

SOLUÇÃO DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS EXISTENTE ENTRE O REGIME JURÍDICO DOS ACORDOS COLABORATIVOS TRAZIDO PELA LEI Nº 13.019/2014 E O DOS CONVÊNIOS PREVISTO NO ART. 116 DA LEI Nº 8.666/1993

João Eduardo Lopes Queiroz¹

Assessor Jurídico – UNESP
Mestre em Soluções de Controvérsias Empresariais – EPD
Professor de Direito Administrativo e Constitucional – CESC
Coordenador do Curso de Direito – CESC

Edson César dos Santos Cabral²

Assessor Chefe da Assessoria Jurídica – UNESP
Especialista em Direito do Trabalho – PUC-Campinas
Mestrando em Soluções de Controvérsias Empresariais – EPD

RESUMO

O presente estudo avalia as modificações trazidas pela Lei n. 13.019/2014 em relação aos instrumentos de parcerias, demonstrando que o seu âmbito de incidência se circunda às Organizações da Sociedade Civil na forma que por ela foi definida. Propõe ainda a conciliação entre suas normas e a do art. 116 da Lei n. 8.666/1993, especificando as hipóteses de utilização dos Termos de Colaboração, Termos de Fomento ou Acordos de Cooperação, e a possibilidade de se pactuar Convênios fora das relações em que se encontrar em um dos polos uma Organização da Sociedade Civil. Ao final, ainda, avalia a necessidade de concorrência pública para seleção dos pactuantes dos instrumentos de parceria, bem como as possibilidades de pactuação direta.

PALAVRAS-CHAVE: parcerias, organizações da sociedade civil, convênios, acordos de cooperação, termo de colaboração, termo de fomento, chamamento público.

1 NECESSIDADE DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA DAR EFETIVIDADE AOS AJUSTES DECORRENTES DE PARCERIAS ENTRE A INICIATIVA PRIVADA E O SETOR PÚBLICO

A Lei das Parcerias Voluntárias, disciplinada pela Lei n. 13.019/2014, surgiu como um novo motor propulsor para o avanço das relações de parcerias entre as Organizações da Sociedade Civil e o Poder Público, revigorando o instituto dos

1 Contato: jel.queiroz@unesp.br.

2 Contato: edson.cabral@unesp.br.

estímulos positivos às entidades sociais que colaborem com o Estado nas suas atividades e na promoção de serviços públicos ou de utilidade pública.

Estas entidades, em virtude dos escândalos de corrupção no início dos anos de 1990 – mormente o caso da “Legião Brasileira de Assistência e dos Anões do Orçamento”, divulgados fortemente à época, na Imprensa³ – mereciam ter uma lei que disciplinasse o regime jurídico dos estímulos positivos⁴ a elas concedidas para

3 Destacam-se nesse sentido, dois fatos divulgados pela imprensa entre os anos de 1989 a 1993. O primeiro, ocorrido entre os anos de 1990 e 1991, refere-se aos desvios e malversação de recursos implementada pela Legião Brasileira de Assistência (LBA), presidida na época pela então primeira-dama Rosane Collor, atual ex-esposa do ex-presidente da república, Fernando Collor de Mello. A ex-primeira dama, juntamente com a prima do ex-presidente, promoveram desvios e superfaturamento em licitações, tendo a presidente da LBA sido acusada de má administração intencional do dinheiro público e favorecimento ilícito de seus familiares. Alguns fatos chamaram atenção: a) a remessa de recursos através da LBA para uma Fundação fantasma, que tinha como endereço a casa da mãe de Rosane Collor. Tal fato foi considerado a gota d'água; b) Rosane Collor foi também acusada de receber cheques das empresas que foram beneficiadas pelas licitações da LBA – do esquema de Paulo César Farias (esquema de corrupção de tráfico de influências orquestrado pelo tesoureiro de campanha e amigo do ex-presidente Collor); c) compra fraudulenta e superfaturada de 1,6 quilos de leite em pó na Legião Brasileira de Assistência; d) em 1993 instaurou-se a CPI da “Fome” que, como resultado, gerou a imposição, pelo Tribunal de Contas da União, de uma multa de R\$ 1,8 milhão à Rosane Collor, após diversas auditorias que identificaram irregularidades e superfaturamento em compras de alimentos, tendo sido a ex-primeira dama declarada “omissa em ato antieconômico” durante o tempo que presidiu a LBA. Como resultado, calcula-se que o tenham sido desviados US\$ 16 milhões pelo grupo criminoso. Entretanto, somente em 2004 o Tribunal de Contas da União divulgou uma relação com o nome de mais de dois mil brasileiros inelegíveis para as próximas eleições municipais figurando, entre esses, o nome de Rosane Collor. Também em 1993 também foi instaurada a CPI dos “Anões do Orçamento”, que investigara 37 parlamentares por suposto envolvimento em esquemas de fraudes na Comissão de Orçamento do Congresso Nacional. O relatório final concluiu pelo pedido de cassação de 18 deles. Restou apurado à época, que os envolvidos desviaram mais de US\$ 100 milhões. O deputado João Alves era o responsável pela articulação do esquema, que conhecia desde 1972, quando ainda no período militar passou a integrar a Comissão de Orçamento do Congresso Nacional, onde colaborava com o Executivo na imposição de restrições a parlamentares de realizar modificações na Lei Orçamentária Anual e suas Diretrizes. Exigia, entretanto, como contrapartida à inclusão e aprovação de emendas parlamentares entre os gastos oficiais, cujas verbas eram direcionadas para os redutos eleitorais dos participantes de seu esquema. As fontes de recursos eram três: a) propinas pagas pelos prefeitos para incluir uma obra no Orçamento ou a liberação de uma verba já prevista, tarefas que eram realizadas pela Seval, uma empresa criada pelo deputado João Alves, que cobrava uma “taxa” para fazer o serviço; b) cobrança de propinas de empreiteiras para que fossem incluídas obras no Orçamento da União ou que os Ministérios liberassem recursos para obras que elas executariam; c) aprovação de subvenções sociais dos Ministérios para entidades “fantasmas” registradas no Conselho Nacional do Serviço Social e controladas pelos próprios parlamentares. Como resultado, de 1989 a 1992, o número de emendas parlamentares cresceu quase 3.000%. Em 1989, foram 2.604 emendas; em 1990, 13 mil; em 1991, 15.638; e em 1992, 76 mil. (Fonte: Museu da Corrupção. Para outras informações sobre o caso, vide o site Museu da Corrupção <www.muco.com.br>).

4 Para estudo detalhado sobre os “estímulos positivos”, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Estímulos Positivos**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos Santos. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas. 2011. Ou ainda: QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos Santos. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

que, além de imposição de requisitos para seu enquadramento, pudesse tornar mais legítima a sua atuação colaborativa com o Estado.

Pode-se afirmar que, além dessas ocorrências, as CPI's das Organizações não Governamentais, em 2001, no Governo de Fernando Henrique Cardoso e, em 2007, outra nova CPI das ONG's e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, no Governo de Lula, contribuíram para manchar a imagem dessas Instituições perante a população, atribuindo, inclusive, um grau de pejoração por parte da sociedade brasileira em relação ao fomento concedido às ONG's. A primeira, em 2001, teve como escopo principal a investigação de eventuais atividades ilícitas desenvolvidas por entidades estrangeiras no âmbito da Amazônia Legal. Já a segunda, em 2007, averiguou a regularidade de repasses a diversas ONG's e OSCIP's que não possuíam legitimidade para receberem recursos. A principal conclusão que se extraiu desses dois casos é que, a terceirização de programas do governo entregues às mãos de tais entidades apresenta um enorme problema de controle sobre recursos públicos e que, devido a isto, as fraudes ocorrem e a eficácia na aplicação dos aportes estatais acaba sempre sendo contestada pela sociedade.

Com efeito, é necessário afirmar que o Poder Executivo, nos dois governos passados (Lula-Cardoso), possuía uma percepção de que as Organizações da Sociedade Civil obtinham a possibilidade de colaborar com o Estado na promoção de serviços públicos. Entretanto, as críticas eram de que se estaria diante de uma forma de Privatização, em sentido amplo, do Estado, e a restrição por parte do ex-presidente Lula aparecia naquele momento.

Sem embargo, no Governo Lula se admitiu, sem muitos alardes, a existência de Parcerias Voluntárias através de normas infralegais, como se deu no caso da Portaria do Ministério da Saúde n. 374, de 28 de fevereiro de 2008. Esta norma instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o "Programa Nacional de Fomento à Produção e Inovação no Complexo Industrial da Saúde", que teve por mote a celebração de parcerias com o setor privado para "promover a articulação entre os produtores públicos e a indústria privada com vistas à realização de ações complementares e sinérgicas em benefício do mercado público de saúde", nos termos do art. 4º, inciso VII, do referido documento. Em estudo sobre a Portaria em comento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia concluíram ser essa espécie de parceria similar à que foi introduzida pela Lei n. 13.019/2014. Os autores consideraram que

Esta espécie de parceria em análise se encontra inserida como instrumento de valia no âmbito da função administrativa de fomento que, ao contrário das demais, não é uma atividade tipificada nem, tampouco, imposta à sociedade ou ao mercado, pois sempre dependerá do consenso, e não da compulsão; daí o art. 174 da Constituição prever que os incentivos econômicos do Estado são determinantes para o setor público e indicativos para o setor privado.

Neste auspicioso campo do fomento, o Estado não obriga a quem quer que seja – indivíduo, associação ou empresa – a valer-se dos instrumentos jurídicos de incentivo postos à disposição dos administrados, mas apenas os convoca a colaborar em uma relação consensual com o mesmo objetivo. No caso, o mecanismo eleito para levar adiante a Política Pública da transferência tecnológica consistiu na celebração de parcerias, inicialmente, entre o Ministério da Saúde e os laboratórios públicos – que, de sua parte, se comprometiam a firmar parcerias com as empresas privadas dispostas a desenvolver sinergias programadas de recíproco interesse.

Como seria de se esperar, nem todas as empresas do ramo se interessam em aderir a essas parcerias, o que é natural, já que, como dito, o fomento não é imposto.

Essa cooperação entre os setores, público e privado, se apresenta perfeitamente sintonizada com a diretriz que visa a uma Administração por resultados, que deve ser pautada não só pelo devido planejamento inicial, mas, notadamente, pelo efetivo alcance do legítimo resultado final dessas ações. Assim, tais políticas indutivas, que são orientadas para estimular a participação dos administrados, conferem uma base institucional à legalidade finalística positivada, o que, afinal, creditará à atuação administrativa em tese, plena legitimidade.⁵

Já no Governo Dilma, tais entidades acabaram ganhando força. Alterou-se o ponto de vista, ocasião em que se estabeleceu um diálogo entre as Organizações e o Estado que, conjuntamente, tiveram participação efetiva na elaboração de Políticas Públicas.

José Eduardo Sabo Paes e Hadassah Laís de Sousa Santana, dentro desse contexto relatado, reconhecem que:

Afirma-se que hoje se vive em uma relação de aprofundamento das relações entre o mercado, o Estado e a própria Sociedade Civil. Tendo os dois primeiros perdido relevo e o terceiro tendo um maior protagonismo nesta relação tripartite, ocupando cada vez mais espaço na denominada esfera pública.

Ao procurar apresentar o conceito de Terceiro Setor faz-se remissão às organizações que o integram, sua natureza e seus campos de atuação. Conceitua-lhe como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à Sociedade Civil visando ao seu aperfeiçoamento.⁶

Com base nesse ideário é que foi aprovada, em 31 de julho de 2014, a Lei das Parcerias Voluntárias, com a flagrante preocupação de ordenar as formas de estímulos positivos às entidades que vierem a aderir ao novo projeto por meio da contratualização de resultados através da parcerização credenciada, o que possi-

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. **A política pública do complexo industrial de saúde.** In: REGINA, Sérgio de (Coordenador). *Parcerias Público-Privadas de Medicamentos.* Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 27.

6 PAES, José Eduardo Sabo; SANTANA, Hadassah Laís de Sousa. **O Terceiro Setor como elemento estratégico da Sociedade Civil em um Estado Social Pós-Moderno.** In: Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, V. 1, n. 1, Jul.-Dez. de 2014; p. 183. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/5552>. Acesso em 06.06.2019.

bilitará segurança jurídica, transparência, participação social e democratização do acesso nas relações entre o Terceiro Setor e o Estado.

Esse movimento se deu a partir da necessidade de se atribuir um novo espaço institucional para o Terceiro Setor, pois, embora tenham sido instituídos pela Constituição Federal de 1988 diversos instrumentos inovadores voltados para o exercício da democracia direta (como, por exemplo, a iniciativa popular de projetos de lei), há de se reconhecer que o nosso Texto Constitucional foi tímido na definição de um espaço próprio a ser ocupado por organizações da sociedade civil no campo das relações colaborativas que podem ser mantidas com o Estado. Talvez, no momento em que foi produzido o texto da nossa atual Carta Constitucional, a sociedade, nas suas definições sociais e políticas, não se apresentasse de forma a impor um retrato institucional diferente.

Este quadro, porém, foi bastante alterado na última década. O exercício da democracia, o desenvolvimento da cidadania, a percepção das deficiências estruturais do nosso aparelho de Estado e a assimilação de experiências desenvolvidas em outros países colocaram como ordem-do-dia o questionamento acerca de qual deveria ser o papel da sociedade civil organizada na solução de problemas que afetam diretamente a vida dos brasileiros. A necessidade de serem concebidas organizações ou espaços “públicos não-estatais” que pudessem propiciar, de modo transparente e eficiente, a prestação de serviços sociais relevantes para toda a coletividade passou, assim, a ser uma questão a mobilizar pensamentos e induzir ações de expressivos setores da nossa sociedade.

Estas novas formas de ação exigiam a definição de um novo espaço institucional para o Terceiro Setor, infelizmente não definido na fotografia captada pelo nosso texto constitucional vigente, e que agora, através de norma infraconstitucional, procurará o seu assento.

Importante afirmar, que o Terceiro Setor decorre do princípio da subsidiariedade, que encontra a sua melhor acepção nos estudos desenvolvidos pela Doutrina Social da Igreja Católica, que na Encíclica de Pio XI, no *Quadragesimo Anno*, em 1931, no seu n. 79, que assim dispunha:

Verdade é, e a história o demonstra abundantemente que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece, contudo, imutável aquele sole-ne princípio da filosofia social: Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e capacidade para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é subsidiar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los.⁷

7 VALENTINI, Vando. **O que é Subsidiariedade**. In: *Pessoa & Sociedade*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Núcleo Fé e Cultura). Disponível em: <http://www.pucsp.br/fecultura/textos/pessoa_sociedade/24_subsiariedade.html>. Acesso em 7.7.2018.

Oriundo do latim *subsidium*, subsidiariedade significa, estímulo, incentivo, encorajamento. Isso quer dizer que, em conformidade com aquela noção, é dever da comunidade maior apoiar e estimular a comunidade menor⁸. Não se deve, portanto, confundir a subsidiariedade com supletividade, uma vez que esta ocorre quando há omissão de entes ou indivíduos na realização de algumas tarefas e, neste caso, se dá a interferência não estimulativa, mais sim supletiva.

De outro lado, José Roberto Dromi não sente a necessidade de separar a subsidiariedade da supletividade, tratando-os de forma unívoca. No seu sentir, a subsidiariedade é um princípio jurídico,

fundado na eficácia ou o maior rendimento, mas sim uma garantia e tutela dos direitos essenciais da pessoa humana. E implica uma divisão de competências e uma cooperação das diversas esferas de ação social e individual.⁹

Desta forma, o Estado somente deveria intervir suprindo as necessidades das entidades intermédias¹⁰, localizadas entre ele mesmo e o indivíduo. Esses modos de ação podem ser: fomentar, estimular, coordenar, suprir, completar e integrar a iniciativa particular e grupal, nos âmbitos social, econômico, laboral, profissional etc.¹¹

Pelo princípio da subsidiariedade é que surge o Direito Administrativo Mínimo, onde o Estado só teria de se preocupar com os serviços essencialmente públicos e indelegáveis – como segurança e justiça, por exemplo –, cabendo ao Estado apenas a promoção, estimulação, criação de condições para que sejam resguardados princípios constitucionais econômicos e os direitos fundamentais tanto das pessoas físicas quanto das jurídicas.

8 QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário Após o Tratado da União Europeia**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 14.

9 DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 9. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 41.

10 Diogo Figueiredo Moreira Neto, explica que "*as entidades intermédias*", perdendo algumas de suas características históricas herdadas da antiga teoria dos corpos intermédios, tal como a via Montesquieu, dependem da existência de uma concepção pluralista da sociedade. Nem por outra razão, foram identificadas por Tocqueville nos Estados Unidos da América como fundamentais ao regime liberal. Isso explica porque só recentemente, com a expansão contemporânea dos interesses metaindividuais, elas voltaram a encontrar campo fértil para sua multiplicação. A expressão abrange tanto as entidades intermédias criadas pela sociedade para cuidar de problemas derivados da existência desses novos interesses coletivos e difusos, quanto às criadas pelo Estado para atuar, por delegação, mais proximamente das comunidades diretamente interessadas. Assim é que essas entidades intermédias, com a denominação que lhes empresta a doutrina juspublicista contemporânea, tanto nascerão na própria esfera do Estado como se apresentarão como *entes privados delegatários de cometimentos públicos*. (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Organizações sociais de colaboração (descentralização social e administração pública não estatal**. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, out./dez. de 1997. Rio de Janeiro: Renovar).

11 DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**, 9. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, p. 41.

Para Fausto de Quadros,

a subsidiariedade recusa, portanto, o monopólio da Administração na prossecução do interesse público e leva à concretização do princípio da participação, que consiste numa manifestação da ideia de Democracia. Concebido desta forma, o princípio da subsidiariedade tem, à partida, aplicação tanto nos Estados unitários, como nos Estados regionais, como nos Estados federais.¹²

Reforçando essa ideia, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Paulo Rabello de Castro constataam que o princípio da subsidiariedade:

parte do indivíduo, considerando-o origem e fundamento do poder e da organização social, para reconhecer como legítimas todas as expressões de poder coletivas e as organizações quer sociais quer políticas delas decorrentes, das mais simples e restritas às mais complexas e extensas, desde que todas elas respeitem, sucessivamente, a maior, a autonomia da menor e atue apenas, a maior, quando a menor não possa atingir algum objetivo além de sua capacidade.¹³

Por este princípio, surge o que a doutrina moderna tem chamado de “estímulos positivos”. Os “estímulos positivos”, “atividade administrativa de estimulação”, ou também chamada de “teoria positiva da regulamentação”, são em síntese, ações do Poder Público voltadas à proteção, orientação, incentivo, estimulação dirigidos a promover o desenvolvimento de determinada atividade de utilidade pública, mas que está sendo exercida pela iniciativa privada, ou mesmo por outro parceiro público.

Essa é orientação para toda a Administração Pública na contemporaneidade, como asseverou Caio Tácito, há uma tendência:

(...) ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa. O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho de prestações administrativas.¹⁴

É dentro dessa perspectiva que sugiram os instrumentos jurídicos de pactuação dessa colaboração entre Estado-Sociedade no cumprimento dos objetivos da sua própria existência.

12 QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário Após o Tratado da União Europeia**. Coimbra: Livraria Almedina. 1995, p. 18.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e CASTRO, Paulo Rabello de. **O Futuro do Estado: do Pluralismo à Desmonopolização do Poder**. In: *O Estado do Futuro* (Coordenador Ives Gandra Martins). São Paulo: Pioneira, 1998; pp. 56-57 .

14 TÁCITO, Caio. **Direito administrativo de amanhã**. In: *O Estado do Futuro* (Coordenador Ives Gandra Martins). São Paulo: Ed. Pioneira, 1998, p. 140.

Esses acordos administrativos – Convênios, Acordos de Cooperação, Termos de Colaboração e Termos de Fomento –, cumprem sua função instrumental na acepção difundida por Ruy Cirne Lima, sendo as principais atribuir forma aos atos jurídicos, para os quais a forma instrumental é exigida e darem fé como prova pré-constituída da existência de atos jurídicos, neles exarados.¹⁵

O que tem sido questionado e até mal interpretado pela doutrina é qual o espaço que restou para se instrumentalizar pactos através da figura do Convênio.

Como demonstraremos, houve algumas interpretações reducionistas, outras questionando a constitucionalidade desse reducionismo, mas ainda não encontramos na doutrina uma interpretação sistematizadora, a qual propomos fazê-la.

2 HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO DE CONVÊNIOS DA LEI N. 8.666/1993 APÓS A VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL N. 13.019/2014

Convênio, segundo Marcos Juruena Villela Souto, é o “ato multilateral de parceria entre o Poder Público e outras entidades públicas ou privadas com interesses afins”¹⁶, entendo não ser o convênio uma espécie de contrato, pois não haveria interesses contrapostos, mais sim convergentes¹⁷.

Ada Pellegrini Grinover¹⁸, por sua vez, situa o Convênio como instrumento adequado para formalizar a prestação de serviços, mas adverte que “a nota marcante no convênio é a coexistência de interesses paralelos ou convergentes, enquanto característica do contrato são os interesses opostos e divergentes”. Essa autora reafirma a sua posição, constatando que “o convênio é ato-união que pressupõe interesses comuns e coincidentes dos partícipes, sendo, assim, modalidade de prestação de serviços”.

Fernando Borges Mânica pontua que

A expressão congloba tanto a relação de parceria entre duas entidades estatais, entre dois entes privados ou mesmo entre uma entidade estatal e um ente privado. Daí a denominação de “convênios públicos” para o

15 Ruy Cirne Lima, identificou como funções dos instrumentos as de “a) darem forma aos atos jurídicos, para os quais a forma instrumental houver sido exclusivamente decretada; b) darem forma aos atos jurídicos, a que, por arbítrio das partes se tiver dado a forma instrumental; c) darem fé como prova preconstituída da existência de atos jurídicos, neles exarados” (LIMA, Ruy Cirne. **Instrumento público: conceito e características**. In: *Revista de Direito Público*, n. 22, São Paulo, out./dez., 1988, p. 107).

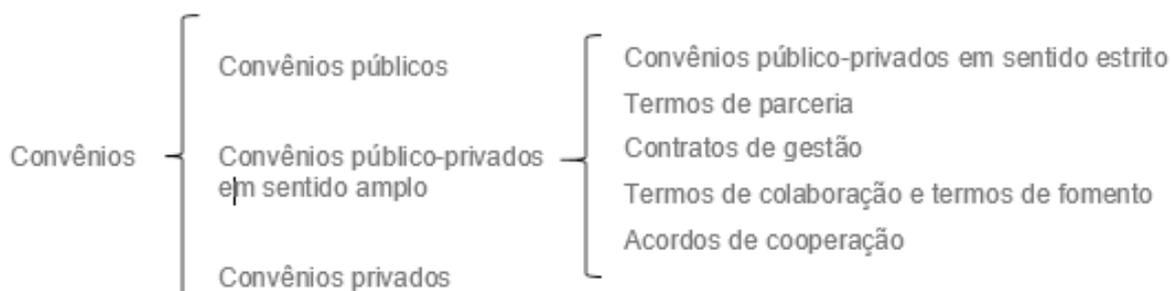
16 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**, 4. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris. 2001; p. 536.

17 SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**, 4. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris. 2001; p. 536.

18 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Convênio. Ato-União que Pressupõe Interesses Comuns dos Partícipes**. In: *Estudos de Direito Público (Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo)*, n. 6. jul./dez., 1984, p. 19-23.

primeiro caso, de “convênios privados” para o segundo e de “convênios público-privados” para o terceiro caso¹⁹.

Em seguida, propõe classificação onde o coloca como gênero, do qual os outros ajustes nominados no direito brasileiro seriam suas espécies²⁰:



No Brasil não existe uma Lei que institua normas gerais aplicáveis aos Convênios, como entende necessário o art. 241 da Constituição Federal. Dessa forma, caberá a cada ente federativo disciplinar o *modus operandi* dos Convênios em sua localidade, já que, quando o art. 241 prescreve que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão, por meio de lei (...)”, conclui-se que a competência é concorrente.

Entretanto, o requisito básico a ser observado nessa elaboração legislativa é o parco tratamento destinado aos Convênios pela Lei n. 8.666/1993. Apesar de não estabelecer o regime jurídico dos Convênios de forma a minimizar as questões polêmicas geradas em torno de sua aplicação, a referida lei disciplinou alguns requisitos para pelo menos superar os dilemas da sua utilização anteriormente a ela.

Mas qual o panorama existente no Brasil antes da Lei n. 8.666/1993 em termos de convênio?

Era muito comum a Administração celebrar aqueles convênios “guarda-chuva”, ou seja, dentro de um escopo absolutamente subjetivo, a Administração associava-se a alguma entidade, pública ou privada, e ia celebrando termos aditivos

19 MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>. Acessado em 02.07.2019.

20 MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>. Acessado em 02.07.2019.

e fechando esse convênio, em determinados momentos que lhe pareciam favoráveis. Só que, com isso, muitas vezes, dotações orçamentárias eram comprometidas e pessoas preteridas, enfim, equipamentos, uso, todo o patrimônio público era colocado à disposição de um convênio que beneficiava alguns poucos. Muitas vezes existiam entes públicos que ficavam tão comprometidos com os convênios que isso os impedia de realizar os serviços públicos básicos, tamanho o dispêndio que se dava em torno desses ajustes.

Os entes conveniados têm objetivos institucionais comuns e se reúnem por meio de convênio. Por exemplo, uma universidade pública, cujo objetivo é o ensino, a pesquisa e a prestação de serviços à comunidade, celebra convênio com outras entidades públicas ou privadas para realizar uma pesquisa científica ou um projeto de interesse de ambas, ou mesmo para prestar serviços de competência comum, a terceiros. É o que ocorre com os convênios celebrados entre Estados e entidades particulares, tendo por objeto a prestação de serviços de saúde ou educação.

Adotando, portanto, esse entendimento, o de que a Lei n. 8.666/1993 disciplina em parte a elaboração dos convênios, pode-se concluir que o legislador inseriu a sua disciplina no art. 116 da precitada norma. Esse preceito, que determina a aplicação das normas da lei aos convênios “no que couber”, estaria apenas sendo eloquente para determinar a sua aplicação aos convênios. Essa seria uma visão legalista, e que não partiria de uma interpretação sistemática, o que desde já rechaçamos, mas admitimos que, na prática, “no que couber” significa: desde que os requisitos do art. 116 sejam observados.

O mencionado artigo impõe a aplicação residual (no que couber) da Lei n. 8.666/1993 aos Convênios, Acordos, Ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Estabelece como elemento principal para a celebração desses pactos a prévia aprovação de plano de trabalho proposto pela organização interessada (art. 116, § 1º), instrumento este que deverá ser instruído com no mínimo os seguintes requisitos: 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.

Outras imposições do art. 116 são as seguintes:

a) Assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva (§ 2º).

b) As parcelas do convênio serão liberadas em estrita conformidade com o plano de aplicação aprovado, a não ser que não se comprove a destinação idônea da parcela anteriormente recebida; ou se for verificado o 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; ou, ainda, quando não houver o saneamento solicitado pelos órgãos de fiscalização (§ 3º).

c) Concluído ou paralisado o Convênio, os saldos financeiros remanescentes serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável (§ 6º).

Em relação às transferências de recursos da União mediante Convênios, o Decreto n. 6.170/2007 disciplinou o seu regime jurídico. Ele regulamenta, principalmente, o art. 116 da Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações).

Estas entidades privadas sem fins lucrativos devem se cadastrar no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse – SICONV, e aguardar o chamamento público realizado pelo órgão ou entidade concedente para que possam celebrar os Convênios.

No seu art. 2º, o Decreto veda a celebração de convênios e contratos de repasse quando:

a) com valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou, no caso de execução de obras e serviços de engenharia, quando for inferior a R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Sendo permitido para o alcance desses limites o consórcio entre os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios; e a celebração de convênios ou contratos de repasse com objeto que englobe vários programas e ações federais a serem executados de forma descentralizada, devendo o objeto conter a descrição pormenorizada e objetiva de todas as atividades a serem realizadas com os recursos federais;

b) com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigente agente político de Poder ou do Ministério Público, 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;

c) entre órgãos e entidades da administração pública federal;

d) com entidades privadas sem fins lucrativos que não comprovem ter desenvolvido, durante os últimos três anos, atividades referentes à matéria objeto do

convênio ou contrato de repasse, ou ainda, que tenham, em suas relações anteriores com a União, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas: omissão no dever de prestar contas; descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria; desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos; ocorrência de dano ao Erário; ou prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria.

Em regra, a Caixa Econômica Federal ou Banco do Brasil é que realizam o repasse e fiscalizam a execução dos Convênios da União²¹.

Do ponto de vista jurídico, importante afirmar que a utilização da nomenclatura “Convênio” sofreu modificações com o advento da Lei n. 13.204/2015 reformou a Lei n. 13.019/2014.

Através dela, em uma primeira leitura, houve imposição de limites à opção de se pactuar instrumentos sob o formato jurídico de Convênio baseado no art. 116 da Lei Federal n. 8.666/1993.

Essa primeira leitura, realizada por parte da doutrina, considerou o seguinte contexto.

A Lei n. 13.204/2015 ao alterar o art. 84 da Lei n. 13.019/2014 e acrescentar o art. 84-A, atribuiu tratamento específico para os ajustes pactuados atualmente entre Instituições Públicas e Privadas, submetendo-os à Lei n. 13.019/2014 e suas alterações procedidas.

Em relação aos Convênios, houve a vinculação de que esses instrumentos sejam avençados apenas entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas, e entre entidades filantrópicas sem fins lucrativos que atuem na área da saúde, podendo apenas nesses casos esses ajustes observarem o regime jurídico previsto no art. 116 da Lei n. 8.666/1993.

A leitura do referido art. 84 é a seguinte:

Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:

I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.

Para reforçar essa imposição, em seguida o art. 84-A, também inserido pela Lei n. 13.204/2015, trouxe restrição que pareceu, em um primeira análise, universal, à celebração de convênios, prescrevendo que *“a partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84”*.

21 “Art. 10. As transferências financeiras para órgãos públicos e entidades públicas e privadas, decorrentes da celebração de convênios e contratos de repasse, serão feitas exclusivamente por intermédio de instituição financeira controlada pela União, que poderá atuar como mandatária desta para execução e fiscalização.”

Sem embargo, adotando-se o princípio da legalidade, e interpretando essa norma de forma eminentemente literal, o que já se adianta não ser a melhor forma de interpretação do direito, atualmente em nosso sistema jurídico-administrativo, para haver celebração de convênios ditos públicos, dever-se-á estar diante de relações entre os entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas, ou ainda, diante de ajustes com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, na área da saúde complementar, com fundamento no artigo 199, §1º, da Constituição.

Portanto, sob este prisma, somente poder-se-ia avançar Convênios Públicos nas seguintes hipóteses:

- a) Convênios entre os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios);
- b) Convênios entre os entes federados e pessoas jurídicas pertencentes à Administração Indireta (Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista);
- c) Convênios entre os próprios entes da Administração Indireta;
- d) Convênios entre os entes da Administração Direta ou Indireta e as Pessoas Jurídicas a elas vinculadas.

Convênios com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, na área da saúde complementar.

Nesse sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com relação aos convênios, não mais se aplica a norma do artigo 116 da Lei n. 8.666/1993, salvo em duas hipóteses:

I – quando celebrados entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;

II – quando decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do artigo 3º (os firmados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, na área da saúde, com fundamento no artigo 199, §1º, da Constituição). Na realidade, a figura do convênio ficou reduzida às duas hipóteses referidas nesse dispositivo. Todos os demais ajustes têm que obedecer às normas da Lei 13.019/14, consoante decorre do art. 84, caput e parágrafo único. A conclusão é reforçada pela norma do artigo 84-A, pelo qual, “a partir da vigência desta lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84”. As parcerias celebradas com entidades privadas que se enquadrem no conceito de organização da sociedade civil terão que ser formalizadas por meio do termo de colaboração, termo de fomento ou acordo de cooperação, firmados com observância das normas da Lei n. 13.019/14.²²

Robertônio Santos Pessoa também adota essa concepção:

Acolhendo uma diretriz há muito recomendada pela comunidade jurídica, a Lei n. 13.019/14 limitou o uso do “convênio” como instrumento de parceria com as OSC, restringindo o emprego deste instrumento aos ajustes entre

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 30. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017; p. 659. Também: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019; p. 374.

entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas, ou aos casos de participação de OSC em serviços de saúde de forma complementar ao SUS, nos termos do artigo 199, §1º, da Constituição Federal (art. 84). Retornou-se, assim, a leito originário dos convênios, que doravante devem ser utilizados apenas nos acordos entre entes federativos e administrativos, ressalvada a exceção constitucionalmente aberta para as parcerias com o SUS.

A despeito dos seus inegáveis avanços para as parcerias sociais com o terceiro setor, a Lei n. 13.019/2014 não logrou, como parecia ser seu escopo, conferir a devida sistematização e organicidade à regulação da matéria, conforme expectativa dos operadores deste setor, gestores públicos e dirigentes de OSC. Temos um quadro normativo onde parcerias sociais poderão ser celebradas com as Organizações Sociais por meio de contrato de gestão, com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público por meio de termo de parceria, e com outras Organizações da Sociedade Civil mediante termo de fomento, termo de colaboração ou acordo de colaboração, tudo isso regulado por leis distintas. Isso sem falar das parcerias com o SUS, que ainda podem empregar os convênios. Assim, observa-se que a Lei n. 13.019/14, a despeito de sua amplitude, apresenta-se muito mais como mais uma lei reguladora de parcerias específicas, do que como uma lei geral com status de marco regulatório sobre o tema.²³

Rafael Carvalho Rezende Oliveira também conclui que o termo “convênio” deve ser aplicado apenas aos seguintes ajustes: “a) entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas e b) celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos no âmbito do Sistema Único de Saúde.”²⁴

Fernando Borges Mânica também aderiu a esse posicionamento:

Atualmente, os convênios possuem âmbito de incidência bastante restrito, por força da Lei 13.019/2014. Tal lei limitou a celebração de convênios às parcerias celebradas no setor de saúde, determinando que todos os demais ajustes de tal natureza passem a adotar a forma de termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação. Dessa forma, apenas podem ser celebrados convênios entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como objeto a prestação complementar de serviços públicos de saúde no âmbito do SUS, conforme preveem o art. 84, parágrafo único, inciso II e art. 3º, inciso IV da Lei 13.019/2014.²⁵

Marçal Justen Filho, também noticia essa alteração legislativa que mitigou a aplicação do art. 116 da Lei n. 8.666/1993 após a vigência da Lei n. 13.019/2014, e conclui pela sua aplicação aos órgãos integrantes da Administração, segundo o autor,

23 PESSOA, Robertonio Santos. **Marcos regulatórios do terceiro setor – avanços, retrocessos e contradições**. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247779>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

24 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos: Teoria e Prática**, 6. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método – GEN. 2017; p. 350.

25 MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>. Acessado em 02.07.2019.

o art. 116 da Lei 8.666/1993 foi, durante muito tempo, o fundamento normativo para disciplina de uma grande quantidade de avenças de natureza variada. A Lei 13.019/2015 (com modificações relevantes da Lei 13.204/2015) adotou regras específicas e minuciosas sobre o tema. Essas alterações reduziram sensivelmente o âmbito de aplicação do art. 116, que passou a ser destinado a reger exclusivamente as relações entre órgãos e entidades integrantes da Administração Pública.²⁶

Não obstante, o autor chama a atenção para eventual inconstitucionalidade da conjugação entre o art. 84 e o art. 84-A da Lei n. 13.019/2014:

A conjugação dos arts. 84 e 84-A da Lei 13.019/2015 conduziria a vedação de convênios entre a Administração e pessoas físicas ou com empresas dotadas de fins lucrativos. Segundo essa proposta, a atuação cooperativa entre o Poder Público e a sociedade civil passaria a ser um monopólio das organizações sociais. Assim, por exemplo, infringiria a ordem jurídica um convênio pelo qual uma empresa assumisse a obrigação de manter a conservação de áreas públicas ou aplicasse recursos próprios para atividades educacionais e similares. Essa solução é incompatível com a Constituição.²⁷

Aponta ainda, ter havido com a edição do referido art. 84-A, violação a princípios constitucionais fundamentais e à vontade constitucional, sendo ele dotado de inconstitucionalidade:

A CF/1988 consagrou uma ordem jurídica fundada na liberdade, na solidariedade e na função social da empresa. Esses postulados estão consagrados no art. 1º, no art. 3º, no art. 5º e no art. 170. Todos, pessoas físicas e jurídicas (independentemente da forma sob a qual se encontram constituídas), são autorizados a exercer seus poderes e a destinar os seus esforços e bens para o atingimento de fins de interesse comum.

Portanto, seria inconstitucional estabelecer uma vedação à cooperação voluntária e desinteressada entre um indivíduo ou uma empresa e o Estado. Estabelecer a vedação à atuação cooperativa entre o Estado e os setores produtivos da sociedade atinge a raia do impensável. Não é compatível com a Constituição criar um monopólio de cooperação entre o Estado e as organizações da sociedade civil.

(...).

A CF/1988 não reservou os convênios apenas para as hipóteses referidas no art. 84-A da Lei n. 13.019/2014. Tanto assim que o art. 199, §1º, estabeleceu que “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. O dispositivo evidencia que o convênio será realizado preferencialmente com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. Ao aludir a preferência em favor dessa solução, consagra-se de modo necessário a possibilidade de solução alternativa. A CF/1988 não determinou, nessa passagem, que os convênios seriam realizados necessária e obrigatoriamente apenas com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.

(...).

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 18. ed. São Paulo: RT, 2019; p. 1609.

27 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 18. ed. São Paulo: RT, 2019; p. 1610.

A liberdade de atuação dos sujeitos privados assegura-lhes o poder jurídico de escolher as atividades a que se dedicarão. No exercício das faculdades inerentes ao domínio de seus bens, é lhes garantido destinar bens e recursos, ainda que de modo limitado, para fins de interesse comum. Por efeito da solidariedade entre os integrantes da sociedade, cabe-lhes orientar os seus esforços para o bem coletivo.

A Constituição garante não apenas essas soluções, mas também a conjugação de esforços e de recursos entre os sujeitos privados e o Estado. É possível estabelecer limitações e requisitos para a transferência de recursos públicos para os sujeitos privados. Não se admite, no entanto, uma vedação legal à pactuação de acordos entre Administração Pública e pessoas físicas ou pessoas jurídicas que não estejam constituídas sob forma de organização social.

Portanto, não há impedimento constitucional a uma lei dispor sobre modalidades de parceria entre Estado e iniciativa privada. Mas existe violação à Constituição quando a lei reservar a pactuação de parceria apenas a uma categoria de sujeitos privados.²⁸

O autor apresenta ao final a interpretação conforme a Constituição que ele entende ser possível para salvar a norma:

Poderia ser preservada a validade do referido art. 84-A se fosse adotada interpretação de cunho restritivo, reputando-se que o dispositivo dispõe exclusivamente sobre convênios com repasse de recursos públicos. Então, permaneceria plenamente cabível a pactuação de convênios não enquadráveis no âmbito do art. 116 desde que, não compreendessem a transferência de recursos públicos. Essa hipótese envolveria uma interpretação apropriada também para o art. 2º, inc. VIII-A, da Lei 13.019/2014, que configura como acordo de cooperação a parceria que não envolve transferências de recursos financeiros para uma organização da sociedade civil. Como decorrência, admitir-se-ia a possibilidade da pactuação de convênios que não envolvam a transferência de recursos públicos e que tenham como parte um sujeito de direito não configurado como organização da sociedade civil.²⁹

Paulo Modesto sustenta a permanência dos convênios por considerá-los uma categoria jurídica constitucionalmente recepcionada como tal:

Não me parece correto dizer que a superação da antiga precariedade dos vínculos de parceria se reduza a “matar os convênios” ou “superar os convênios”, como muitos apregoam. Convênio é categoria jurídica, não se confundindo com um simples instrumento formal. Categoria jurídica prevista na Constituição Federal, como alternativa aos contratos de direito público celebrados entre o Poder Público e particulares, nomeadamente as entidades sem fins lucrativos. É testemunha eloquente disso o art. 199, § 1º, da Constituição Federal, (...).³⁰

28 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 18. ed. São Paulo: RT. 2019; p. 1611.

29 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 18. ed. São Paulo: RT. 2019; p. 1611-1612.

30 MODESTO, Paulo. **Parcerias Público-Sociais em Transformação**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018; p. 25.

Cristiana Fortini, Luana Magalhães de Araújo Cunha e Priscila Giannetti Campos Pires, após apresentarem a estrutura da Lei de Parcerias Voluntárias, relatando a opção da mesma em limitar a terminologia “convênio” somente para as relações entre entes públicos, ressaltando a existência do mesmo nos casos de ajustes para fins de operações de saúde complementar, nos termos do art. 199, §1º da Constituição Federal. As autoras criticam essa elaboração normativa, considerando que:

A alteração terminológica proposta ignora que o art. 116 da Lei n. 8.666/1993 permanece em vigor. Assim, não parece possível cogitar da eliminação da expressão “convênios” ou mesmo de sua realização. No mínimo, ainda seria possível cogitar de convênios entre entes estatais e empresas, incumbidos de objetivos comuns, ausente finalidade lucrativa.³¹

As autoras recordam que o projeto de lei que deu corpo à Lei n. 13.019/2014, “previa inicialmente a revogação do art. 116 da Lei n. 8.666/93”³², entretanto, citando como referência o Parecer apresentado pelo Senador Rodrigo Rollemberg no âmbito da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle³³, onde

31 FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. **O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: Inovações da Lei n. 13.019/2014.** In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018; p. 77.

32 FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. **O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: Inovações da Lei n. 13.019/2014.** In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018; p. 64.

33 “Em face do imperativo de fundamentar o raciocínio ora desenvolvido, adianta-se que não julgamos prudente, nem necessário revogar o art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993. Primeiramente, porque, até o momento, é a única norma geral, com estatuto de lei, a disciplinar os convênios. Ocorre que ela se presta a regular não apenas os convênios da Administração Pública com entidades particulares, mas também entre os entes públicos. Assim, a revogação do art. 116 criaria um vácuo legislativo no tocante aos convênios entre órgãos e entidades do Poder Público. Naturalmente, com a aprovação da nova lei, o dispositivo terá seu âmbito de incidência limitado a esses casos.

Imperioso destacar também que, no que é afeto a convênios e instrumentos congêneres, a simples revogação do art. 116 do Estatuto das Licitações e Contratos, na forma como está na proposição original, colocaria as entidades do braço empresarial do Estado, independentemente de suas naturezas, em um vácuo legislativo. Não haveria uma norma legal de regência constitucionalmente válida.

Outrossim, não revogar o art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993, e deixar de incluir as parcerias das estatais com organizações da sociedade civil do novo regramento seria um contrassenso, pois a interação entre elas passaria a ser regida por normas mais gravosas do que a aplicável à administração direta, autarquias e fundações com essas mesmas pessoas jurídicas. Isto porque o regime àquelas imputável continuaria a ser o da Lei de Licitações, tanto mais draconiano quanto lacunoso do que o criado por esta proposição.” (ROLLEMBERG, Rodrigo. **Parecer da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, sobre o Projeto de Lei do Senado n. 649, de 2011, do Senador Aloysio Nunes Ferreira, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público.** Apresentado em de 8.10.2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102968>).

pontuou-se que a revogação desse dispositivo poderia gerar verdadeiro vácuo normativo quanto aos Convênios firmados pelos entes públicos e aos demais ajustes, que apesar de terem como partícipes o particular, não se enquadram nos termos da Lei n. 13.019/2014³⁴.

As autoras também alegam a inconstitucionalidade da redução das hipóteses de utilização de convênios, assinalando que

A própria Constituição da República adota ambas terminologias. Fala-se em contratos, mas também em convênios. Não nos referimos aos convênios público-público, a que alude o art. 241 da Constituição, mas ao convênio público-privado de que cuida o seu artigo 199, §1º.

Ora, se a Constituição brasileira prevê a celebração de convênios público-privado não nos parece possível ignorar a intenção de conferir individualidade própria a esse ajuste. Não se pretende ignorar que alguns “convênios” são verdadeiros “contratos de prestação de serviço”, rotulados de forma distinta com o intuito de escapar da incidência da Lei n. 8.666/93, já que seu art. 116 oferece uma válvula de escape ao utilizar a expressão “no que couber”. Mas a presença de convênios “fantasia” não basta para aniquilar a possível existência de convênios “genuínos” entre a esfera pública e o setor privado.

Logo, parece-nos faltar respaldo constitucional à pretensão da esfera federal de transpor aos demais entes federados as regras que, no seu sentir, deveriam conduzir a celebração, gestão e fiscalização de vínculos desse jaez.³⁵

Sidney Bittencourt também crítica enfaticamente a eventual restrição trazida pelos artigos 84 e 84-A da Lei n. 13.019/2014 quando interpretada literalmente, ponderando através de uma interpretação sistemática que

O texto legal, má técnica, permite que se avalie equivocadamente, como alguns intérpretes já expuseram, que o instrumento “convênio” não mais poderá ser firmado entre a Administração e pessoas jurídicas da iniciativa privada, salvo no caso dos convênios celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos que tenham por finalidade possibilitar a participação destas, de forma complementar, no SUS. Isso, no entanto, não é verdade, pois a interpretação correta do preceptivo é no sentido de que as parcerias firmadas com entidades privadas, que se enquadrem no conceito de OSC, terão que, obrigatoriamente, ser celebradas por intermédio de termos de fomento ou de colaboração, não as demais, que continuam a adotar a ferramenta “convênio” nos acordos de colaboração.

Vide que o art. 41 da Lei indica que, afora as hipóteses do parágrafo único do art. 84 e as situações em que ela própria exclui a incidência de

34 FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. **O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: Inovações da Lei n. 13.019/2014**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018; p. 64.

35 FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. **O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: Inovações da Lei n. 13.019/2014**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018; p. 67.

suas disposições, as parcerias celebradas entre a Administração e as entidades definidas como OSC deverão ser celebradas unicamente nos termos da norma.³⁶

Não temos dúvida da total razão que assiste ao autor, que realmente pode ser abalizada através de mera constatação do que traz o artigo 41 da Lei n. 13.019/2014. Sua redação é a seguinte:

Art. 41. Ressalvado o disposto no art. 3º e no parágrafo único do art. 84, serão celebradas nos termos desta Lei as parcerias entre a administração pública e as entidades referidas no inciso I do art. 2º. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Tudo isso volta ao que já sustentei em momento anterior à nova redação dada ao art. 84 da Lei de Parcerias Voluntárias pela n. 13.204/2015, naquele momento tive oportunidade de demonstrar a dimensão subjetiva e objetiva de incidência da Lei n. 13.019/2014, onde revelei:

Uma questão se coloca: a quem essa Lei regerá, do ponto de vista da vinculação administrativa, ou seja, qual a sua dimensão subjetiva de incidência? Em uma análise preliminar, essa Lei se aplica a qualquer entidade que se beneficie de estímulos positivos disciplinados no seu âmbito, inclusive, e a lei optou por deixar consignado, aplica-se às entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria (art. 4º). De forma específica, a Lei abarcará as Organizações da Sociedade Civil que ela conceituou (...).
(...).

Quanto à sua dimensão objetiva de incidência, ou seja, quais os tipos de ajustes que serão abarcados por essa norma, a lei foi clara, estabelecendo que aplica-se, a todos os ajustes realizados entre a Administração, Direta e Indireta, e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, e que visem finalidades de interesse público e envolvam transferências de recursos financeiros pelo Estado (art. 1º).³⁷

Sem embargo, deve prevalecer o entendimento de que a imposição de observância da Lei n. 13.019/2014 se resume “as parcerias entre a administração pública e as entidades referidas no inciso I do art. 2º” conforme dispõe o art. 41 desta norma. O referido inciso I do art. 2º, que recebeu nova redação através da Lei 13.204/2015, seleciona quais são as entidades que ele considera como Organização da Sociedade Civil³⁸ a partir desse novo marco:

36 BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros Instrumentos de Transferência de Recursos Públicos**. São Paulo: Letras Jurídicas. 2019; p. 243-244.

37 QUEIROZ, João Eduardo Lopes. **Principais aspectos do regime jurídico das parcerias voluntárias introduzidos pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014**. In: *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, set./out. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=212817>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

38 Em relação à natureza jurídica das Organizações da Sociedade Civil, Mónica Montana, Mylena de Aguiar Melo e Italo Giulliano Ozório de Souza assinalam: “Quanto à natureza jurídica das

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - organização da sociedade civil: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999 ; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

A clarividência do art. 41 nos conduz à conclusão de que as exceções de aplicação da Lei n. 13.019/2014, mesmo em se tratando de entidades que possam ser consideradas Organizações da Sociedade Civil nos termos do art. 2º, inciso I, estão devidamente discriminadas tanto no seu art. 3º³⁹ quanto no seu parágrafo único do

Organizações da Sociedade Civil, destaca-se que, atualmente, as OSC's que atuam no país podem revestir-se de naturezas jurídicas diversas, como por exemplo, associações privadas, fundações privadas e organizações religiosas, configurando-se como pessoas de direito privado, mas sem fins lucrativos". Os autores ainda apresentam dados recentes sobre as formas de sua constituição no Brasil: "Segundo informações obtidas junto ao Mapa das Organizações da Sociedade Civil, elaborado pelo IPEA26, é possível considerar que 709 mil (86%) são associações privadas, 99 mil (12%) são organizações religiosas e 12 mil (2%) são fundações. A distribuição entre naturezas jurídicas das entidades não difere da disposição das OSCs no território, exceto por uma concentração, um pouco maior, de fundações (43%) e um pouco menor de associações (38%) na região Sudeste, comparado ao total de OSCs, que é de 40%." (MONTANA, Mónica; MELO, Mylena de Aguiar; SOUZA, Italo Giulliano Ozório de Souza. **Panorama atual das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. In: Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, V. 5, n. 1, p. 402-424, Jan.-Jun. Brasília. 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/9782/pdf>. Acesso em 16.07.2018).

39 Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:

I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 ; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal ; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014 ; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

art. 84⁴⁰. O reforço trazido pelo art. 84-A inserido pela Lei n. 13.204/2015, que pareceria restrição universal à celebração de convênios - “a partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84” – deve ser observado dentro do âmbito de incidência da própria Lei n. 13.019/2014, que está determinado no seu art. 1^o⁴¹, ou seja, ela teve por objetivo instituir “normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil”.

Desse modo, não há necessidade de se alegar a inconstitucionalidade dos artigos 84 e 84-A da Lei n. 13.019/2014 que através de interpretação literal estariam a condicionar a aplicação de convênios no direito administrativo brasileiro como um todo apenas àquelas duas hipóteses do parágrafo único do art. 84, como foi feito por alguns autores⁴², pois a mera interpretação sistemática nos conduz à compreensão de que esses condicionamentos se aplicam no âmbito de incidência da própria Lei n. 13.019/2014 onde eles estão inseridos, ou seja, somente para “as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil”, conceituadas como tais no art. 2^o, inciso I da mesma lei.

VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na [Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999](#); [\(Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

VII - às transferências referidas no [art. 2º da Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004](#), e nos [arts. 5º e 22 da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009](#); [\(Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

VIII - (VETADO); [\(Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por: [\(Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

a) membros de Poder ou do Ministério Público; [\(Incluída pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública; [\(Incluída pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

c) pessoas jurídicas de direito público interno; [\(Incluída pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública; [\(Incluída pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos. [\(Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#)

40 Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios:

I - entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas;

II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º.

41 Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e 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. [\(Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015\)](#).

42 **VIDE:** Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 18. ed. São Paulo: RT. 2019; p. 1610-1611) e Cristiana Fortini, Luana Magalhães de Araújo Cunha e Priscila Giannetti Campos Pires (FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. **O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: Inovações da Lei n. 13.019/2014**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018; p. 67).

Todavia, se optássemos por dizer que esses artigos são inconstitucionais, a solução para a sua preservação no sistema jurídico seria aplicar a “técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”, onde a norma constante no art. 84-A, só pode ser interpretada no sentido de que sua incidência se encontra adstrita ao universo de entidades ao qual a Lei n. 13.019/2014 possui dimensão subjetiva de incidência, ou seja, às Organizações da Sociedade Civil, devidamente conceituadas no seu art. 2º, inciso I.

Em conclusão tópica, pode-se dizer que os Convênios previstos no art. 116 da Lei n. 8.666/1993 continuam a ser utilizados no direito brasileiro para as seguintes situações:

a) nas avenças entre quaisquer entes da Administração Direta ou Indireta do Estado;

b) nos ajustes entre os entes da Administração Direta ou Indireta e as Pessoas Jurídicas a elas vinculadas que se enquadrem no conceito de Organização da Sociedade Civil previsto no art. 2º, inciso I da Lei n. 13.019/2014;

c) nos pactos com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, na área da saúde complementar;

d) nos acordos com entidades privadas que não se enquadrem no conceito de Organização da Sociedade Civil previsto no art. 2º, inciso I da Lei n. 13.019/2014.

Já as parcerias firmadas com entidades privadas, que se enquadrem no conceito amplo⁴³ que foi dado às Organizações da Sociedade Civil, terão que, obrigatoriamente receber a incidência da Lei n. 13.019/2014 e ser celebradas por intermédio de:

a) Termos de Colaboração quando a parceria é proposta pela Administração Pública e envolvam transferências de recursos financeiros (art. 2º, inciso VII da Lei n. 13.019/2014)⁴⁴;

43 Maria Tereza Fonseca Dias e Juliana de Souza Bechara, analisando o atual conceito legal de Organizações da Sociedade Civil, reformado pela Lei n. 13.204/2015, concluem que “o legislador aproximou as duas tradições conceituais do terceiro setor (anglo-saxônica e europeia-canadense), preocupando-se não só com as questões institucionais e formais da entidade e com a caracterização da sua finalidade não-lucrativa, mas agregando a esta tradição a finalidade social das entidades.” (DIAS, Maria Tereza Fonseca; BECHARA, Juliana de Souza. **Parcerias da Administração Pública com as entidades privadas sem fins lucrativos na Lei nº 13.019/2014 e a questão da univocidade conceitual do “terceiro setor”** In: *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, V. 2, n. 2, Jul.-Dez. de 2015; p. 83. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/6557>. Acesso em 16.06.2019).

44 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:
(...);

VII - termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

b) Termos de Fomento quando a parceria é proposta pelas Organizações da Sociedade Civil e envolvam transferências de recursos financeiros (art. 2º, inciso VIII da Lei n. 13.019/2014)⁴⁵;

c) Acordos de Cooperação quando não envolvam transferências de recursos financeiros (art. 2º, inciso VIII-A da Lei n. 13.019/2014)⁴⁶.

3 A PACTUAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE PARCERIA EXIGE CONCORRÊNCIA PÚBLICA?

Em relação aos Convênios, já se questionou no passado se haveria necessidade de processo licitatório para escolha das entidades que o celebrarão com a Administração.

José dos Santos Carvalho Filho⁴⁷, Marçal Justen Filho⁴⁸, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁹, Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti⁵⁰, são alguns autores que concluem pela desnecessidade de licitação na pactuação de Convênios com fulcro no art. 116 da Lei n. 8.666/1993.

45 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:
(...);

VIII - termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros; ([Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015](#)).

46 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:
(...);

VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros; ([Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015](#)).

47 “A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2012; p. 244).

48 “(...) não há, por exemplo, obrigatoriedade de realizar licitação como pressuposto para realização do convênio”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 18. ed. São Paulo: RT. 2019; p. 1615).

49 “Resta assinalar, com relação ao convênio, que sua celebração independe de prévia licitação.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019; p. 304).

50 “Não se cogita de licitação para a escolha dos parceiros a conveniar porque estes, por definição, estarão sempre desinteressados de qualquer contraprestação, daí o despropósito de uma competição seletiva, sob as condições do mercado. A escolha dos convenientes, via de regra, é pautada pela inviabilidade de competição, na medida em que todos visam atingir um objeto ou uma meta para a implementação de determinada política pública, de forma compartilhada com outros órgãos ou entidades. Predomina o interesse comum dos partícipes, diversamente do que ocorre com o contrato administrativo, cuja premissa é a disputa entre sociedades empresárias que visam ao lucro, para o fornecimento, a prestação ou a execução de determinado objeto necessário à Administração Pública, por isto que apresentarão propostas de preços e condições aferidas em face das práticas de mercado” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na Gestão Pública do Século XXI**, 3. ed.. Belo Horizonte: Fórum. 2015; p. 64-65.).

Posição também já refletida no Superior Tribunal de Justiça (RMS 30.634/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. em 15.06.2010, DJe de 28.06.2020).

Porém, para os ajustes que envolvam Termos de Colaboração e Termos de Fomento, a regra é a promoção de um “Chamamento Público”, previsto nos artigos 23 e seguintes da Lei Federal n. 13.019/2014, que objetiva selecionar organização da sociedade civil para firmar a parceria, garantindo a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (art. 2º, inciso XII da Lei n. 13.019/2014)⁵¹.

O Chamamento Público é conceituado pelo art. 2º, inciso XII como o

procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Percebe-se que o seu conceito não inclui entre os instrumentos a ele condicionado os Acordos de Cooperação, ou seja, a própria lei excepcionou como regra a necessidade de se promover Chamamento Público para esses Acordos.

A Lei n. 13.019/2014 no seu art. 2º, inciso VIII-A, assim conceitua os Acordos de Cooperação:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...);
VIII-A - acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015).

O art. 29 da Lei n. 13.019/2014 excepcionou a necessidade de Chamamento Público para os Acordos de Cooperação e ainda também quando se estiver diante de “termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais”.

51 Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...);

XII - chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Todavia, o mesmo art. 29 condicionou a celebração dos Acordos de Cooperação que envolvam compartilhamento de recurso patrimonial, à necessidade de se elaborar o Chamamento Público, vejamos:

Art. 29. Os termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público, exceto, em relação aos acordos de cooperação, quando o objeto envolver a celebração de comodato, doação de bens ou outra forma de compartilhamento de recurso patrimonial, hipótese em que o respectivo chamamento público observará o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

Em consequência, não havendo transferência pela Administração de recursos financeiros para entidades da sociedade civil qualificadas como Organizações da Sociedade Civil, estamos diante de um Acordo de Cooperação, nos termos do art. 2º, inciso VIII-A da Lei Federal n. 13.019/2014.

E mais ainda, se estivermos diante de uma Acordo de Cooperação que não decorra compartilhamento de “recurso patrimonial”, prescindirá de Chamamento Público a implementação desse pacto.

A questão que fica é, o que seria o recurso patrimonial?

Para a Escola Nacional de Administração Pública,

Recurso patrimonial é todo o bem físico (tangível) empregado em uma organização que detém natureza permanente. Em geral, os bens patrimoniais podem ser de três tipos: imóveis (prédios, terrenos etc.), instalações (uma central de ar condicionado, por exemplo) e materiais permanentes (máquinas, móveis, computadores etc.).⁵²

Portanto, é perceptível que grande parte dos Acordos de Cooperação a serem celebrados pressupõem prévio Chamamento Público, podendo se questionar se em virtude de algumas especificidades não se poderia dispensá-lo.

Ainda, não é demais lembrar que a própria Lei n. 13.019/2014 excepciona a necessidade de se elaborar o Chamamento Público em duas ocasiões, para casos em que ela dispensa, previstos no art. 30, e para casos em que ela entende inexigível, art. 31.

Temos, portanto, exportado para o Chamamento Público os mesmos conceitos de dispensa e inexigibilidade de licitação, já sedimentados pela doutrina e fixados pela jurisprudência, podendo ser aplicáveis neste caso.

Carlos Ari Sundfeld afirma que a inexigibilidade ocorre quando “apenas um sujeito está apto a estabelecer a relação jurídica pretendida pelo Poder Público, quando não haverá sentido em realizar procedimento destinado a ensejar a disputa”⁵³.

52 FENILI, Renato Ribeiro. **Gestão de Materiais - Enap Didáticos**, n. 1. Brasília: ENAP, 2015.; p. 15.

53 SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 1994; p.42.

Já a dispensa, é quando a lei estabelece casos em que “embora viável o certame, no critério do legislador é inconveniente fazê-lo, por circunstâncias diversas”⁵⁴.

Com efeito, o art. 30 trouxe 4 (quatro) hipóteses de dispensa, *in verbis*:

Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:

I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social; (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;

IV - (VETADO).

V - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

Já a inexigibilidade de Chamamento Público surgirá nos termos do art. 31⁵⁵, caput, “em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica”, exemplificando nos seus incisos I e II dois casos comuns de inexigibilidade:

Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

54 SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 1994; p.58.

55 Art. 31. Será considerado inexigível o chamamento público na hipótese de inviabilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto da parceria ou se as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica, especialmente quando: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015).

I - o objeto da parceria constituir incumbência prevista em acordo, ato ou compromisso internacional, no qual sejam indicadas as instituições que utilizarão os recursos; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015).

II - a parceria decorrer de transferência para organização da sociedade civil que esteja autorizada em lei na qual seja identificada expressamente a entidade beneficiária, inclusive quando se tratar da subvenção prevista no inciso I do § 3º do art. 12 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, observado o disposto no art. 26 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015).

Contudo, sob pena de nulidade do ato, deverá a autoridade competente justificar os motivos pelos quais se afastou o Chamamento Público, nos termos consignados pelo art. 32⁵⁶, fundamentando a situação que ensejará a formação do ajuste, publicando-se o extrato da justificativa da dispensa ou inexigibilidade, “no sítio oficial da administração pública na internet e, eventualmente, a critério do administrador público, também no meio oficial de publicidade da administração pública” conforme determina o §1º do art. 32.

Ressalte-se ainda, que na dicção do §4º do art. 32, a “dispensa e a inexigibilidade de chamamento público, bem como o disposto no art. 29, não afastam a aplicação dos demais dispositivos desta Lei”.

4 CONCLUSÃO

Pode-se constatar, portanto, que os Convênios previstos no art. 116 da Lei n. 8.666/1993 continuam a ser utilizados no direito brasileiro nas avenças entre quaisquer entes da Administração Direta ou Indireta do Estado, nos ajustes entre os entes da Administração Direta ou Indireta e as Pessoas Jurídicas a elas vinculadas que se enquadrem no conceito de Organização da Sociedade Civil nos termos da Lei n. 13.019/2014, nos pactos com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, quando na área da saúde complementar, nos acordos com entidades privadas que não se enquadrem no conceito de Organização da Sociedade Civil previsto no art. 2º, inciso I da Lei n. 13.019/2014.

De outro lado, as parcerias firmadas com entidades privadas, que se enquadrem no conceito de Organização da Sociedade Civil, terão que, obrigatoriamente receber a incidência da Lei n. 13.019/2014 e ser celebradas por intermédio de Termos de Colaboração, Termos de Fomento ou Acordos de Cooperação. Sendo a regra para esses dois primeiros a realização de Chamamento Público, que poderá ser dispensado nos casos previstos Lei n. 13.019/2014 ou inexigível quando a competição em torno do objeto por impossível de ser realizada.

56 Art. 32. Nas hipóteses dos arts. 30 e 31 desta Lei, a ausência de realização de chamamento público será justificada pelo administrador público. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015).

§ 1º Sob pena de nulidade do ato de formalização de parceria prevista nesta Lei, o extrato da justificativa previsto no caput deverá ser publicado, na mesma data em que for efetivado, no sítio oficial da administração pública na internet e, eventualmente, a critério do administrador público, também no meio oficial de publicidade da administração pública. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015).

§ 2º Admite-se a impugnação à justificativa, apresentada no prazo de cinco dias a contar de sua publicação, cujo teor deve ser analisado pelo administrador público responsável em até cinco dias da data do respectivo protocolo. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015).

§ 3º Havendo fundamento na impugnação, será revogado o ato que declarou a dispensa ou considerou inexigível o chamamento público, e será imediatamente iniciado o procedimento para a realização do chamamento público, conforme o caso.

§ 4º A dispensa e a inexigibilidade de chamamento público, bem como o disposto no art. 29, não afastam a aplicação dos demais dispositivos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015).

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Sidney. **Convênios Administrativos e outros Instrumentos de Transferência de Recursos Públicos**. São Paulo: Letras Jurídicas. 2019; p. 243-244.
- CARDOZO, José Eduardo Martins. **Um novo espaço institucional para o Terceiro Setor**. Disponível em: <<http://www.gife.org.br/artigo-espaco-institucional-do-terceiro-setor-precisa-ser-melhor-definido-7502.asp>>. Acesso em 5.6.2019.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 30. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017; p. 659.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; BECHARA, Juliana de Souza. **Parcerias da Administração Pública com as entidades privadas sem fins lucrativos na Lei nº 13.019/2014 e a questão da univocidade conceitual do “terceiro setor”** In: Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, V. 2, n. 2, Jul.-Dez. de 2015; p. 83. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/6557>. Acesso em 16.06.2019.
- DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**, 9. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- FENILI, Renato Ribeiro. **Gestão de Materiais - Enap Didáticos**, n. 1. Brasília: ENAP, 2015.
- FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Giannetti Campos. **O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: Inovações da Lei n. 13.019/2014**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Convênio. Ato-União que Pressupõe Interesses Comuns dos Partícipes**. In: *Estudos de Direito Público (Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo)*, n. 6. jul./dez., 1984.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 18. ed. São Paulo: RT. 2019.
- LIMA, Ruy Cirne. **Instrumento público: conceito e características**. In: *Revista de Direito Público*, n. 22, São Paulo, out./dez., 1988.

MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias no setor da saúde**. In: *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/123/edicao-1/parcerias-no-setor-da-saude>. Acessado em 02.07.2019.

MONTANA, Mónica; MELO, Mylena de Aguiar; SOUZA, Italo Giulliano Ozório de Souza. **Panorama atual das Organizações da Sociedade Civil no Brasil**. In: *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, V. 5, n. 1, p. 402-424, Jan.-Jun. Brasília. 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/9782/pdf>. Acesso em 16.07.2018

MODESTO, Paulo. **Parcerias Público-Sociais em Transformação**. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coord.). *Parcerias com o Terceiro Setor: as inovações da Lei n. 13.019/14*, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; CASTRO, Paulo Rabello de. **O Futuro do Estado: do Pluralismo à Desmonopolização do Poder**. In: *O Estado do Futuro* (Coordenador Ives Gandra Martins). São Paulo: Pioneira, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. **A política pública do complexo industrial de saúde**. In: REGINA, Sérgio de (Coordenador). *Parcerias Público-Privadas de Medicamentos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo;. **Organizações sociais de colaboração (descentralização social e administração pública não estatal**. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, out./dez. de 1997. Rio de Janeiro: Renovar.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos: Teoria e Prática**, 6. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense/Método – GEN. 2017.

PAES, José Eduardo Sabo; SANTANA, Hadassah Laís de Sousa. **O Terceiro Setor como elemento estratégico da Sociedade Civil em um Estado Social Pós-Moderno**. In: *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, V. 1, n. 1, Jul.-Dez. de 2014; p. 183. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/5552>. Acesso em 06.06.2019.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na Gestão Pública do Século XXI**, 3. ed.. Belo Horizonte: Fórum. 2015.

PESSOA, Robertonio Santos. **Marcos regulatórios do terceiro setor – avanços, retrocessos e contradições**. In: *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=247779>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

QUADROS, Fausto de. **O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário Após o Tratado da União Europeia**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes. **Principais aspectos do regime jurídico das parcerias voluntárias introduzidos pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014**. In: *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, set./out. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=212817>>. Acesso em: 11.7.2019.

QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos Santos. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

ROLLEMBERG, Rodrigo. **Parecer da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, sobre o Projeto de Lei do Senado n. 649, de 2011, do Senador Aloysio Nunes Ferreira, que estabelece o regime jurídico das parcerias entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para a consecução de finalidades de interesse público**. Apresentado em de 8.10.2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102968>. Acessado em 01.07.2019.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**, 4. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris. 2001; p. 536.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Estímulos Positivos**. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos Santos. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Atlas. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 1994.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo de amanhã**. In: *O Estado do Futuro* (Coordenador Ives Gandra Martins). São Paulo: Ed. Pioneira, 1998.

VALENTINI, Vando. **O que é Subsidiariedade**. In: *Pessoa & Sociedade*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Núcleo Fé e Cultura). Disponível em: <http://www.pucsp.br/fecultura/textos/pessoa_sociedade/24_subsidariedade.html>. Acesso em 7.6.2019.