

PARECER Nº , DE 2008

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 624, de 2007, que *Altera o art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para condicionar a celebração de convênios com pessoas jurídicas de direito privado a prévio processo seletivo.*

RELATOR: Senador **JEFFERSON PÉRES**

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei do Senado nº 624, de 2007, da iniciativa do Senador Tasso Jereissati se encontra nesta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para decisão terminativa, conforme previsto no art. 91 do Regimento Interno do Senado Federal.

A proposição pretende acrescentar §§ 7º e 8º ao art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que determina a aplicação das disposições do Estatuto das Licitações, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Os dispositivos que se pretende acrescentar estabelecem que a celebração de convênio com pessoas jurídicas de direito privado, excetuadas as integrantes da Administração Pública indireta, condiciona-se à **realização de processo seletivo no qual se assegure a obediência aos princípios identificados no caput do art. 3º desta Lei (basicamente os princípios da Administração Pública), permitida a participação de entidades sem fins lucrativos que atendam às exigências fixadas na lei de diretrizes orçamentárias para a transferência de recursos, observado processo seletivo**, que será instaurado de ofício pelo órgão ou entidade repassadora dos recursos ou por solicitação de ente privado interessado, demonstrada a existência de interesse público na celebração do convênio.

Outrossim, do edital de abertura do processo de seleção do conveniente constarão informações e requisitos destinados a garantir a boa execução do objeto do convênio.

É prevista, ainda, a aplicação das normas relativas a vedações, penalidades, modalidades, limites, dispensa e inexigibilidade de licitação, no que couber, ao processo seletivo que se está instituindo.

Ademais, o art. 2º dispõe que a lei pretendida entra em vigor em 1º de janeiro do exercício seguinte ao de sua publicação.

Na justificação pondera-se que se pretende aplicar aos convênios celebrados com entes privados os princípios constitucionais da impessoalidade, o da moralidade e o da eficiência, com a previsão de regras que prevejam um processo objetivo de seleção dos contratantes privados, no qual se assegure: (i) a isonomia entre aqueles que desejem firmar compromissos com a Administração; (ii) a escolha, dentre as propostas oferecidas, daquela mais apta a realizar o interesse público.

Anota-se, ademais, que se tem entendido, tradicionalmente, que aos convênios, por diferirem eles dos contratos administrativos, não seria possível a aplicação de regras que impusessem um processo de seleção daqueles com quem o Estado travaria relações.

Contudo, tal aplicação não apenas seria viável, como constituiria a única forma de cumprimento real dos princípios constitucionais aludidos, pois como se poderia falar de observância dos princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, quando o administrador pode celebrar convênio com a entidade de sua escolha, sem que se tenha promovido qualquer procedimento objetivo de seleção, dentre as entidades que manifestem interesse em celebrar convênios com o Estado, daquela mais apta a realizar o objeto do convênio?

Sempre de acordo com a Justificação, é isto o que se tem observado no governo federal nos últimos anos: a escolha de convenientes presidida por critérios não-republicanos, de modo a favorecer instituições ligadas por laços ideológicos ou mesmo pessoais às autoridades do Poder Executivo, mesmo quando outras entidades do Terceiro Setor dispostas a realizar parcerias com o Estado apresentam maior reputação, capacidade técnica e eficiência para executar os objetivos dos convênios celebrados.

Ainda a propósito da necessidade de instauração de um processo seletivo para a celebração de convênios com organizações privadas, traz-se à colação ensinamento da jurista Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno, p. 273):

Se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada licitação ou se abrir a possibilidade de conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente; se assim não for, haverá ensejo para burla, acobertada pela acepção muito ampla que se queira dar aos convênios.

Nesse sentido, a Justificação registra que a circunstância, por muitos invocada, de nos contratos administrativos as partes terem interesses contrapostos, ao passo que nos convênios os partícipes possuiriam um interesse único, não se presta a deles afastar a exigência de seleção objetiva, mesmo porque as regras constitucionais relativas a licitações e contratos (arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175 da Carta de 1988) devem ser lidas à luz dos princípios informadores do regime jurídico administrativo fixado pela Lei Maior.

Alega, ademais, que a própria teoria geral dos contratos evidencia a existência daqueles chamados cooperativos ou associativos, nos quais não se pode falar com propriedade de interesses opostos dos contratantes, tendo sido com base nessa competência conferida pela Constituição Federal que o legislador ordinário regulou, no art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993, os convênios celebrados por órgãos e entes da Administração Pública.

A Justificação anota, ainda, ser tão factível a realização de certames nesses casos, que o Decreto nº 3.100, de 1999, ao regulamentar a Lei nº 9.790, de 1999, criadora da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, previu, em seu art. 23, a figura do concurso de projetos para a habilitação de tais entidades ao recebimento dos recursos públicos necessários à consecução de atividades de interesse público.

Além disso, como teria acentuado em entrevista à Folha de S. Paulo de 30 de maio de 2004 o Dr. Lucas Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, é necessária uma mudança na legislação, para dar maior publicidade aos processos de celebração de convênios com entidades do Terceiro Setor e possibilitar que

todos os interessados ofereçam suas propostas, sendo selecionada aquela que atender em maior medida o interesse público.

Consigna, também, a Justificação, que foram excluídos da aplicação das novas regras os convênios celebrados exclusivamente por entes públicos, pois não faria sentido deflagrar processos licitatórios nos quais competissem, por exemplo, municípios pela obtenção de recursos federais, embora deva haver critérios objetivos para o repasse de recursos públicos entre os entes federados, mas não exatamente sob a forma de uma competição entre eles.

Por fim, registra-se que, ao estabelecer a vigência das regras que se pretende adotar para o ano seguinte ao que for publicada, pretende-se evitar que a ausência de previsão de uma mudança gradual do sistema vigente para o de um processo de habilitação e seleção coloque em risco a continuidade de importantes ações governamentais, desempenhadas com recursos orçamentários de forma continuada por entidades sem fins lucrativos.

Não há emendas ao projeto de lei sob análise.

II – ANÁLISE

Cabe a esta Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, decidir em caráter terminativo sobre a proposição em pauta, consoante o prescrito no art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal, combinado com o art. 91, I, do Regimento Interno da Casa.

No que diz respeito à **constitucionalidade** da proposição em pauta devemos registrar o seguinte. O art. 22, XXVII, da Constituição Federal, confere competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação para as administrações públicas de todos os entes federados.

Outrossim, a Lei Maior também preceitua que cabe ao Congresso Nacional dispor sobre todas as matérias da competência da União, com a sanção do Presidente da República, com exceção das matérias que a Lei Maior declara serem da competência legislativa exclusiva da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Congresso Nacional (arts. 49, 51 e 52).

Por outro lado, o art. 61, *caput*, do Texto Magno, estabelece a legitimidade de qualquer membro do Congresso Nacional para a iniciativa das leis complementares e ordinárias, ressalvadas as exceções consignadas, sendo que a matéria referente a licitações não se encontra entre elas.

No que se refere a convênios, a Constituição Federal trata dessa modalidade de cooperação entre entes públicos ou privados em diversos momentos (art. 37, XXII; art. 39, § 2º; art. 71, VI; art. 199, § 1º; art. 241, *caput* e nos arts. 34, § 8º e 41, § 3º das disposições transitórias).

Mais especificamente a respeito da matéria que é objeto da proposição que ora examinamos **cumprir registrar que o art. 199, § 1º, da Lei Maior, prevê expressamente a existência de convênios entre o poder público e instituições privadas para a prestação de serviços públicos**, no caso, serviços pertinentes ao sistema único de saúde – SUS.

Desse modo, conforme entendemos, não há óbice constitucional à livre tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 624, de 2007, da iniciativa do Senador Tasso Jereissati, que pretende instituir regras de licitação para a celebração de convênios entre os entes públicos e entidades privadas. Antes, a Constituição Federal acolhe e legitima tal propósito.

No mesmo sentido, segundo nos parece, a proposição em tela atende aos requisitos de juridicidade e regimentalidade.

Quanto ao **mérito** da proposição, a nossa opinião é a de que merece acolhimento.

Deveras, a participação de instituições privadas na prestação de serviços públicos tem aumentado em nosso País já há alguns anos e, segundo nos parece, compõe o cenário da diminuição da prestação direta desses serviços pelo Estado, em favor do crescimento das chamadas organizações não governamentais na sua prestação, que temos observado como tendência e que se tem acentuado nos últimos dez anos.

Nesse sentido, recordamos aqui as Leis nº 9.637, de 15 de maio de 1998 e nº 9.790, de 23 de março de 1999. A Lei nº 9.637, de 1998, trouxe para o nosso direito administrativo positivo o conceito de **organizações sociais**, pessoas jurídicas de direito público sem fins lucrativos, com atividades dirigidas ao ensino, à pesquisa, ao meio ambiente, à cultura e à saúde que, qualificadas como tais pelo Poder Executivo, podem firmar com o

Poder Público **contratos de gestão** para formar parceria para fomento e execução de atividades relacionadas às áreas referidas (arts. 1º e 5º).

A Lei em referência também prevê que às organizações sociais poderão ser destinadas verbas orçamentárias e bens públicos, além de servidores públicos, necessários ao cumprimento do contrato de gestão (arts. 11 e 12).

Já a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, prevê a qualificação, pelo poder público, de pessoas jurídicas de direito privado como **organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIP**, sem fins lucrativos, que tenham como objetivo a promoção da assistência social, cultura, educação, saúde, segurança alimentar e nutricional, defesa do meio ambiente e combate à pobreza, entre outras finalidades (arts. 1º, 3º, 5º).

As OSCIP ficam habilitadas a firmar com o poder público **termo de parceria** para o fomento e execução das atividades de interesse público já acima referidas, podendo para tanto receber recursos e bens de origem pública (art. 4º, VII, *d*).

Devemos recordar que as Leis supracitadas foram aprovadas no contexto da Reforma Administrativa (Emenda Constitucional nº 19, de 1998) promovida no primeiro mandato do Governo Fernando Henrique Cardoso e que teve como formulador principal o Professor Luiz Carlos Bresser Pereira, então Ministro da Administração e Reforma do Estado, entusiasta da chamada terceirização dos serviços públicos.

Outrossim, ambas as Leis referidas não trazem exigência de licitação para efeito de celebração dos contratos de gestão ou dos termos de parceria, muito embora, conforme entendemos, em princípio qualquer espécie de avença de que participe a Administração Pública poderá passar por processo licitatório, ainda que não previsto expressamente em lei. O que deve estar expresso na lei são os casos em que há dispensa ou inexigibilidade de licitação.

De qualquer modo, parece-nos plenamente adequada a presente proposição, que pretende tornar expressa a obrigação de a Administração Pública instaurar o devido processo licitatório para os casos dos convênios com as chamadas organizações não governamentais, uma vez que, conforme referido acima, tem aumentado expressivamente a participação dessas entidades privadas na prestação tanto de serviços públicos como de serviços

de interesse público, o que tem levado, também, ao aumento de irregularidades constatadas na execução de tais convênios, muitas vezes em prejuízo do erário.

Devemos, ainda, registrar que **os princípios identificados no caput do art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993**, referidos no § 7º que o Projeto de Lei em questão pretende acrescentar ao art. 116 daquela Lei, são os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e os que lhes são correlatos.

Cabe, também, consignar que as exigências fixadas na lei de diretrizes orçamentárias para a transferência de recursos, referidas na presente proposição, deverão ser renovadas a cada ano, tendo em vista a natureza anual dessa lei.

Por fim, parece-nos prudente e adequado o que está disposto no art. 2º do Projeto de Lei sob análise, estabelecendo a vigência das regras que se pretende adotar para o ano seguinte ao que for publicada a correspondente lei, sob a justificação de evitar que a ausência de previsão de uma mudança gradual do sistema vigente, que não exige a licitação, para o que passa a exigí-la, coloque em risco a continuidade de importantes ações governamentais, desempenhadas com recursos orçamentários de forma continuada por entidades sem fins lucrativos.

III – VOTO

Como conclusão, em face de todo o exposto, votamos pela constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade do Projeto de Lei do Senado nº 624, de 2007, e, quanto ao mérito, pela sua aprovação.

Sala da Comissão, 16 de abril de 2008.

Senador Valter Pereira, Presidente em exercício.

Senador Jefferson Péres, Relator.