

CONTRATO OU CONVÊNIO

Qual o instrumento jurídico mais adequado para celebrar o pacto entre IFES e fundações de apoio?

*“As Instituições Federais de Ensino Superior - IFES e as demais Instituições Científicas e Tecnológicas - ICTs, de que trata a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, poderão celebrar **convênios e contratos**, nos termos do inciso XIII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de apoiar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos.” (Art. 1º da Lei nº 8.958/1994)*

Os instrumentos celebrados entre as IFEs e as Fundações de Apoio, podem apresentar-se com várias nomenclaturas (conforme regulamentação própria da instituição). No entanto, evidenciando o amparo legal do pacto, cada instrumento deve indicar o seu enquadramento como Contrato ou Convênio.

Embora o termo “contrato” seja, muitas vezes, adotado como gênero, no qual o termo “convênio” é uma espécie, o mesmo termo “contrato” é também adotado como espécie de acordo.

Dessa forma, faz-se necessário, sempre, análise do contexto em que se apresenta o termo “contrato”.

Conceito de contrato:

A lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Públicos), em seu art. 2º, parágrafo único, traz o conceito do termo “contrato” no sentido mais amplo:

“todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Conceito de convênio:

O inciso I do artigo 1º Decreto nº 6.170/2007 traz a definição de convênio:

“acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;”

O enquadramento do instrumento dependerá do objeto a ser pactuado e da forma que se pretende executá-lo, verificando a compatibilidade com as características de contrato ou convênio.

A tabela abaixo apresenta algumas diferenças entre contrato e convênio.

Diferenças entre contrato e convênio	
CONTRATO	CONVÊNIO
<i>Interesses paralelos em relação ao objeto</i>	<i>Interesse recíproco em relação ao objeto</i>
<i>Obtenção de proveitos específicos distintos e até opostos ao da outra parte</i>	<i>Construção de resultado final que atende aos deveres institucionais compartilhados pelos partícipes</i>

<i>Objeto é definido no contrato</i>	<i>O objeto é definido no termo de convênio e no Plano de Trabalho</i>
<i>Existência de obrigações contrapostas que devem normalmente ser equivalentes.</i>	<i>Repartição de atribuições e responsabilidades, sendo admissível a desigualdade entre as atribuições.</i>
<i>Vínculo tipicamente obrigacional. Há o dever de aplicar multas e penalidades, conforme cláusulas obrigatórias constantes do instrumento celebrado.</i>	<i>Indicam a recíproca intenção de colaborar, em algum assunto de interesse comum. As partes pactuam e repactuam suas tarefas conforme este interesse comum.</i>
<i>O valor da despesa é definido no contrato.</i>	<i>O instrumento define valores máximos para as despesas. Somente ao final da execução do convênio é registrado quanto se gastou para a realização do objeto, podendo haver sobra de recursos.</i>
<i>Caráter remuneratório em relação aos recursos financeiros recebidos pelas atividades prestadas, os valores recebidos se incorporam ao patrimônio da parte.</i>	<i>Recursos financeiros recebidos tem caráter de auxílio ao custeio das atividades que serão prestadas, os valores recebidos são exclusivamente para execução do objeto.</i>
<i>Pagamento por meio de transferência para conta particular do contratado.</i>	<i>Repasse em conta pública, aberta exclusivamente para a execução do objeto pactuado.</i>
<i>O contratado recebe após o fornecimento dos bens e serviços contratados. Proibição de pagar despesas sem o prévio fornecimento de bens ou serviços. O pagamento ocorre após a conferência da regular execução de cada parcela do objeto contratado, conforme arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964. (entendimento também exarado no item 1.6.1.3 do Acórdão TCU 11.304/2011 – 2ª Câmara). Característica detalhada na letra “a” abaixo.</i>	<i>O concedente transfere o recurso ao conveniente conforme cronograma de desembolso pactuado, exceto nos casos previstos no §3º do art. 116 da Lei 8.666/93 (não comprovação da boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida; desvio de finalidade; atrasos injustificáveis; desrespeito aos princípios fundamentais de administração pública, etc). A execução dos serviços e/ou fornecimento de bens segue ao cronograma de execução.</i>
<i>A prestação de contas (comprovação de que os serviços foram prestados e/ou os bens entregues) é condição para cada pagamento. Não há prestação de contas final.</i>	<i>Prestação de contas parcial conforme cronograma de execução e de desembolso (comprovação da execução da parcela relativa ao montante recebido, como condição para recebimento da próxima parcela). Obrigatoriedade de prestação de contas final após o término da execução do convênio.</i>
<i>As alterações contratuais sujeitam-se às normas do art. 65 da Lei n. 8.666/93, a qual, de regra, limita a 25% do valor contratado. Característica detalhada na letra “b” abaixo.</i>	<i>As alterações nos instrumentos são pactuadas entre as partes, vedada a alteração do objeto aprovado. (art. 50 da Portaria Interministerial 507/2011)</i>
<i>Rege-se, principalmente, pela Lei 8.666/1993.</i>	<i>Rege-se, de regra, principalmente, pelo Decreto nº 6.170/2007 regulamentado pela Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n.º 507/2011. Exceções previstas no art. 2º da Portaria 507: Não se aplica às exigências da Portaria 507/2011 quando não envolver transferência de recursos financeiros entre os partícipes; quando referir-se à transferências regulamentadas pela Lei nº 10.973/2004 (projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais que objetivem a geração de produtos e processos inovadores). Nestes casos, estes instrumentos regem-se pelo artigo 116 da Lei 8.666/93.</i>

Duas características apontadas acima merecem destaque:

a) Repasses/pagamentos antes da liquidação da despesa

Quando se celebra um “contrato” cujas características são de “convênio”, quase sempre, ocorrem pagamentos antecipados, sem a devida execução física propriamente dita dos projetos e sem demonstração de enquadramento na exceção para pagamento antecipado, o que constitui ilegalidade/irregularidade por contrariar o art. 62 da Lei 4.320/64 e o art. 38 do Decreto 93.872/86, *in verbis*.

"o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação". (art. 62 da Lei 4.320/64)

"Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta". (art. 38 do Decreto nº 93.872/86)

A proibição de pagamento antecipado pela Administração Pública em função da celebração de contratos para prestação de serviços e/ou fornecimento de bens é regra imposta pelo art. 62 da Lei 4.320/64. No entanto, o art. 38 do Decreto nº 93.872/86 admite, excepcionalmente, a antecipação de pagamentos, desde que prevista no acordo celebrado e mediante indispensáveis cautelas ou garantias.

Assim, considerando, também, as disposições do inc. XIII do art. 40 da Lei 8.666/93, para que a antecipação de pagamentos ocorra de forma lícita, a UFSC deverá demonstrar, nos autos do processo de contratação, a necessidade de adiantamento decorrente das especificidades do serviço contratado, a discriminação da parcela adiantada e a forma de comprovação de sua execução, assim como a prestação de garantia e posterior prestação de contas pela entidade contratada.

Neste mesmo sentido, o TCU tem firmado jurisprudência sobre o tema, conforme pode ser observado nos Acórdãos 2262/2011- Plenário, 5294/2010 - 1ª Câmara, 918/2009 - Plenário, 157/2008 - Plenário, 2565/2007 - 1ª Câmara, 367/2006-Plenário, 606/2006-Plenário e Decisões 1.646/2002 – Plenário, 933/00-Plenário e 300/99-Plenário.

Como exemplos, citamos texto do Acórdão 606/2006-Plenário e da Decisão 1.646/2002 - Plenário, nos quais o TCU determina ao jurisdicionado:

"[...] observe, em futura realização de despesas contratuais, as disposições do art. 62 da Lei n.º 4.320/64 c/c o art. 38 do Decreto 93.872/86 e o art. 40, inciso XIV, alínea 'd', da Lei n.º 8.666/93, no sentido de autorizar antecipações de pagamento somente em circunstâncias excepcionais, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, efetuando-se, posteriormente, os respectivos descontos nos créditos da empresa contratada em valores atualizados na forma do contrato." (Item 9.2.3 do Acórdão 606/2006-Plenário)

"[...] ao celebrar contratos com base na Lei 8.958/94 cuja execução implique validamente no adiantamento de recursos para serem executados através das Fundações de Apoio, para posterior prestação de contas, discrimine em suas cláusulas a parcela a ser adiantada e a forma de comprovação da sua execução (art. 40 inciso XIII da Lei 8.666/93 e art.38 do Decreto 93.872/86), bem como as garantias

exigidas à entidade contratada (art. 38 do Decreto 93.872/86 e art. 56, caput e parágrafos, da Lei 8.666/93), lembrando que por imposição dos dispositivos citados o mecanismo de adiantamento é uma excepcionalidade cuja necessidade deve ficar demonstrada no processo de contratação à vista das necessidades de cada serviço específico contratado” (item 8.2.26 da Decisão 1.646/2002 - Plenário).

b) Alterações no instrumento celebrado

Quando se celebra um “contrato” cujas características são de “convênio”, quase sempre, ocorrem aditivos que alteram o valor inicialmente pactuado acima dos limites estabelecidos para alterações contratuais, contrariando o art. 65 da Lei 8666/93 bem como deliberações do TCU, em especial o Acórdão TCU 1733/2009 Plenário, *in verbis*.

“Abstenha-se de requerer ou celebrar termos de aditamentos que extrapolem os limites previstos no art. 65, §§ 1º e 2º Lei nº 8.666/1993. Tais limites podem ser ultrapassados somente quando atendidos cumulativamente todos os pressupostos estabelecidos na Decisão 215/1999 Plenário.” (Acórdão TCU 1733/2009 Plenário)

Decisão 215/99, publicada no DOU de 21/5/p. 41 - possibilidade de a alteração qualitativa ultrapassar o limite percentual de 25%, observados, por certo, como foi o caso, os princípios da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, e desde que satisfeitos, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

I – não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II – não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III – decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV- não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diverso;

V – ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI – demonstrar-se – na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados (...) que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência”.

O TCU orienta, por meio de seu Manual de Licitações e Contratos Orientações e Jurisprudência do TCU – 4ª Edição – página 800 e 801, que:

“Contrato firmado entre as partes pode ser alterado nos casos previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, desde que haja interesse da Administração e satisfação do interesse público. Para que as modificações sejam consideradas válidas, devem ser justificadas por escrito e previamente autorizadas pela autoridade competente para celebrar o contrato. Alterações podem ser unilaterais, quando feitas exclusivamente pela Administração, ou por acordo entre a Administração e o contratado.

Alteração unilateral pode ocorrer nas seguintes situações:

- alteração qualitativa: quando a Administração necessitar modificar o projeto ou as especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- veja os requisitos para alterações qualitativas na Decisão 215/1999 Plenário, parte das deliberações que integram o título “Acréscimo ou Supressão” deste manual;
- alteração quantitativa: quando for necessária a modificação do valor do contrato em razão de acréscimo ou diminuição nos quantitativos do objeto;
- essa modificação está restrita aos limites permitidos no art. 65, § 1º, da Lei no 8.666/1993, conforme tratado no próximo tema “Acréscimo ou Supressão”;

Alteração por acordo das partes pode acontecer nas seguintes situações:

- quando for conveniente substituir a garantia efetuada para a execução do contrato;
- quando for necessária a modificação: do regime de fornecimento do bem, de execução da obra ou de prestação do serviço, pela constatação técnica de que os termos originais do contrato não se aplicam mais; da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias que surgirem após a assinatura do contrato, devendo ser mantido o valor inicial atualizado;
- para restabelecer a relação inicialmente pactuada, que objetive a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato;
- esse tema está detalhado, de forma resumida, no item “Equilíbrio Econômico-Financeiro”.

Quando se opta pela utilização de convênio, as alterações são pactuadas entre as partes, com mais flexibilidade, apenas o art. 50 da Portaria Interministerial trata a respeito.

“O convênio poderá ser alterado mediante proposta, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada ao concedente em, no mínimo, 30 (trinta) dias antes do término de sua vigência ou no prazo nele estipulado.” (Art. 50 da Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU n.º 507/2011)

No instrumento convênio a relação entre as partes (concedente e conveniente) não está fundada na comutatividade de obrigações, mas sim em parceria para alcançar um objetivo comum. Portanto, deverão ambos os partícipes acordar sobre a necessidade do ajuste.

Conclusão:

A utilização da nomenclatura “contrato” para instrumentos cujas características evidenciam ser “convênio” tem causado irregularidades na celebração, na execução e na prestação de contas dos objetos pactuados. Ressalta-se a dificuldade do controle quando do acompanhamento da execução destes instrumentos, uma vez que ao apontar descumprimento de exigências impostas pelos normativos relativos a convênio, surgem argumentos pela nulidade de tais exigências, por se tratar de contratos. No entanto, ao se apontar irregularidades por descumprimento de exigências impostas aos contratos, estas constatações ficam fragilizadas em função de cláusulas pactuadas no instrumento celebrado.