

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº , DE 2007

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.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 116.**

§ 7º 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, permitida a participação de entidades sem fins lucrativos que atendam às exigências fixadas na lei de diretrizes orçamentárias para a transferência de recursos, observado o seguinte:

I – o processo seletivo 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;

II – do edital de abertura do processo constarão, no mínimo, as seguintes informações:

a) objeto a ser executado;

- b) metas a serem alcançadas, descritas qualitativa e quantitativamente;
- c) cronograma e limites de desembolso dos recursos a serem repassados;
- d) prazo, local, condições e forma de apresentação das propostas;
- e) critérios de seleção das propostas;
- f) sanções a serem aplicadas no caso de descumprimento das cláusulas do convênio.

III – serão levados em consideração na seleção do conveniente:

- a) a qualidade técnica da proposta e a sua conformidade com o edital e com as especificações do objeto;
- b) a adequação entre os meios de execução do objeto, seus custos, cronogramas e resultados;
- c) a contrapartida oferecida pelo proponente;
- d) a regularidade jurídica, a capacidade técnica e operacional do proponente.

§ 8º Aplicam-se as normas relativas a vedações, penalidades, modalidades, limites, dispensa e inexigibilidade de licitação, no que couber, ao processo seletivo de que trata o § 7º deste artigo. (NR)”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor em 1º de janeiro do exercício seguinte ao de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Entre os princípios constitucionais regedores da Administração Pública figuram o da impessoalidade, o da moralidade e o da eficiência.

Segundo o princípio da impessoalidade, que nada mais é do que uma manifestação, no plano da função administrativa do Estado, do princípio da isonomia, as ações dos órgãos e entes públicos não podem conduzir a favorecimentos ou discriminações, mas devem ser fundadas na lei, objetivando a realização do interesse público. Desse modo, nem os atos

administrativos devem ser praticados, nem os contratos administrativos devem ser celebrados para a consecução de interesses puramente particulares.

Do princípio da impessoalidade é legítimo extrair que a escolha daqueles com quem o Estado celebrará avenças não pode ficar completamente ao alvedrio do administrador, sem regras mínimas 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.

De acordo com o princípio da moralidade, o administrador deve pautar sua conduta segundo padrões éticos, não sendo suficiente o simples cumprimento formal de prescrições legais para garantir a legitimidade de suas ações. Muitas vezes, uma ação administrativa pode conformar-se perfeitamente a regras jurídicas procedimentais e, no entanto, estar maculada em razão da violação ideológica da lei. Em outras palavras, um ato ou contrato administrativo pode, em seus aspectos exteriores, estar em consonância com a legislação, mas contrariar os fins objetivados pela lei, por não ser praticado com vistas à realização do interesse público.

Analogamente, um ato ou contrato administrativo pode observar prescrições legais e, no entanto, atentar contra o princípio da eficiência, por não constituir, dentre as diversas vias legal e materialmente possíveis de realização do interesse público, aquela que o alcance de forma mais eficiente.

Tem-se 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. Não apenas isso é viável, como – segundo entendemos – constitui, a rigor, a única forma de cumprimento real dos princípios constitucionais aludidos. Com efeito, como se pode 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?

Lamentavelmente, é isto o que tem se 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.

Caso dessa natureza mereceu registro em decisão do Tribunal de Contas da União, na qual restou consignado que os elementos recolhidos em auditoria realizada junto ao Ministério do Trabalho e Emprego denotaram haver ocorrido em 2003 “preferência, não justificada tecnicamente, pela Associação para Projetos de Combate à Fome (ÁGORA) na implementação das ações públicas vinculadas ao Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para Jovens” (Acórdão nº 1.026/2004 – Plenário). Não é demais lembrar que o presidente da entidade, Sr. Mauro Farias Dutra, é compadre do Presidente da República.

Sobre a necessidade de instauração de um processo seletivo para a celebração de convênios, impende trazer à baila o 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.

Certamente, os convênios apresentam algumas peculiaridades quando comparados com outras espécies de acordos celebrados pela Administração. Todavia, não são elas de estatura suficiente para justificar a sua subtração ao regime licitatório.

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. Ademais, 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. Assim, entendemos que a Constituição, ao dispor ser competência da União legislar sobre normas gerais de licitações e

contratação para a Administração Pública, bem assim sobre direito civil, autoriza o Congresso Nacional a editar lei que regule os convênios.

Foi 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. Dispõe o citado artigo aplicarem-se as disposições dessa lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. A despeito dessa norma, o que se verifica na prática é que os convênios com entes privados continuam sendo celebrados prescindindo-se de licitação. Ora, como regra, é 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.

Em face desse quadro, entendemos oportuno procecer à alteração da Lei nº 8.666, de 1993, de modo a tornar inequívoca a obrigatoriedade de se realizar processo seletivo prévio à celebração de convênios pela Administração Pública. Como acentuou 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.

No projeto que ora apresentamos, excluímos da aplicação das novas regras os convênios celebrados exclusivamente por entes públicos. De feito, não faria sentido deflagrar processos licitatórios nos quais competissem, por exemplo, municípios pela obtenção de recursos federais. Isso daria azo a conflitos que em nada contribuiriam para a harmonia que deve reinar entre os entes federados. Evidentemente, deve haver critérios objetivos para o repasse de recursos públicos entre os entes federados, mas não exatamente sob a forma uma competição entre eles. Por tais razões, as regras que propomos destinam-se a regular a celebração de convênios com entes privados.

Em linhas gerais, a proposição, ao acrescentar dois novos parágrafos ao art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993, prevê, como condição para a celebração de convênios com pessoas jurídicas de direito privado, a realização de processo seletivo, conduzido pelo órgão repassador dos recursos, por iniciativa própria ou quando, por provocação de entidade

interessada, existir interesse público na execução do objeto. Prevêem-se, ainda, o conjunto mínimo de informações que devem constar do edital e os aspectos a serem considerados na seleção das propostas. Por fim, o projeto determina a aplicação das normas relativas a vedações, penalidades, modalidades, limites, dispensa e inexigibilidade de licitação, ao processo de escolha dos convenientes.

Acreditamos que as aludidas disposições contribuirão para coibir práticas atentatórias dos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, no repasse de recursos públicos a entes privados, no sentido de evitar direcionamentos, seja por razões pessoais, seja por razões políticas, na celebração de convênios.

Cumpre registrar, por fim, que, quando da tramitação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias para o exercício de 2007, foi inserida emenda que veio a constituir o inciso VI do art. 36 da Lei nº 11.439, de 2006, o qual foi objeto de veto presidencial. Tal dispositivo dispõe que a destinação de recursos a entidades privadas sem fins lucrativos dependerá da “publicação de edital, pelos órgãos responsáveis pela execução de programas constantes da lei orçamentária, para habilitação e seleção de instituições prestadoras de serviços à comunidade ou que devam realizar outras atividades vinculadas à consecução dos objetivos previstos”.

As razões do veto apontaram que a ausência de previsão de uma mudança gradual do sistema vigente para o de um processo de habilitação e seleção colocaria em risco a continuidade de importantes ações governamentais, desempenhadas com recursos orçamentários de forma continuada por entidades sem fins lucrativos. Pode-se conceder que uma alteração abrupta da legislação cause transtornos à consecução de programas que já estejam em andamento. Isso não constitui, no entanto, justificativa para a perpetuação do atual modelo. Desse modo, havemos por bem determinar, na cláusula de vigência, que a lei entre em vigor no exercício seguinte ao de sua publicação.

Ante o exposto, contamos com o apoio de nossos pares para a aprovação do projeto ora apresentado.

Sala das Sessões,

Senador TASSO JEREISSATI