicidade e eficiência, como forma de garantir a seleção da proposta mais vantajosa sem praticar qualquer tipo de favorecimento”.**³³ (grifo nosso)*

Reforça ainda a posição do TCU o disposto no Decreto nº 5.504, de 2005. Referido normativo, em seu art. 1º, determina que os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente,

A Norma (§4º, do art. 1º do Decreto) regula ainda casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, determinando a aplicação do art. 26 da Lei nº 8.666, de 1993, e estende o disposto no Decreto às entidades qualificadas como Organizações Sociais (OS), na forma da Lei nº 9.637, de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OCISPs), na forma da Lei nº 9.790, de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria (§5º, do art. 1º do Decreto)

Corroborando a determinação do Decreto, o Tribunal de Contas da União, em decisão proferida no Acórdão TCU nº 601/2007- Primeira Câmara, assim dispôs:

“RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. ORGANIZAÇÃO SOCIAL. SUJEIÇÃO

³³ Ata 45/2006 – Plenário; Sessão 08/11/2006; Aprovação 09/11/2006; Dou 13/11/2006.



A NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA DO PODER PÚBLICO. (...)

1- As organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público.(...) ³⁴.” (grifo nosso)

No mesmo sentido, a Instrução Normativa da STN nº 1, de 1997, em seu art. 27, determina que o “*conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 2002, nos casos em que especifica.*”

Finalmente, o art. 11³⁵ do Decreto nº 6.170/2007, que “*dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências*”, estabelece que as entidades privadas, quando da contratação com terceiros utilizando recursos públicos, deverão seguir os princípios de Direito Público, bem como realizar cotação de preços de mercado.

Em regra, portanto, percebe-se a obrigatoriedade de atendimento aos princípios administrativos e de parte significativa da Lei de Licitações. Todavia, uma vez mais se percebe a ausência de uniformidade no tratamento atribuído a tais instrumentos em âmbito nacional, restringindo-se às poucas disposições existentes à esfera federal.

Dessa forma, entendemos oportuno e conveniente regular a matéria e harmonizar o entendimento em todo o território nacional.

Em face de todo o exposto, **VOTAMOS:**

- I - Em relação à adequação orçamentária e financeira, pela **COMPATIBILIDADE E ADEQUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA** dos Projetos de Lei nº 3.453, de 2008; nº 259, de 2007; nº 2.819, de 2008, nº 3.092, de 2008, e do Substitutivo da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) **desde que acolhidas as alterações introduzidas pelo Substitutivo;** e
- II - Em relação ao mérito, pela **APROVAÇÃO** dos Projetos de Lei nº 3.453, de 2008; nº 259, de 2007; nº 2.819, de 2008 e nº 3.092, de 2008, **na forma do Substitutivo.**

Sala da Comissão, em de novembro de 2010.

Deputado MÁRCIO REINALDO MOREIRA
Relator

³⁴ Ata 08/2007 - Primeira Câmara, Sessão 20/03/2007, Aprovação 21/03/2007, Dou 26/03/2007.

³⁵ Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato



PROJETO DE LEI Nº 3.453, de 2008

(Aposos: PL nº 259, de 2007, PL nº 2.819, de 2008, e nº 3.092, de 2008)

Acrescenta o Capítulo V-A à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para dispor sobre o Regime de Mútua Cooperação e dar outras providências.

Autor: Do SENADO FEDERAL

Relator: Deputado MÁRCIO REINALDO MOREIRA

SUBSTITUTIVO

Art. 1º Inclua-se o seguinte Capítulo V-A à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:.

**“Capítulo V – A
Do Regime de Mútua Cooperação**

**Seção I
Disposições Preliminares**

Art. 109-A. Para consecução de objetivos de interesse público comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, admite-se a adoção de regime de mútua cooperação formalizado por meio de instrumento jurídico de natureza convencional entre órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta.

§1º Considera-se instrumento jurídico de natureza convencional todo e qualquer ajuste, instrumento, termo ou acordo, independentemente da denominação que venha a ser conferida, em que se discipline a conjugação voluntária de esforços para a consecução de objetivos comuns.

§2º Para adoção do regime de que trata este artigo, os órgãos e as entidades da Administração Pública deverão dispor de condições para consecução do objeto do ajuste.

§3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- I – concedente, o órgão ou a entidade da Administração Pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, responsável pela transferência dos recursos financeiros ou pela descentralização dos**



- créditos orçamentários destinados à execução do objeto do ajuste;
- II – conveniente, o órgão ou a entidade da Administração Pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, bem como a entidade privada, com o qual a Administração pactua a execução de programa, projeto ou atividade, mediante a celebração de instrumento jurídico de natureza convencional;
 - III – interveniente, o órgão ou a entidade da Administração Pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, ou a entidade privada que participa do instrumento para manifestar consentimento ou assumir obrigações em nome próprio;
 - IV – executor, o partícipe responsável diretamente pela execução do objeto do convênio;
 - V - termo aditivo, o instrumento que tenha por objetivo a modificação do ajuste inicial já celebrado e que seja formalizado durante a vigência do referido ajuste, observado o disposto no inciso II do art. 109-H;
 - VI – objeto, o produto ou serviço final do instrumento, observados o programa de trabalho e as finalidades;
 - VII - meta, a parcela quantificável do objeto;
 - VIII - etapas ou fases - divisão existente na execução de uma meta; e
 - IX – padronização, o estabelecimento, pelo concedente, de critérios a serem seguidos em ajustes com o objeto semelhante, especialmente em relação a características e custo.

Art. 109-B Admite-se a utilização de instrumentos de natureza convencional também entre órgãos e entidades da Administração Pública e pessoas jurídicas de direito privado que:

- I - não tenham finalidade lucrativa e que atuem em áreas diretamente relacionadas à Ordem Social, nos termos do Título VIII da Constituição (Seguridade Social, Educação, Cultura, Desporto, Ciência e Tecnologia e Meio Ambiente); ou
- II – tenham sido expressamente autorizadas em lei específica.

Parágrafo único. A adoção do regime de que trata este artigo dar-se-á somente em complementação à atuação já prestada pelo Estado e em havendo demonstração de que a entidade privada:

- I - dispõe de condições para consecução do objeto do ajuste e de capacidade técnica e gerencial; e
- II - já desenvolve programas próprios, idênticos ou assemelhados.

Art. 109-C O objeto do ajuste deve guardar conformidade com a competência



constitucional ou a finalidade institucional do concedente e do convenente.

Parágrafo único. A adoção do regime de mútua cooperação pressupõe maior economicidade na realização de despesas e na prestação de serviços públicos de qualidade, devendo atender aos princípios previstos no art. 37 da Constituição.

Seção II
Dos Instrumentos de Natureza Convenial
Subseção I
Do Plano de Trabalho

Art. 109 - D. A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

- I - identificação e descrição 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 - estimativa total dos recursos financeiros necessários para execução do ajuste, com discriminação do repasse a ser realizado pelo concedente e a respectiva contrapartida prevista para o proponente, especificando o valor de cada parcela e do montante de todos os recursos;**
- VIII - comprovação de que os recursos próprios para complementar a execução do objeto, ou de etapa que apresente funcionalidade, estão devidamente assegurados; e**
- IX - informações relativas à capacidade técnica e gerencial do proponente para execução do objeto.**

§ 1º Assinado o instrumento de natureza convenial, a entidade ou o órgão repassador disponibilizará em até 30 (trinta) dias na Internet, no mínimo, as informações referentes a objeto, convenente, valor e vigência do ajuste.

§ 2º As parcelas do ajuste serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, exceto nos casos a seguir, em que as mesmas ficarão retidas até o saneamento das impropriedades ocorrentes:



- I - quando não tiver havido comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, **nos prazos e condições fixados;**
- II - **quando verificada irregularidade na aplicação dos recursos recebidos em procedimentos de fiscalização realizados periodicamente pela entidade ou órgão descentralizador dos recursos ou pelos competentes órgãos de controle da Administração Pública;**
- III - 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 de outras cláusulas conveniais;
- IV - quando o executor deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pelo partícipe repassador dos recursos ou por integrantes dos respectivos órgãos de controle.

§ 3º Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês.

§ 4º As receitas financeiras auferidas na forma do parágrafo anterior serão obrigatoriamente computadas a crédito do convênio e aplicadas, exclusivamente, no objeto de sua finalidade, devendo constar de demonstrativo específico que integrará as prestações de contas do ajuste.

§ 5º Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.

Subseção II

Do Processo Seletivo de Entidades Privadas

Art. 109 - E. A seleção de entidade privada para celebrar instrumento de natureza convencional com órgão ou entidade da Administração Pública será efetuada com observância dos seguintes procedimentos:



I – publicação de edital de concurso para seleção de entidade privada com a qual a Administração firmará instrumento de natureza convencional, do qual constará:

- a) especificação do objeto a ser realizado, incluindo a descrição qualitativa e quantitativa das metas a serem alcançadas, das etapas ou fases de execução e dos orçamentos detalhados;
- b) previsão de duração do ajuste e do cronograma de recursos financeiros a serem repassados pela Administração à entidade privada;
- c) exigências referentes à habilitação jurídica e técnica da entidade privada com a qual a Administração firmará instrumento de natureza convencional;
- d) local, prazo e forma para apresentação de propostas pelas entidades interessadas;
- e) especificação de critérios para julgamento das propostas e seleção de entidade a ser conveniada;

II – realização de concurso para seleção de entidade privada com a qual a Administração firmará ajuste, mediante:

- a) abertura de envelopes contendo a documentação relativa à habilitação jurídica e técnica dos candidatos, e sua apreciação;
- b) devolução dos envelopes fechados aos candidatos inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;
- c) abertura dos envelopes contendo as propostas de ajuste dos candidatos habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;
- d) verificação da conformidade de cada proposta de ajuste com os requisitos do edital, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes;
- e) classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital, que deverão levar em consideração, no mínimo, aspectos afetos a: mérito intrínseco da proposta, capacidade técnica e operacional da entidade; adequação entre os meios sugeridos, seus custos, cronogramas e resultados;
- f) deliberação da autoridade competente quanto aos recursos que porventura tenham sido interpostos;



g) deliberação da autoridade competente quanto à homologação da seleção e adjudicação do objeto do ajuste.

§1º Os critérios de avaliação, pontuação e seleção das entidades deverão guardar relação direta com a qualidade dos serviços, a capacidade de atendimento da entidade e a otimização dos recursos disponíveis, sendo portanto inadmissível a utilização de aspectos meramente relacionados a:

- I - local de domicílio da entidade ou exigência de experiência de trabalho na localidade;
- II - obrigatoriedade de consórcio ou associação com entidades sediadas na localidade.

§2º No caso de a demanda pelo serviço na área ou região não poder ser atendida por apenas uma entidade, admite-se a seleção e a adjudicação do objeto do ajuste a mais de um participante do concurso, desde que cumulativamente atendidos os seguintes requisitos:

- I – haja previsão expressa para o procedimento no edital;
- II – sejam as disposições do concurso atendidas por todos os selecionados;
- III – haja identidade ou semelhança na qualidade do serviço ofertado; e
- IV – seja guardada, em função dos serviços prestados, proporcionalidade entre os valores repassados às entidades.

§3º Quando for inviável a seleção de entidade privada mediante concurso, em virtude de comprovadamente existir apenas uma entidade capaz de realizar o objeto do convênio, esse fato, devidamente justificado, deverá ser comunicado à autoridade superior, para ratificação e publicação, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência em relação à celebração do ajuste, como condição para sua eficácia.

§4º O processo seletivo de que trata este artigo não se aplica à celebração de instrumento de natureza convencional com consórcio público ou com pessoa jurídica de direito privado que integre a administração pública indireta, ainda que de outra esfera de governo.

Subseção III

Do Conteúdo dos Instrumentos de Natureza Convencional

Art. 109 – F. Os instrumentos de natureza convencional devem estabelecer com clareza e precisão as condições para execução do ajuste.



§1º Sem prejuízo do disposto em legislação específica e em leis de diretrizes orçamentárias dos concedentes, são consideradas cláusulas necessárias em todo instrumento de natureza convenial as que estabeleçam:

- I - o objeto e respectivos elementos característicos, com a descrição objetiva e precisa do que se pretende realizar, em consonância com o plano de trabalho, que integrará o ajuste;
- II - a estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos, com os respectivos prazos de execução ou cronograma das etapas ou fases de execução;
- III - a obrigações assumidas por cada um dos partícipes, inclusive quanto à contrapartida financeira de responsabilidade do conveniente;
- IV - a vigência, que deverá ser fixada de acordo com o prazo previsto para consecução do objeto do ajuste, em função das metas estabelecidas, e as demais exigências legais aplicáveis;
- V - a previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado;
- VI - a classificação orçamentária da despesa, com o número e a data da nota de empenho ou da nota de movimentação de crédito;
- VII - a forma de liberação de recursos, conforme cronograma de desembolso constante do plano de trabalho;
- VIII - a obrigatoriedade de o conveniente apresentar relatórios de execução físico-financeira e prestar contas dos recursos recebidos, no prazo máximo de sessenta dias, contados da data do término da vigência;
- IX - a definição do direito de propriedade dos bens remanescentes na data de conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do ajuste, e que, em razão deste, tenham sido adquiridos, produzidos, transformados ou construídos, respeitado o disposto na legislação pertinente;
- X - a faculdade aos partícipes para denunciar ou rescindir o ajuste, a qualquer tempo, sem prejuízo da responsabilidade pelas obrigações decorrentes do prazo em que o ajuste esteve vigente;
- XI - a obrigatoriedade de restituição de eventual saldo de recursos ao concedente em até 30 (trinta) dias da data de conclusão, denúncia, rescisão ou extinção, com a devida atualização; e
- XII - o livre acesso aos órgãos de controle interno e externo ao qual esteja subordinado o concedente, a qualquer tempo e lugar, a todos os atos e fatos relacionados direta ou indiretamente com o instrumento pactuado, quando em missão de fiscalização ou auditoria.

§2º É exigida a manifestação prévia e expressa da assessoria jurídica e do setor técnico do órgão ou entidade da Administração Pública concedente quanto à



adequação do instrumento à legislação e demais normas afetas à matéria, nos termos do disposto no parágrafo único do art. 38 desta Lei.

Art. 109 - G Sem prejuízo do disposto em legislação específica e em leis de diretrizes orçamentárias dos concedentes, constituem condições mínimas a serem cumpridas pelos convenientes para a celebração de instrumentos de natureza convenial:

I – Por todos os convenientes:

- a) comprovação de regularidade em relação ao recolhimento de impostos, taxas, contribuições, inclusive as devidas à Seguridade Social, multas e demais encargos fiscais devidos à Fazenda Pública;
- b) comprovação de regularidade em relação ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS;
- c) comprovação de ausência de pendências ou irregularidades nas prestações de contas de recursos anteriormente recebidos;
- d) demonstração de que possui no seu quadro permanente profissionais qualificados para execução ou manutenção das ações previstas no ajuste;
- e) licença ambiental prévia, quando o convênio envolver obras, instalações ou serviços que exijam estudos ambientais, na forma disciplinada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA; e
- f) comprovação do exercício pleno dos poderes inerentes à propriedade do imóvel, mediante certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente, quando o ajuste envolver a realização obras ou benfeitorias em imóvel;

II – Por convenientes integrantes da Administração Pública:

- a) Certificado de Regularidade Previdenciária - CRP, exigido de acordo com o Decreto nº 3.788, de 11 de abril de 2001;
- b) Atendimento ao disposto na Lei Complementar nº 101, de 2000, em especial dos arts. 11, 25, 50 a 52, 54 e 55;

III – Por convenientes pessoas jurídicas de direito privado:

- a) fornecimento de cópia do estatuto ou do contrato social registrado em cartório competente e as respectivas alterações;



- b) apresentação da relação nominal atualizada dos dirigentes da entidade, com o Cadastro de Pessoas Físicas – CPF, bem como da ata de eleição da diretoria em exercício e cópia das cédulas de identidade;
- c) prova de inscrição da entidade no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ e a devida comprovação de atividade regular; e
- d) declaração do dirigente máximo da entidade acerca da inexistência de dívida com o Poder Público e de inscrição nos bancos de dados públicos ou privados de proteção ao crédito.

§1º Não se aplica aos consórcios públicos de que trata a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, a exigência de comprovação de atividade regular prevista no inciso III, alínea “c”.

§ 2º Nos instrumentos de natureza convencional celebrados entre entes da federação, ou entre estes e entidades da administração pública indireta, as condições de celebração elencadas neste artigo deverão ser cumulativamente atendidas pelo ente federativo e por todos os seus órgãos e entidades.

§3º A comprovação de que tratam as alíneas “a” e “b” do inciso I deste artigo será efetuada por meio de certidões emitidas pelos órgãos competentes.

Subseção IV

Da Execução de Instrumentos de Natureza Convencional

Art. 109-H Os ajustes de natureza convencional deverão ser executados em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, sendo vedado:

I - Utilizar os recursos transferidos para:

- a) realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar; bem como despesas de caráter administrativo não diretamente vinculadas ao objeto do ajuste;
- b) pagamento de pessoal ativo, inativo ou pensionista, a qualquer título, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 167, X, da Constituição;
- c) pagamento de agente público integrante de quadro de pessoal do órgão ou da entidade pública concedente, por serviços de consultoria ou assistência técnica;
- d) cobertura de taxas bancárias, multas, juros ou correção monetária, inclusive referentes a pagamentos ou recolhimentos fora dos prazos, exceto as afetas a multas decorrentes de atraso na transferência de recursos pelo concedente, desde que os prazos



- para pagamento e os percentuais sejam idênticos aos aplicados no mercado;
- e) realização de despesas com publicidade;
 - f) pagamento de despesas afetas a clubes e associações de agentes públicos, exceto quando relacionadas a creches e escolas para o atendimento pré-escolar;
 - g) realização de despesas de capital que impliquem ampliação de bens imóveis de entidades privadas.
- II - alterar o objeto do ajuste, exceto em caso de ampliação da execução do objeto pactuado ou para redução ou exclusão de meta, sem prejuízo da funcionalidade do objeto ajustado;
- III - utilizar, ainda que em caráter emergencial, os recursos transferidos para finalidade diversa da estabelecida no instrumento;
- IV - realizar despesa, ou por ela se obrigar, em data anterior à vigência do instrumento;
- V - efetuar pagamento em data posterior à vigência do instrumento;
- VI - utilizar instrumento de natureza convencional como meio para realização de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações que obrigatoriamente devam se subordinar ao instrumento previsto no art. 2º, parágrafo único, desta Lei;
- VII - ressalvada autorização em lei específica, celebrar ou executar instrumento de natureza convencional com pessoa jurídica de direito privado:
- a) em que Agente Político, Membro de Poder ou do Ministério Público, tanto quanto dirigente de órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau, integre o quadro dirigente;
 - b) em atraso com a apresentação de prestação de contas de recursos anteriormente recebidos, com prestação de contas rejeitada ou com duas prestações pendentes de aprovação;
 - c) que não comprove estar em dia quanto ao pagamento de empréstimos e financiamentos devidos ao ente concedente;
 - d) que não comprove a regularidade com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, na forma da lei;
 - e) em débito junto ao sistema da seguridade social, nos termos do art. 195, §3, da Constituição; e
 - f) que desenvolva atividade com finalidade lucrativa, quando o ajuste envolver transferência de recursos públicos.



§1º Nos contratos de repasse celebrados com a Administração Pública, poderão ser acolhidas, em favor do mandatário, despesas administrativas até o limite de cinco por cento (5%) do valor do objeto, desde que expressamente autorizadas e demonstradas no respectivo instrumento e no plano de trabalho.

§2º Considera-se contrato de repasse o instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público que atua como mandatário do ente federado.

§3º Em caráter excepcional e devidamente justificado, fica ressalvado do disposto no inciso V do deste artigo situações em que o fato gerador da despesa tenha ocorrido durante a vigência do instrumento pactuado, desde que a autoridade competente junto ao órgão ou entidade concedente autorize expressamente o referido pagamento.

§4º Para fins de aplicação da alínea "a" do inciso VII deste artigo, entende-se como dirigente aquele que detém vínculo funcional com a entidade privada e que exerce poder decisório na administração, tais como conselheiros, presidentes, diretores, superintendentes e gerentes.

Seção III

Das Contratações Derivadas de Instrumentos de Natureza Convenial

Art. 109 - I Submetem-se ao disposto nesta Lei e, em especial, às normas gerais de licitação e aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, economicidade e eficiência todas as despesas realizadas com recursos públicos transferidos por entes da federação ou por entidades da Administração Pública.

Seção IV

Das Disposições Gerais

Art. 109-J Legislação específica e leis de diretrizes orçamentárias dos concedentes poderão prever outras cláusulas e condições para celebração e execução dos ajustes de que trata este Capítulo.

Art. 109-L Sem a devida manifestação dos órgãos competentes pela existência ou não de irregularidade, fica vedado o arquivamento de processos relativos a instrumentos de natureza convenial que tratem de transferência de recursos públicos.



Art. 109-M Aplicam-se as demais disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Parágrafo único. Sem prejuízo do previsto em legislação específica, as disposições desta Lei aplicam-se a termos de parceria e contratos de gestão.”

Art. 2º. Revoga-se o disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando aos convênios, acordos, ajustes, termos de parceria ou instrumentos congêneres celebrados anteriormente à sua vigência.

Sala da Comissão, em de novembro de 2010.

Deputado MÁRCIO REINALDO MOREIRA
Relator