



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES
COORDENAÇÃO-GERAL DA GESTÃO TÉCNICA E ADMINISTRATIVA

PARECER N.º: 375-2004/MT/CONJUR/CGTA

PROCESSO N.º: 50000.082874/2004-87

INTERESSADO: Secretaria de Política Nacional de Transportes.

ASSUNTO: Convênio com o Governo do Distrito Federal e com o Governo do Estado de Goiás, objetivando a realização de projeto de desenvolvimento econômico e social no eixo Brasília/DF/Goiânia/GO, incluindo a ligação ferroviária de alto desempenho entre as referidas localidades.

EMENTA: Constitucional. Administrativo. Convênio. Inexistência de transferência voluntária de recursos. Inaplicabilidade do art. 116 da Lei n.º 8.666/93 e da IN n.º 01/97, da STN.

1. Dos fatos

Vem ao exame desta Consultoria Jurídica minuta de Convênio de Cooperação Técnica a ser celebrado com o Governo do Distrito Federal e o Governo de Goiás, objetivando a realização de projeto de desenvolvimento econômico e social no eixo Brasília-DF/Goiânia-GO, incluindo ligação ferroviária de alto desempenho entre as referidas localidades.

É o relatório.

2. Do direito

2.1. Das diferenças entre Contrato x Convênio

O convênio é um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas.

Tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades, mas possui características próprias. Tanto é assim que a Lei n.º 8.666/93, no art. 116, *caput*, determina que suas normas se aplicam aos convênios “*no que couber*”.

Se os convênios tivessem natureza contratual, não haveria necessidade dessa norma, porque a aplicação da Lei já decorreria dos arts. 1.º e 2.º.

O principal elemento que se costuma apontar para distinguir o contrato e o convênio é o concernente aos **interesses** que, no contrato, são opostos e contraditórios, en-

quanto no convênio são recíprocos.

No contrato, as partes têm interesses opostos e desejam coisas diferentes: o vendedor quer desapossar-se de um bem com a condição de receber em troca o mais elevado preço possível, já o comprador deseja adquirir o mesmo bem, pagando o menor preço possível.

No convênio, as partes desejam a mesma coisa: realizar conjuntamente uma ou várias operações comuns.

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, nos fornece outros traços diferenciadores:

“a. os entes conveniados têm **objetivos institucionais comuns** e se reúnem, por meio do convênio, para alcançá-los;(....)

b. os partícipes do convênio têm **competências institucionais comuns**; o resultado alcançado insere-se dentro das atribuições de cada qual;

c. no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um **resultado comum** (...);

d. no convênio, verifica-se a **mútua colaboração**, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de know-how e outros; por isso mesmo, **no convênio não se cogita de preço ou remuneração**;

(...)

g. em decorrência disso, há uma outra distinção feita por Edmir Netto de Araújo (1992:146): “**a ausência de vinculação contratual, a inadmissibilidade de cláusula de permanência obrigatória** (os convenientes podem denunciá-lo antes do término do prazo de vigência, promovendo o respectivo encontro de contas) **e de sanções pela inadimplência** (exceto eventuais responsabilidades funcionais que, entretanto, são medidas que ocorrem fora da avença)”.*[grifos não do original]*

Dessa forma, devido a sua própria natureza, a celebração de convênio independente de prévia licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de **mútua colaboração**, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de *know-how*.

Não se cogita de remuneração que admita competição, mas de transferência de recursos vinculada à consecução de objeto específico comum.

¹ Parcerias na Administração Pública, 4.ª Edição, Ed. Atlas, pág. 190

Como bem adverte a Professora Di Pietro, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2.º da Lei n.º 8.666/93, que apenas exige licitação para **contratação** com terceiros. O convênio não se encaixa na definição de contrato postada no parágrafo único do mencionado artigo, pois nele **não há** a “*estipulação de obrigações recíprocas*” a que se refere o dispositivo.

Não havendo obrigações recíprocas, segue-se que os entes combinam a cooperação, estipulando contrapartidas recíprocas, com escopo de viabilizar o alcance do objetivo comum por ambos almejado.

Ora, não há obrigações entre cooperados. Pelo menos não no sentido jurídico da expressão. Não é vínculo jurídico, oriundo de ato da vontade, que compele alguém a dar, a fazer ou não fazer algo economicamente apreciável, em proveito de outrem.

Quando a Instrução Normativa n.º 01 da STN fala em “obrigação”, é no sentido etimológico de “serviço”, “mister”, “tarefa”. Os conveniados não podem acionar judicialmente um ao outro, pois **ninguém pode ser forçado a “colaborar” com algo**.

Aliás, como bem afirma a Professora Di Pietro², a eventual estipulação de obrigações em convênios **desnatura** o instituto:

“Há que se lembrar, contudo, que não obstante a denominação de “convênio”, ou “protocolo de intenções”, ou “termo de compromisso”, ou outra qualquer semelhante, **se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, com formação de vínculo contratual, a licitação será necessária, sob pena de ilegalidade**. Situação como essa é que o legislador quis coibir com a expressão **seja qual for a denominação utilizada**, inserida na parte final do parágrafo único do art. 2.º”
[grifos não do original]

Seria um contra-senso que uma colaboração fosse impositiva para os participantes.

O convênio é um instrumento de cooperação entre entes e entidades públicas a ser manejado conforme a avaliação que os convenientes, no exercício de sua autonomia administrativa e financeira, façam do interesse público a ser satisfeito.

Também é esse o entendimento do TCU, conforme se vê na Decisão 751/2002 - Plenário:

“.....

22. Ainda assim, procuraremos discorrer sobre a utilização do termo convênio. Quis caracterizar o denunciante que o ajuste entre SRF e FEBRABAN deveria ter sido entendido no conceito de contra-

to, conforme a Lei 8.666/93, art. 2º, parágrafo único: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”. Não estando o convênio SRF - FEBRABAN sujeito ao âmbito desta Lei, a terminologia utilizada também não estaria por ela condicionada.

22.1. No entanto, valendo-nos do próprio texto da Lei 8.666/93, podemos resolver completamente a questão. O que ali se diz é que se o ajuste, independentemente de sua denominação, estiver enquadrado na descrição do art. 2º, parágrafo único, será compreendido como sendo um contrato. Ou seja, não se reveste de importância a denominação do ajuste, e sim o seu conteúdo. Poderíamos encerrar a questão aqui, portanto, considerando que se há impropriedade na utilização do termo, não fica, por isso, contaminada a celebração do ajuste. A solução seria a correção da terminologia utilizada, e não o cancelamento do ajuste.

22.2. Quanto ao conceito de convênio, no âmbito da administração pública, está solidificado na IN/STN nº 1, de 15 de janeiro de 1997, e no Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Na Instrução Normativa, em seu art. 1º, parágrafo 1º, inciso I, temos que o convênio é um “instrumento, qualquer, que discipline a transferência de recursos públicos (...)”, pelo que, percebemos de pronto, que esta definição não compreende o ajuste aqui analisado. No Decreto, art. 48, “caput” e parágrafo único, temos que “os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste”; e, **para evidenciar a distinção em relação ao conceito de contrato, afirma que “quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato”**. Já esta definição acolhe perfeitamente o convênio SRF - FEBRABAN; no entanto, entendemos que a utilização desta terminologia pressupõe a União na condição de fornecedora de recursos - o que fica absolutamente explícito nos artigos seguintes do decreto.

.....

Superadas as objeções apresentadas em relação ao objeto do ajuste, devem ser analisadas as questões levantadas em relação à

² Op. Cit. pág. 195.

sua forma. Alega o denunciante a ilegalidade da utilização da denominação convênio, ante o disposto no art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/93. Reza o citado dispositivo que será considerado como contrato qualquer espécie de ajuste celebrado entre a Administração Pública e particulares que envolva acordo de vontades para a formação de vínculo obrigacional, seja qual for a denominação utilizada. No entanto, é necessário reconhecer que o instrumento em análise não se inclui no âmbito de alcance do invocado dispositivo legal, **visto que não há nele a estipulação de obrigações recíprocas e tampouco a presença de interesses opostos que caracterizam o liame contratual**. A esse respeito, é pertinente reproduzir as considerações tecidas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Aliás, o convênio não é abrangido pelas normas do art. 2.º da Lei n. 8.666; no caput é exigida licitação para as obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, quando contratadas com terceiros; e no parágrafo único define-se o contrato por forma que não alcança os convênios e outros ajustes similares, já que nestes não existe a estipulação de obrigações recíprocas a que se refere o dispositivo (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Convênio. Distinção entre convênio e contrato. Inexigência de licitação. In.: _____. et. al. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 216).

De fato, conforme afirma a unidade técnica (fl. 23), embora o ajuste não trate de transferência de recursos financeiros, sua natureza mostra-se em conformidade com o disposto no art. 48, do Decreto 93.872/86, que trata da celebração de convênios pela Administração Pública:

“Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.”

Além disso, a denominação utilizada também encontra amparo na IN-SRF 19/98, em que se utiliza o mesmo termo. Assim sendo, não pode falar em ilegalidade da utilização da expressão convênio no ajuste em tela.

No que tange à ausência de procedimento licitatório prévio, é pertinente ponderar, em consonância com o entendimento da unidade técnica, que o objeto do ajuste não se enquadra entre aqueles mencionados no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, cuja contratação requer a prévia realização de certame licitatório. Além disso, diante da edição da IN-SRF 19/98, norma abstrata que visa a disciplinar

a celebração de ajustes para o fornecimento de dados constantes dos cadastros da SRF, é lícito concluir que convênios de semelhante teor poderão ser celebrados com outras entidades, desde que atendam aos requisitos mencionados naquele normativo. Não há portanto, em tese, a exclusividade na prestação do serviço alegada pelo denunciante e, dessa forma, não se podem acolher os questionamentos relativos à exigência de prévia licitação, bem como o referente à suposta violação do princípio da livre concorrência. A esse respeito é ainda conveniente recorrer mais uma vez à lição de Di Pietro, que, a respeito do tema em comento, é esclarecedora:

“Enquanto os contratos abrangidos pela Lei n. 8.666 são necessariamente precedidos de licitação - com as ressalvas legais - no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de know-how. Não se cogita de preços ou de remuneração que admita competição” (op. cit., p. 216).” [grifos não do original]

2.2. Dos convênios que NÃO envolvem transferência de recursos

A minuta de convênio submetida a essa Consultoria Jurídica **não envolve transferência de recursos**. Trata-se apenas de Cooperação Técnica entre entes federativos. A circunstância inexistir transbordo de numerário traz importantes conseqüências.

A Lei n.º 8.666/93, ao disciplinar, em seu art. 116, a celebração de convênios, teve em mente as hipóteses em que o Poder Público repassa verbas para as entidades conveniadas dentro da atividade de colaboração. Nesse caso, para receber a verba, a entidade deverá apresentar seu plano de trabalho com todos os dados exigidos pelo art. 116.

Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos.

Logo, as exigências do art. 116 devem ser cumpridas em tudo o que seja compatível com o objeto do convênio a ser celebrado, já que o objetivo evidente do dispositivo é o de estabelecer normas sobre a aplicação e controle dos recursos repassados.

Tanto é verdade esse entendimento que IN n.º 01/97, da STN, apenas rege, conforme dispõe seu art. 39, I, os convênios cuja execução envolva a transferência de recursos entre os partícipes. É que a sujeição a tais disposições apenas se justifica quando há recursos financeiros envolvidos, o que não acontece no presente caso.

2.3. Das alterações sugeridas

Face o acima exposto, essa Consultoria Jurídica sugere as seguintes alterações:

1- CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO → Faz-se necessário modificar a redação de forma a ficar evidenciada a inexistência de transferência voluntária de recursos no presente convênio. É que não obstante falar em “Projeto”, a parte final da cláusula dá a entender que ele “inclui” a própria ligação ferroviária objeto de estudo da cooperação técnica. Sugerimos a seguinte redação:

“CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

O presente Convênio objetiva cooperação técnica para confecção de projeto de desenvolvimento econômico e social envolvendo o eixo Brasília (DF)/Goiânia (GO), incluindo estudos sobre a viabilidade de ligação ferroviária de alto desempenho entre as mencionadas localidades, a ser efetuado pelo DF e pelo GOIÁS, conjuntamente, com apoio técnico do MT.”

2- CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES → Faz-se necessário substituir os termos “obrigações” constantes dos incisos I, II e III, por “atribuições”, de forma a evidenciar a ausência de vinculação contratual.

3- CLÁUSULA SÉTIMA – DA PUBLICAÇÃO → Faz-se necessário acrescentar a expressão “com a publicação” após a expressão “despesas” de forma a restar claro que o Ministério dos Transportes arcará tão somente com o valor necessário à publicação.

3. Conclusões

- Os convênios que não envolvem transferência voluntária de recursos não se submetem ao crivo do art. 116 da Lei n.º 8.666/93, nem ao disposto na IN n.º 01/97, da STN;
- Uma vez adotadas as modificações sugeridas, opina-se pela assinatura do Convênio.

É o parecer. À consideração superior.

Brasília, 20 de setembro de 2004.

PABLO BOURBOM SOARES

Advogado da União

Coordenador-Geral da Gestão Técnica e Administrativa

DEPACHO MT/CONJUR N.º 1386/2004

Aprovo o Parecer n.º 375-2004/MT/CONJUR/CGTA (com 7 (sete) páginas), da lavra do Dr. PABLO BOURBOM SOARES, motivo pelo qual **sugiro** sejam adotadas as providências nele relatadas e **determino** sejam os presentes autos encaminhados à SPNT para conhecimento e adoção das providências que entender necessárias.

Brasília, 21 de setembro de 2004.

YOLANDA CORRÊA PEREIRA

Consultora Jurídica