

**PARECER Nº 718/CONJUR-MD/
CGU/AGU/2011¹**

**CONVÊNIO ENTRE O
CENSIPAM E A FAPESPA**

*Leonardo Stuckert Lima
Advogado da União
Coordenador de Convênios*

¹ Versão reduzida para publicação na revista da AGU.

- I. Análise de minuta de Termo de Convênio a ser celebrado entre o CENSIPAM e a FAPESPA. Objeto: desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas por meio de projetos de pesquisa e concessão de bolsas. *Valor de R\$ 11.057.999,00* (onze milhões cinqüenta e sete mil e novecentos e noventa e nove reais).
- II. Insuficiência da análise técnica da proposição do convênio. Não atendimento do nível de exigência da legislação de regência e do TCU. Recomendações relativas à instrução do processo como um todo.
- III. Necessidade de ajustes na minuta proposta.
- IV. Validade do prosseguimento do feito condicionado ao atendimento de recomendações e à demonstração de que os óbices destacados estão superados.
- V. Parecer opinativo.

Senhora Consultora Jurídica Substituta do Ministério da Defesa,

I – RELATÓRIO

1 Trata-se de análise da regularidade jurídico-formal de minuta de Termo de Convênio (fls. 154/166) a ser celebrado entre a União, por intermédio do Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia (CENSIPAM), e a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Pará (FAPESPA), que tem por objeto “*o fortalecimento do Censipam como instituto de pesquisa na região Amazônica, por meio do estímulo e fomento ao desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação nas unidades do CENSIPAM, aplicadas aos temas afetos à Região Amazônica, por meio de projetos de pesquisa e concessão de bolsas*”.

[...]

11 Nesses termos, os autos vieram a esta Consultoria (Despacho nº 12 do Chefe de Gabinete – fl. 168).

12 É o relatório.

II – ANÁLISE

II.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

13 Inicialmente, cumpre registrar que a presente manifestação cinge-se à análise dos aspectos jurídicos da minuta e do procedimento no qual se insere, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10.2.1993, do art. 38, parágrafo único, c/c art. 116 da Lei nº 8.666, de 21.6.1993, e do art. 31 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127, de 29.5.2008, não sendo objeto deste estudo a avaliação quanto à oportunidade e conveniência em se estabelecer a avença, nem quanto à viabilidade técnica e economicidade do projeto.

14 Por meio do convênio busca-se *“o fortalecimento do Censipam como instituto de pesquisa na região Amazônica, por meio do estímulo e fomento ao desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação nas unidades do CENSIPAM, aplicadas aos temas afetos à Região Amazônica, por meio de projetos de pesquisa e concessão de bolsas”* (Cláusula Primeira). Para tanto, pretende-se a transferência de recursos do CENSIPAM à FAPESPA no valor de R\$ 10.052.279,00 (dez milhões, cinqüenta e dois mil e duzentos e setenta e nove reais) e o aporte de contrapartida pela convenente no valor de R\$ 1.138.894,08 (um milhão, cento e trinta e oito mil, oitocentos e noventa e quatro reais e oito centavos) (Cláusula Sexta).

15 Segundo a minuta (Cláusula Quarta – Da forma de execução), os *“recursos financeiros a serem repassados pelo CONCEDENTE à CONVENENTE serão destinados ao pagamento de bolsas técnicas e científicas, concedidas por meio processo seletivo via edital público e diárias, seguro e passagens concedidas para complementação das pesquisas que necessitem de verdade de campo”*. Ademais, os estudos técnicos e científicos serão coordenados pelo Centro Regional de Belém, na área que abrange os estados do Pará, Tocantins, Maranhão e Amapá, e pelo Centro Regional de Porto Velho, na área que abrange os estados do Mato Grosso, Rondônia e Acre.

16 Consta ainda que *“os recursos previstos para serem aplicados no presente convênio serão oriundos de outros entes (FNMA, MDA e MMA)”*. (fls. 148/149)

17 Antes do exame da minuta do convênio propriamente dita, cumpre verificar se as características essenciais dessa espécie de instrumento encontram-se presentes neste caso, bem como se o processo fora instruído de maneira adequada.

II.2 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DOS CONVÊNIOS

18 Submete-se ao exame desta Consultoria minuta de Termo de Convênio, na qual se prevê a transferência de recursos do CENSIPAM à FAPESPA para a consecução de certo objetivo.

19 O Decreto nº 6.170, de 25.7.2007, que regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação, em seu art. 1º, § 1º, I, contém a seguinte definição:²

Art. 1º [...]

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - 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; (grifos acrescidos)

20 Ubiratan Aguiar,³ Ministro do Tribunal de Contas da União, assim define convênio:

Os convênios são acordos firmados entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre essas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum, desde que os partícipes estejam devidamente aparelhados para a consecução da atividade acordada. (grifos acrescidos)

21 Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho,⁴ tratando dos convênios, ajustes e termos congêneres, esclarece que:

2 A Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/08, em seu art. 1º, § 1º, VI, traz semelhante definição.

3 AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênios e tomadas de contas especiais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 23.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 197.

[...] mais importante que o rótulo, porém, é o seu conteúdo, caracterizado pelo *intuito dos pactuantes de recíproca cooperação, em ordem a ser alcançado determinado fim de seu interesse comum.* (grifos acrescidos)

22 A respeito do tema, Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires⁵ ensinam que:

[...] ao considerar o interesse das partes - oposto no contrato e convergente ou comum no convênio - acrescentam outras: a) *os conveniados devem ter objetivos institucionais comuns*; b) os partícipes devem objetivar um *resultado comum*; c) *não há preço ou remuneração*; há *mútua colaboração*, que implica repasse de verbas, de uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis e até de know-how; d) não se fala em partes, pois não há pretensões diversas; há partícipes com as mesmas pretensões; e) ausência de vínculo contratual, de cláusula de permanência obrigatória, de sanções de inadimplência. (grifos acrescidos)

23 Assim, depreende-se que o convênio visa à consecução de *objetivo comum em regime de mútua colaboração*, sendo que a respectiva celebração, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU),⁶ deve levar em conta não apenas a *capacidade técnica e operacional* dos entes responsáveis por executar o objeto, mas também a *viabilidade técnica e a economicidade da medida* que se deseja implementar.

24 Em síntese, podem-se enumerar os seguintes requisitos para a caracterização do convênio: (i) *objeto lícito e determinado*; (ii) *busca por um resultado comum*; (iii) *recíproca cooperação*; e (iv) *inexistência de preço*.

25 A verificação da presença desses elementos, naturalmente, deve ocorrer antes celebração do instrumento.

26 De fato, incumbe ao órgão administrativo interessado na avença realizar rigorosa e prévia análise técnica com o propósito de demonstrar não apenas a presença das características típicas dos convênios, mas, também, a capacidade técnica e operacional do pretenso conveniente,

5 RIBEIRO, Jorge Miranda. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, recomendações*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 29.

6 *Vide* Acórdãos TCU nº 800/2008 – 2ª Câmara e nº 1562/2009 – Plenário.

seja para executar o objeto, seja para gerir bem os recursos públicos que lhe serão repassados. Ademais, cabe ao gestor público realizar criterioso exame acerca da viabilidade técnica e a economicidade do projeto que se pretende levar a cabo. Devido à importância de que se reveste a análise técnica em comento, opta-se por aprofundar o tema mais à frente, em tópico específico dedicado à verificação da adequada instrução do processo.

27 Neste momento, o importante é verificar se a relação jurídica que se pretende estabelecer entre o CENSIPAM e a FAPESPA, de fato, contém as características típicas dos convênios.

II.2.1 OBJETO LÍCITO E DETERMINADO:

28 O Decreto nº 6.170/2007 define objeto como o “*o produto do convênio ou contrato de repasse, observados o programa de trabalho e as suas finalidades*” (art. 1º, § 1º, X).

29 Segundo Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires, “*O objeto de qualquer instrumento é aquilo a ser executado, o fim que se pretende atingir*”.

30 No que tange ao objeto de convênios e instrumentos congêneres dois aspectos sobressaem: (i) o primeiro deles consiste na legalidade do próprio objeto; e (ii) o segundo diz respeito à descrição clara, precisa e detalhada daquilo que se pretende realizar.

31 A investigação acerca da legalidade do objeto não se restringe à análise de sua conformidade, em abstrato, com o ordenamento jurídico pátrio, mas também passa pelo exame da compatibilidade do formato de certa relação jurídica com as peculiaridades do ajuste convenial.

32 Definir o objeto do convênio, por sua vez, significa precisar exatamente o que será realizado.

33 O presente tópico será dedicado apenas ao exame da legalidade do objeto, porquanto a descrição detalhada e completa deste elemento do convênio (objeto) é requisito próprio do Plano de Trabalho (art. 116, § 1º, Lei nº 8.116/93; art. 21, Portaria Interministerial nº 127/08), de modo que será apreciada por ocasião da avaliação do referido documento.

7 RIBEIRO, Jorge Miranda & PIRES, Maria Mota. *Convênios da União*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 88.

34 Pois bem.

35 Examinar a conformidade do objeto quanto ao ordenamento jurídico, certamente, é um aspecto a ser considerado, pois o convênio, assim como qualquer outro negócio jurídico, tem sua validade condicionada à licitude do respectivo objeto.

36 De toda forma, não se pode deixar de averiguar se os contornos da relação jurídica a ser constituída são compatíveis com as características dos ajustes convencionais. A importância desse segundo nível da análise da legalidade do objeto pode ser melhor compreendida a partir do seguinte exemplo: é lícita a contratação de serviços pela Administração por meio de licitação (art. 37, XXI, CF; Lei nº 8.666/93), contudo, não é válida a relação jurídica formalizada por um convênio que tenha como objeto a prestação remunerada de serviços.

37 Quanto ao primeiro ponto – conformidade do objeto com o ordenamento jurídico –, não se verificam maiores problemas, na medida em que, segundo o item 4 do Plano de Trabalho, reproduzido na Cláusula Primeira da minuta, pretende-se fomentar o desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação.

38 Realizar estudos técnicos e científicos, obviamente, não contraria a legislação de regência, pelo que se reconhece a licitude do objeto abstratamente considerado.

39 Por outro lado, Identificar a compatibilidade da relação jurídica em questão com as peculiaridades dos convênios não é tarefa fácil, até mesmo porque alguns de seus detalhes fundamentais somente serão revelados na prática, com a efetiva execução do objeto que se pretende realizar.⁸

40 De toda forma, a documentação carreada ao feito traz alguns indicativos.

41 Segundo a minuta proposta (Cláusula Quarta – Forma de Execução), “os recursos financeiros a serem repassados pelo CONCEDENTE à CONVENIENTE serão destinados ao pagamento de bolsas técnicas e científicas, concedidas por meio de processo seletivo via edital público

8 Avaliar essa compatibilidade, na verdade, acaba antecipando a checagem da presença das demais características típicas dos convênios, mas nada obsta um exame mais aprofundado desses requisitos em separado.

e diárias, seguro e passagens concedidas para complementação das pesquisas que necessitem de verdade de campo.”

42 Diante disso, presume-se que não há interesses contrapostos, como no caso de contratos administrativos⁹, porquanto os recursos descentralizados servirão para pagar os bolsistas, sem que haja previsão de remuneração para a Fundação conveniente.

43 Ademais, tanto o CENSIPAM como a FAPESPA, conforme os respectivos regimentos, dedicam-se ao desenvolvimento e fomento de estudos e pesquisas, de modo que os partícipes parecem convergir esforços (recíproca cooperação) para a consecução de um objetivo de interesse comum (busca por um resultado comum). Em tese, portanto, não se verifica óbice à formalização do convênio com esse objeto.

44 Por outro lado, considerando que os autos não fornecem maiores detalhes acerca da relação que se estabelecerá entre os atores envolvidos no ajuste (CENSIPAM, FAPESPA e bolsistas), além de que faz parte da rotina dos órgãos de controle investigar irregularidades eventualmente cometidas por entes públicos na execução de convênios que eram perfeitos em tese, esta Consultoria reputa conveniente antecipar algumas questões primordiais, *alertando o gestor público acerca dos seguintes pontos*:

- i. a Fundação deve, de fato, dar sua parcela de contribuição na consecução do objetivo perseguido na espécie (*recíproca cooperação*), sem limitar sua atuação ao papel de mero fornecedor ou agenciador de mão-de-obra, assim entendido aquele que apenas seleciona e contrata os pesquisadores, promovendo a gestão correlata;
- ii. a Fundação *não pode ser remunerada*, sendo que a sua contribuição para a consecução do objeto inevitavelmente demanda custos que, ao menos em parte, podem e devem ser por ela suportados;
- iii. o pessoal da Fundação e os pesquisadores contratados só podem desempenhar *atividades que, comprovadamente, não possam ser realizadas pelos servidores do CENSIPAM* (art. 20, § 2º, Lei nº 12.309/10), atividades essas que se caracterizem

9 Nos contratos, a Administração se interessa pelos serviços, ao passo que o particular visa ao lucro.

como *accessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão* (art. 1º, § 2º, Decreto 2.271/97; art. 9º, I e II, IN/SLTI-MP nº 02/2008);

- iv. o pessoal da Fundação e os pesquisadores *não podem desempenhar atividades finalísticas próprias dos servidores do CENSIPAM*, salvo nas hipóteses admitidas em lei, sob pena de burla ao princípio constitucional da obrigatoriedade de concurso público (art. 37, II, CF¹⁰) e ao Decreto nº 2.271, de 7.7.1997 (art. 1º, § 2º¹¹);
- v. os bolsistas *não podem desempenhar atividades que não estejam estritamente relacionadas ao desenvolvimento das pesquisas* previstas no Plano de Trabalho; e
- vi. *não pode haver subordinação trabalhista entre o bolsista e o CENSIPAM* (art. 4º, IV, Decreto nº 2.271/97¹²; e Enunciado nº 331 do TST¹³).

45 Os dois primeiros pontos, na verdade, antecipam questões relativas aos demais requisitos dos convênios e serão estudados com mais

10 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

II - a *investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público* de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos acrescidos)

11 *Art. 1º* No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais *accessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade*.

[...]

§ 2º *Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto*, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. (grifos acrescidos)

12 *Art. 4º* É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

[...]

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

13 TST Enunciado nº 331 [...]

profundidade adiante. Os itens (v) e (vi) falam por si só, prescindindo de maiores comentários. Neste momento, o que mais preocupa este órgão de assessoramento são as questões tratadas nos itens (iii) e (iv) supra.

46 Pois bem.

47 A Lei nº 12.309, de 9.8.2010 (Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO 2011), estabelece que os serviços de consultoria, *inclusive* aqueles realizados no âmbito dos acordos de cooperação técnica com organismos internacionais, somente serão contratados para execução de atividades que, *comprovadamente*, não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da Administração Pública Federal, no âmbito do respectivo órgão ou entidade. Além disso, fixa condições para essa espécie de contratação, senão vejamos:

Art. 20. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:

[...]

§ 2º *Os serviços de consultoria, inclusive* aqueles realizados no âmbito dos acordos de cooperação técnica com organismos internacionais, *somente serão contratados para execução de atividades que, comprovadamente, não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da Administração Pública Federal*, no âmbito do respectivo órgão ou entidade, publicando-se no Diário Oficial da União, além do extrato do contrato, a justificativa e a autorização da contratação, na qual constarão, necessariamente, a identificação do responsável pela execução do contrato, a descrição completa do objeto do contrato, o quantitativo médio de consultores, o custo total e a especificação dos serviços e o prazo de conclusão. (grifos acrescidos)

48 Ademais, o Decreto nº 2.271/1997 veda expressamente a *execução indireta* das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos de ente público ou que constituem área de sua competência legal (art. 1º, *caput*, e § 2º); proíbe, igualmente, a contratação que tenha por objeto exclusivo fornecimento de mão-de-obra (art. 4º, II¹⁴); confira-se:

14 Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

[...]

II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;

[...]

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional *poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.*

[...]

§ 2º *Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. (grifos acrescidos)*

49 Mais claramente, a Instrução Normativa/SLTI-MP nº 2/2008 (arts. 9º, I e II) delimita o campo no qual se admite a execução indireta de serviços da Administração, também conhecida como “terceirização”:

Art. 9º *É vedada a contratação de atividades que:*

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; (grifos acrescidos).

50 Embora o art. 20, § 2º, da LDO 2011 e o art. 9º da Instrução Normativa/SLTI-MP nº 2/2008 refiram à *contratação* de serviços, abrindo margem à frágil interpretação de que se restringiriam às relações precedidas de licitação, não há dúvidas de que a vedação também se estende à celebração de convênios ou qualquer instrumento jurídico que viabilize a execução indireta de atividades da Administração. Isso porque *se proíbe, de um modo geral, a transferência de atividades finalísticas e atos de gestão da Administração para particulares, pouco importando o meio pelo qual a “terceirização” irá se concretizar.*

51 Nessa linha de raciocínio, destaca-se o entendimento consolidado na Súmula nº 97 do Tribunal de Contas da União a respeito da utilização de fundações de apoio como mecanismo de aliciamento e arregimentação de mão-de-obra:

Súmula nº 97 - TCU

Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645, de 10/12/70 (Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), *não se admite*, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, *a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas e privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais pelo referido Plano.* (grifos acrescidos)

52 No mesmo sentido, o julgado da Corte de Cotas a seguir colacionado, no qual se ressalta a irregularidade da contratação direta de fundações de apoio para o mero fornecimento de mão-de-obra:

AUDITORIA. RELACIONAMENTO ENTRE HOSPITAIS FEDERAIS NO RIO DE JANEIRO E FUNDAÇÕES DE APOIO. CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÃO.

1. *É irregular a contratação de fundações de apoio para o fornecimento de mão-de-obra destinada a desempenhar funções típicas de cargos públicos, por contrariar o art. 37, inciso II, da Constituição Federal e o art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97.*

2. *É irregular a contratação direta de fundações de apoio, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, para o fornecimento de mão-de-obra.*

3. *É irregular a prestação de serviços a terceiros, pelas fundações de apoio, usando de instalações e equipamentos de entidades públicas.*

4. [...]

5. *É irregular o pagamento, pelas fundações de apoio, de complementação ou gratificação salarial a servidores públicos, no desempenho dos cargos que ocupam em órgãos ou entidades federais, por contrariar os arts. 37, inciso X, e 169, § 1º, da Constituição Federal. (Acórdão nº 1193/2006 – Plenário) (grifos acrescidos)*

53 É interessante ressaltar que não consta revogação expressa da Súmula nº 97 do TCU, nem da Lei nº 5.645, de 10.12.1970, que estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e cujo art. 2º, I, classifica como de provimento efetivo os cargos que se enquadram no *grupo de Pesquisa Científica e Tecnológica*.

54 De acordo com o art. 3º da referida Lei, o grupo Pesquisa Científica e Tecnológica compreende “*os cargos com atribuições, exclusivas ou comprovadamente principais, de pesquisa científica, pura ou aplicada, para cujo provimento se exija diploma de curso superior de ensino ou habilitação legal equivalente e não estejam abrangidos pela legislação do Magistério Superior*”.

55 Portanto, persiste a vedação para a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas e privadas, para o desempenho de atividades inerentes aos cargos abrangidos pelo grupo de Pesquisa Científica e Tecnológica, de modo que *incumbe ao gestor público demonstrar de maneira contundente que:*

- *o pessoal da FAPESPA e os pesquisadores por ela contratados somente desempenharão atividades que, comprovadamente, não possam ser realizadas pelos servidores do CENSIPAM (art. 20, § 2º, Lei nº 12.309/10);*
- *o pessoal da FAPESPA e os pesquisadores por ela contratados não desempenharão atividades próprias dos servidores do CENSIPAM, assim definidas no seu plano de cargos e salários, ou que constituam sua missão institucional, mas apenas atividades que se caracterizem como acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão (art. 1º, § 2º, Decreto 2.271/97; art. 9º, I e II, IN/SLTI-MP nº 02/2008);*

56 *Alternativamente ao segundo ponto, cumpra-se demonstrar que a situação se enquadra nas exceções admitidas pelo § 2º do art. 1º do Decreto nº 2.271/1997.*

57 *Registre-se que não se considera suficiente a afirmação contida na Nota Técnica de fls. 151/153 no sentido de que “não haverá envolvimento de pesquisadores no processo de produção que é de responsabilidade da área finalística do CENSIPAM”. A questão requer maiores esclarecimentos, mediante cotejo realizado a partir dos parâmetros acima articulados.*

58 Destaca-se que eventual ausência de plano de cargos e salários do órgão não autoriza a frágil conclusão de que teria caído por terra a vedação em discussão. *Nessa hipótese, para tentar justificar a não incidência da vedação legal em comento, o CENSIPAM deverá considerar as atividades que constituem a sua missão institucional, ou, em outras palavras, o conjunto de atividades finalísticas que constituem a sua área de competência, conforme se extrai do caput do art. 1º do Decreto nº 2.271/1997.*

59 *Mesmo nessa hipótese, é preciso explicar melhor o argumento da Nota de fls. 151/153 no sentido de que o CENSIPAM só teria como atividade finalística a aplicação e não a realização de pesquisa para o desenvolvimento de metodologia, porquanto compete ao órgão não apenas fomentar, mas também realizar pesquisas e contribuir para o aperfeiçoamento de recursos humanos no âmbito de sua competência (art. 36-A, I, Anexo I, Decreto nº 7.364/2010).*

60 Questões análogas, como a terceirização ilegal ou mesmo a “quarteirização” já foram alvo de pronunciamento desta Consultoria Jurídica, em virtude de consulta realizada pela Comissão Desportiva Militar do Brasil (CDMB), dando ensejo à emissão do Parecer nº 952/2010/CONJUR-MD/AGU, que concluiu pela existência de óbice jurídico àquela pretensão de terceirização e sugeriu outras soluções para o caso, a exemplo do *mecanismo previsto na Lei nº 8.745/93, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.*

61 Abarcando a matéria em comento, têm-se os seguintes julgados do Tribunal de Contas da União:

Assuntos: CONTRATOS e PESSOAL. DOU de 31.07.2009, S. 1, p. 88. Ementa: determinação ao Departamento Nacional de Trânsito para que *se abstenha de celebrar contratos cuja execução do objeto demande ações previstas em seu quadro funcional como atividade-fim* (item 1.5.1.5, TC-007.077/2001-6, Acórdão nº 3.923/2009-1ª Câmara).

Assunto: CONSULTORIA. DOU de 08.08.2008, S. 1, p. 144. Ementa: o TCU *determinou à CAPES que, por ocasião da contratação de consultores/consultorias, instruisse todas as contratações de consultores com justificativas aptas a comprovar que as tarefas que seriam executadas não estariam abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, nem se constituíriam em atividade principal da área de competência legal do órgão ou entidade* (item 3.2.1, TC-020.252/2007-2, Acórdão nº 2.383/2008-TCU-1ª Câmara).

DOU de 25.03.2008, S. 1, p. 98 – o TCU determinou à ELETRONORTE que, nas contratações de serviços terceirizados, observasse o disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/1997, bem como nos Acórdãos nºs 2646/2007-TCU-Plenário e 2084/2007-TCU-Plenário, e *não incluisse no objeto da contratação atividades não passíveis de terceirização, que são contempladas pelo plano de cargos da entidade* (item 9.3, TC-020.314/2006-9, Acórdão nº 449/2008-TCU-Plenário).

[...]

1. Por oportuno, vale citar a existência de Conciliação Judicial firmada pela União e o Ministério Público do Trabalho no sentido de contratar serviços terceirizados apenas nas hipóteses autorizadas pelo Decreto nº 2.271/1997, sob pena de multa diária em caso de descumprimento (Termo de Conciliação Judicial – Processo nº 00810-2006-017-10-00-7), o que *reforça ainda mais a recomendação ora suscitada como condição para o prosseguimento, ou não, deste procedimento.*

[...]

64 *Somente após o atendimento das recomendações lançadas neste tópico é que esta Consultoria terá condições de aferir, com segurança, a legalidade do objeto proposto e o processo poderá seguir em seus ulteriores termos.*

65 Não obstante, continuemos a investigação da presença das características dos convênios.

II.2.2 BUSCA POR UM RESULTADO COMUM EM REGIME DE MÚTUA COLABORAÇÃO:

66 A marca distintiva dos convênios é a conjugação de esforços (recíproca cooperação) para a consecução de um objetivo comum dos partícipes (busca por um resultado comum). Sem a identificação desse objetivo comum a ser alcançado em regime de mútua colaboração, não será possível reconhecer a autêntica conformação de certa relação jurídica ao padrão dos convênios. À míngua de tais elementos fundamentais, provavelmente estar-se-á diante de objeto passível de contratação via licitação.

67 Para aferir o interesse de um ente em torno de determinado objeto é preciso identificar quais são as suas atribuições institucionais.

68 *In casu*, trata-se de convênio que tem por objeto o “*fomento ao desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação*” (Cláusula Primeira), no qual a União, por intermédio do CENSIPAM, figura como concedente e a FAPESPA, por sua vez, ostenta a condição de convenente.¹⁵

69 De acordo com o art. 36-A, II, do Anexo I ao Decreto nº 7.364, de 23.11.2010, que aprova a estrutura regimental do Ministério da Defesa, compete ao CENSIPAM, entre outras atividades, fomentar e desenvolver estudos e pesquisas, senão vejamos:

Art. 36-A Ao Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia - CENSIPAM compete:

[...]

II - fomentar e realizar estudos e pesquisas, bem assim o desenvolvimento de recursos humanos no âmbito de sua competência; (grifos acrescidos)

70 A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Pará (FAPESPA), por seu turno, é uma pessoa jurídica de direito público, criada pela Lei Complementar Estadual nº 061, de 24.7.2007, que também se dedica ao fomento de atividades de pesquisa, conforme se depreende do Decreto Estadual nº 1.656, de 12.5.2009¹⁶, pelo qual a Governadora do Estado do Pará aprovou o Regimento Interno da Fundação; confira-se:

REGIMENTO INTERNO DA FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DO PARÁ - FAPESPA

CAPÍTULO I

DA DENOMINAÇÃO E DA FINALIDADE

Art. 1º A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Pará - FAPESPA, criada pela Lei Complementar nº 061, de 24 de julho

15 Os convênios tem como partícipes, de um lado, o concedente, que é o ente (órgão ou entidade) da administração pública federal direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos financeiros destinados à execução do objeto; e, de outro lado, o convenente, isto é, um ente da administração pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, ou entidade privada sem fins lucrativos, com o qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento (art. 1º, § 1º, IV e VI, do Decreto nº 6.170/07).

16 No mesmo sentido, o Decreto Estadual nº 21.133, de 25.2.2010, que aprovou o Estatuto da Fundação.

de 2007, pessoa jurídica de direito público, vinculada à Secretaria de Estado de Desenvolvimento, Ciência e Tecnologia - SEDECT, com autonomia administrativa e financeira, com sede e foro em Belém, Capital do Estado do Pará, reger-se-á por este Regimento e terá por finalidade promover o desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas no Estado do Pará, competindo-lhe, para a consecução desse objetivo:

I - apoiar pesquisas e demais atividades científicas e tecnológicas que pertençam às áreas consideradas relevantes e prioritárias pelo órgão colegiado responsável pela edição de normas e pela definição das diretrizes para a implantação da política de desenvolvimento, ciência, tecnologia e inovação no Estado;

II - definir os critérios de seleção, acompanhamento e avaliação dos projetos de pesquisas;

[...]

V - custear, financiar ou subvencionar, total ou parcialmente, projetos de pesquisa científica e tecnológica, individuais ou institucionais, de direito público ou privado, relevantes para o desenvolvimento científico, tecnológico, econômico e social do Estado do Pará;

VI - auxiliar a formação e o aperfeiçoamento de pesquisadores e técnicos, organizando ou auxiliando a organização de cursos especializados, sob a orientação de professores brasileiros ou estrangeiros, concedendo bolsas de estudo ou de pesquisa e promovendo estágios em instituições técnico-científicas e em estabelecimentos industriais no País ou no exterior;

VII - participar de iniciativas e de programas voltados para a capacitação de recursos humanos das instituições que atuam na área de ciência, tecnologia e ensino superior;

VIII - cooperar com as universidades e com os institutos de pesquisa e de ensino tecnológico para o desenvolvimento da pesquisa científica, para a formação de pesquisadores e para a transferência e a difusão tecnológica;

[...]

XII - incentivar a realização de estudos, programas, projetos e outras atividades que tenham por objeto a criação, o aperfeiçoamento e a

consolidação do processo de desenvolvimento científico e tecnológico, de técnicas, processos e produtos, e a absorção, a utilização e a difusão tecnológica primária ou incremental;

[...] (grifos acrescidos)

71 Portanto, observa-se que, em tese, os partícipes atuam em busca de um *objetivo comum* – fomentar o desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas –, de modo que se reconhece a presença dessa característica essencial dos convênios no presente caso.

72 Contudo, não basta a afinidade entre as atribuições institucionais dos partícipes, é preciso que o arranjo concebido para a relação jurídica, *na prática*, contemple um *regime de mútua colaboração*.

73 Como se adiantou, a Fundação deve, *de fato*, dar sua parcela de contribuição na consecução do objetivo perseguido na espécie (recíproca cooperação), sem limitar sua atuação ao papel de mero prestador de serviços ou fornecedor de mão-de-obra, entendido como aquele que apenas seleciona, contrata os pesquisadores e promove a gestão correlata.

74 Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do TCU:

[ACÓRDÃO]

[...] 8.1 determinar à [...] que, em futuros ajustes, observe o art. 48, caput e §1º do Decreto n.º 93.872/86, de maneira que *a celebração de convênios seja utilizada tão-só para a execução de serviços de interesse recíproco desse Ministério e do ente conveniado, e não para a contratação de prestação de serviços*, bem como observe o art. 116 da Lei n.º 116 da Lei n.º 8.666/93, que submete a celebração de convênio à aprovação prévia do competente plano de trabalho. (Decisão n.º 118/2000 - Plenário, Relator Min. Humberto Souto. Processo TC n.º 014.137/1992-2, DOU de 20.03.2000)

75 O conveniente deve entrar no ajuste para somar esforços com vistas à perfeita e eficiente execução do objeto previsto no Plano de Trabalho e o indicativo inicial de que isso se dará pode ser encontrado no conjunto de responsabilidades que lhe foram atribuídas na minuta do instrumento.

76 *In casu*, na Cláusula Quinta, inciso II, está previsto que cabe à conveniente *“promover a implantação do objeto pactuado”* (alínea “a”),

“elaborar em parceria com a CONVENIENTE [sic: CONCEDENTE] os editais de convocação dos bolsistas” (alínea “b”); “publicar o edital de seleção dos bolsistas” (alínea “c”); “responsabilizar-se pela execução do objeto” (alínea “d”); “promover os pagamentos decorrentes da execução de serviços relativos à implementação do objeto de Convênio” (alínea “i”), entre outras atribuições.

77 *Trata-se de descrição genérica das atribuições da conveniente, a qual não permite aferir, com segurança, que o papel da Fundação não se restringe à seleção dos bolsistas e gestão dos respectivos contratos, tarefas essas que poderiam ser perfeitamente realizadas por empresa contratada mediante licitação para essa finalidade.*

78 *Examinando o Regimento Interno da Fundação, observa-se que no rol de suas atribuições há atividades que, se efetivamente realizadas, podem evidenciar a sua contribuição na execução do objeto deste convênio, nos moldes daquilo que se espera nos ajustes dessa natureza.*

79 *Cite-se, como exemplo, a atribuição prevista no inciso VI do art. 1º do Regimento Interno da Fundação, consistente em “auxiliar a formação e o aperfeiçoamento de pesquisadores técnicos, organizando ou auxiliando a organização de cursos especializados [...] concedendo bolsas de estudo ou de pesquisa [...]”.*

80 *Assim, partindo da premissa de que o CENSIPAM comprovará não ter condições de realizar o que a Fundação e os pesquisadores farão, reputa-se necessário demonstrar porque a opção pelo convênio é mais vantajosa e eficiente do que contratar empresa privada para a realização do processo seletivo e a contratação dos profissionais necessários (consultores), além de outras atividades de gestão correlatas;¹⁷ ou, ainda, de que se trata da única alternativa viável para o que se pretende no caso.¹⁸*

81 *Cumpridas as condições do item anterior, recomenda-se que as responsabilidades da conveniente sejam melhor detalhadas na minuta (Cláusula Quinta, inciso II) e exponham, com maior clareza, a efetiva parcela de contribuição que por ela será dada.*

17 As restrições à execução indireta de atividades próprias da Administração, obviamente, incidiriam nessa hipótese, na forma do tópico II.2.1 desta análise.

18 Devido à íntima relação que há entre este assunto e a necessidade de avaliação dos custos pela Administração, a questão será novamente tratada em tópico específico desta manifestação.

82 Ademais, *a demonstração de que o objetivo comum será alcançado em regime de mútua colaboração é um dos pontos a ser abordado pela análise técnica de responsabilidade do CENSIPAM* e será novamente destacada neste parecer por ocasião do exame da regularidade formal de tal documento.

II.2.3 AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO:

83 Uma das características primordiais à caracterização do convênio é a ausência de remuneração do conveniente. Trata-se, na verdade, de um pressuposto negativo, isto é, de um aspecto cuja presença macula a validade da relação jurídica formalizada por convênio: presente a remuneração, não se tratará de convênio, mas de contratação de serviço que deveria ter sido precedida de licitação.

84 Segundo a minuta proposta (Cláusula Quarta – Da Forma de Execução), *“os recursos financeiros a serem repassados pelo CONCEDENTE à CONVENIENTE serão destinados ao pagamento de bolsas técnicas e científicas, concedidas por meio de processo seletivo via edital público e diárias, seguro e passagens concedidas para complementação das pesquisas que necessitem de verdade de campo.”*

85 Ademais, não há nenhuma disposição que autorize a remuneração da Fundação, nem mesmo o ressarcimento dos custos por ela incorridos.

86 Nessas condições, esta Consultoria reconhece a presença desse requisito em específico (ausência de remuneração), sem prejuízo da observação de que a *efetiva* execução do convênio deve respeitar a restrição de que a Fundação não pode ser remunerada.

87 Após o exame da presença ou não das características essenciais dos convênios, *esta Consultoria considera que a relação jurídica que se pretende estabelecer entre o CENSIPAM e a FAPESPA somente se conformará perfeitamente ao padrão dessa espécie de instrumento jurídico se a Administração atender às recomendações lançadas nas linhas precedentes desta manifestação.*

88 Adiante, cumpre examinar se os autos encontram-se munidos dos documentos e elementos necessários.

II.3 INSTRUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

89 A celebração de convênios, termos de cooperação e outros instrumentos congêneres pressupõe a adequada instrução do correspondente processo administrativo.

90 Além de uma análise técnica na qual se aborde, entre outros aspectos, a conveniência e oportunidade em se entabular a avença e a viabilidade econômica do projeto, o feito deve se fazer acompanhar, ao menos, de um Plano de Trabalho e de um Projeto Básico ou Termo de Referência, conforme a natureza do objeto.

II.3.1 ANÁLISE TÉCNICA:

91 Segundo o Tribunal de Contas da União, a adequada análise técnica das proposições relativas a convênios constitui a validação do planejamento da ação a ser executada e é a fase de controle mais efetiva e menos onerosa (fase antecedente). A fase concomitante (acompanhamento e fiscalização) e a subsequente (verificação dos resultados e prestação de contas) dependem fundamentalmente dos parâmetros fixados na fase antecedente. A partir dessa compreensão, o órgão de controle externo tem enxergado uma relação de causa e efeito entre a negligência na primeira fase e as irregularidades praticadas nas demais.

92 A título de exemplo, vale citar as situações em que o acompanhamento da execução e a verificação dos resultados tornam-se praticamente inviáveis se o objeto e suas metas não são suficientemente detalhados.

93 A realização de uma análise técnica adequada deve compreender, necessariamente, a certificação da consistência do Plano de Trabalho e do Projeto Básico/Termo de Referência, da compatibilidade dos seus custos e das condições do conveniente em executá-lo.

94 Nesse sentido, a Corte de Contas verbera que a obtenção de bons resultados na execução descentralizada de programas por meio de convênio depende da capacidade de o *concedente*, a partir de uma criteriosa avaliação técnica:

[...] (i) identificar os resultados esperados e comunicá-los à sociedade; (iii) elaborar um plano de trabalho que, se bem executado, conduza aos resultados esperados; (iii) selecionar um conveniente com qualificação técnica, operacional e jurídica compatível com o plano de trabalho e capaz de prestar contas na forma ajustada e

demonstrar os resultados alcançados; (iv) acompanhar a execução do plano de trabalho; e (v) analisar as prestações de contas e comunicar os resultados alcançados (Acórdão nº 2508/2010 – Plenário).

95 A insuficiência das análises técnica e jurídica que precedem a assinatura do instrumento costuma redundar em uma série de irregularidades, conforme acentuou a Corte de Contas no Acórdão nº 2066/2006 - Plenário:

[...]

3.2.27 As irregularidades [...], decorrentes de análises técnicas e jurídicas superficiais, meramente pro forma, e até mesmo a aprovação de celebração de convênios na ausência destas, colocam a administração em diversas situações de risco [...]: celebração de convênios que não atendam à finalidade pública ou aos objetivos da ação governamental; pactuações por meio de instrumentos viciados e/ou com riscos jurídicos implícitos; prejuízos ou danos ao erário pela malversação ou desvio de recursos públicos em consequência de custos inexequíveis ou superdimensionados, inexecuções, execuções parciais ou imperfeitas, seja por inexperiência, má-fé, falta de condições ou inépcia das entidades convenentes.

3.2.28 A adequada análise técnica das proposições, certificando-se da consistência dos planos de trabalho, da adequabilidade de seus custos e das condições das entidades convenentes para executá-los, constitui a validação do planejamento da ação a ser executada e é a fase de controle mais efetiva e menos onerosa [...]: a antecedente. A efetividade das demais fases, a concomitante (acompanhamento e fiscalização da execução) e a subsequente (avaliação de resultados e prestações de contas) dependem fundamentalmente dos parâmetros estabelecidos na primeira fase. Os fatos descritos [...] denotam uma correlação do tipo causa e efeito entre a negligência na primeira fase e as irregularidades praticadas nas demais. (Acórdão TCU nº 2066/2006 – Plenário) (grifos acrescidos)

96 No tocante à análise técnica, registre-se que o Tribunal de Contas da União, na qualidade de agente de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União¹⁹, tem determinado aos seus órgãos de auditoria que concentrem esforços na avaliação das ações preventivas do ente concedente, ou seja, na fase de análise técnica

19 O TCU é órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle das contas públicas (arts. 70 e 71, CF).

das proposições e celebração dos instrumentos, com atenção específica para eventuais desvios de conduta e negligência funcional. Veja-se excerto do seguinte julgado, *in verbis*:

DOU de 23.04.2007, S. 1, p. 64 - o Plenário do TCU determinou aos seus profissionais auditores que, ao realizarem auditorias em convênios e contratos de repasse, acordos, ajustes e outros instrumentos utilizados para transferir recursos federais a prefeituras municipais, *concentrassem esforços na avaliação do controle preventivo* que deve ser exercido pelo órgão/entidade concedente, *na fase de análise técnica das proposições e celebração dos instrumentos, atentando quanto a eventuais desvios de conduta e/ou negligência funcional de agentes e gestores públicos, caracterizados pela falta ou insuficiência de análises técnicas, especialmente no que se refere a avaliação da capacidade da entidade conveniente para a consecução do objeto proposto e para realizar atribuições legalmente exigidas na gestão de recursos públicos e para prestar contas, propondo*, entre outras medidas ao seu alcance, *a responsabilização pessoal por ato de gestão temerária, instauração de processo disciplinar, inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, multas e solidariedade no débito* quanto a conexão dos fatos assim permitir, *especialmente quando não presentes os pressupostos basilares para a celebração: a legitimidade da parceria e a existência de interesse público convergente entre os entes concedentes e convenientes* (item 9.2.1, TC-015.670/2005-5, Acórdão nº. 641/2007-TCU - Plenário). (grifos acrescidos)

[...]

98 Considerando que a responsabilidade pela análise técnica que precede a celebração de convênios recai inteiramente sobre o órgão administrativo interessado em estabelecer a avença, serve o presente tópico para *alertá-lo quanto à importância de que referida análise técnica seja rigorosa, esteja acompanhada de documentos comprobatórios, e contemple expressamente, inclusive,²⁰ os seguintes aspectos:*

20 O Acórdão TCU nº 1562/2009 – Plenário enumera as seguintes questões a serem submetidas à análise técnica de responsabilidade da Administração:

[ACÓRDÃO]

9.1. determinar à Secretaria Executiva do Ministério da Ciência e Tecnologia MCT que:

9.1.1. *inclua nos pareceres técnicos e financeiros*, elaborados na fase de celebração de convênios, *justificativas e avaliações expressas, acompanhadas de documentos que as sustentem*, que considerem os seguintes aspectos:

9.1.1.1. *necessidade de apoio ao projeto e possíveis benefícios a serem obtidos* pela sua implantação, de acordo com os critérios objetivos fixados para escolha dos beneficiários dos recursos;

9.1.1.2. *compatibilidade da proposição com o objeto do programa e/ou ação governamental*;

ROTEIRO DA ANÁLISE TÉCNICA

CONVÊNIO

a. Demonstração das características essenciais do convênio:

a.1) Objeto lícito e determinado;

a.2) Objetivo comum a ser alcançado em regime de mútua colaboração; e

a.1) Ausência de remuneração.

PLANO DE TRABALHO

b. Consistência do Plano de Trabalho, compreendendo o exame acerca da:

b.1) Justificativa para a celebração do instrumento, na qual se devem abordar, fundamentadamente, os seguintes pontos:

b.1.1) necessidade do objeto para a Administração Pública;

b.1.2) necessidade ou vantajosidade da execução indireta do objeto, em termos de eficiência (custo-benefício);

b.1.3) oportunidade e conveniência da parceria;

b.1.4) razões de escolha da conveniente, considerando, inclusive:

9.1.1.3. avaliação dos requisitos técnicos, financeiros e operacionais de habilitação das possíveis entidades convenientes, que *demonstre a capacidade da entidade conveniada para consecução do objeto*;

9.1.1.4. *adequação das etapas, metas e prazos de execução*, levando-se em consideração todos os fatores envolvidos na consecução da avença, entre os quais se incluem os procedimentos licitatórios ou quaisquer atos previstos para a realização do objeto;

9.1.1.5. *compatibilidade do número de parcelas de liberação dos recursos* e das datas previstas de desembolso com os elementos descritos no cronograma de execução;

[...]

9.1.6. somente formalize convênios na medida em que disponha de condições técnico-operacionais de avaliar adequadamente os Planos de Trabalho, acompanhar e orientar a concretização dos objetivos previstos nas avenças, bem como de analisar, em prazo oportuno, todas as respectivas prestações de contas, de acordo com os normativos que disciplinam a matéria, especialmente a IN/STN nº 01/97, a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127, de 29/05/2008, e o Decreto nº 6.170/2007, respectivamente. (grifos acrescidos)

- b.1.4.1) compatibilidade entre os objetivos institucionais da conveniente e o objeto previsto no Plano de Trabalho;
 - b.1.4.2) capacidade técnica e operacional da conveniente para executar o objeto, de gerir bem os recursos públicos que lhe forem repassados, de prestar contas e observar as demais exigências legais relativas à gestão de recursos públicos; e
 - b.1.4.3) existência ou não de outros parceiros públicos com capacidade técnica e operacional para executar o objeto e gerir bem os recursos públicos transferidos.
- b.1.5) explicações sobre a forma de execução do objeto.
- b.2) Descrição suficientemente clara, precisa e detalhada do objeto e das metas, etapas ou fases de sua execução;
 - b.3) Compatibilidade entre o ritmo de liberação dos recursos pelo concedente (cronograma de desembolso) e o cronograma de execução do objeto;
 - b.4) Adequação da natureza e do montante da contrapartida em relação à Lei de Diretrizes Orçamentárias; e
 - b.5) Viabilidade e adequação do Plano de Trabalho aos objetivos do programa.

TERMO DE REFERÊNCIA²¹

c. *Consistência do Termo de Referência*, compreendendo o exame acerca da:

- c.1) Existência de orçamento detalhado e outros elementos que permitam à Administração avaliar o custo e a economicidade do projeto, considerando os preços praticados no mercado;
- c.2) Necessidade da contratação dos bolsistas, em termos de quantidade e qualidade, que justifique o repasse de

²¹ O ajuste em tela envolve prestação de serviços e não obra ou serviços de engenharia, de modo que se deve utilizar Termo de Referência e não Projeto Básico. Para este último documento, devem-se observar as exigências que lhe são aplicáveis, a teor do inciso XV do § 1º do art. 1º da Portaria Interministerial nº 127/2008.

mais de R\$ 11.000.000,00, a partir de prognóstico/diagnóstico baseado em estimativa de demanda devidamente documentada; e

c.3) Adequação da metodologia e do prazo de execução.

99 Embora não seja da responsabilidade do órgão de assessoramento jurídico promover a análise técnica da proposição do convênio nem mesmo examinar a sua regularidade sob todos os aspectos, observa-se que *a análise técnica realizada pelo CENSIPAM neste processo não atende ao nível de exigência preconizado na legislação de regência e na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme se verá adiante.*

100 Neste momento *é válido frisar que não incumbe e este órgão de assessoramento jurídico adentrar o mérito da análise técnica realizada pelo gestor público, mas apenas verificar se os pontos exigidos pelos TCU, ao menos formalmente, foram enfrentados.*

[...]

103 *Em relação à licitude do objeto, recíproca cooperação e ausência de remuneração, reiteram-se as recomendações contidas no Tópico 2.2 do presente parecer.*

104 Considerando que os demais itens a serem abordados na análise técnica dizem respeito ao Plano de Trabalho e ao Projeto Básico/Termo de Referência, opta-se por discorrer sobre essas questões em tópicos específicos para cada um desses documentos.

II.3.2 PLANO DE TRABALHO

105 A elaboração do Plano de Trabalho não constitui mera faculdade, mas decorre de determinação legal. A primeira parte do art. 116, § 1º, da Lei nº 8.666/1993²² é categórica ao disciplinar que a “*celebração de*

²² Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada"; ao final, lista as informações que o documento deve conter.

106 O art. 25, II, da Portaria Interministerial nº 127/2008, igualmente, estabelece a aprovação do Plano de Trabalho como condição à celebração do convênio e instrumentos congêneres, sendo que o art. 21 dessa mesma Portaria especifica os elementos essenciais do documento.²³

107 Registre-se que referida exigência legal não se trata de mera formalidade, mas de imperativo decorrente da diretriz básica do prévio planejamento administrativo, a qual se propõe a oferecer em relação a convênios e instrumentos congêneres o *conhecimento e domínio*, ao menos, *do quê se pretende realizar* (objeto), *por quê* (justificativa), *como* (método e responsabilidades dos partícipes), *quando* (cronograma de execução com metas, etapas e fases; previsão de início e término) e *quanto* isso irá custar (estimativa de custos, pesquisas de mercado e cronograma de desembolso).

108 Tudo isso porque o princípio constitucional da eficiência (art. 37, CF) exige que na realização do objeto sejam alcançados os melhores resultados possíveis, isto é, que se busque a melhor relação custo-benefício na consecução do interesse público perseguido na espécie.

109 A adequada análise técnica de responsabilidade do Administrador, como seu viú, deve passar pela avaliação da consistência do Plano de Trabalho quanto a uma série de pontos.

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;

[...]

23 *Art. 21.* O Plano de Trabalho, que será avaliado após a efetivação do cadastro do proponente, conterà, no mínimo:

I - *justificativa para a celebração do instrumento*;

II - descrição completa do objeto a ser executado;

III - descrição das metas a serem atingidas;

IV - definição das etapas ou fases da execução;

V - cronograma de execução do objeto e cronograma de desembolso; e

VI - plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente, se for o caso.(grifos acrescidos)

110 Não cabe a esta Consultoria adentrar o mérito dessa análise, mas apenas verificar se, ao menos formalmente, o documento atende ao rigor da legislação de regência e da jurisprudência do TCU. Para tanto, usemos a parte do *ROTEIRO DA ANÁLISE TÉCNICA* concernente ao Plano de Trabalho.

b.1) Justificativa para a celebração do instrumento:

b.1.1) Necessidade do objeto para a Administração Pública

111 No Plano de Trabalho (fls. 158/145) e no Termo de Referência (fls. 113/137), cujos conteúdos são praticamente os mesmos, bem como nas Notas Técnicas de fls. 147 e 151/153, apresentam-se basicamente as seguintes justificativas para a parceria: o *“aumento das demandas pelo desenvolvimento de novos produtos operacionais para atendimento a parceiros do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM”* [MMA e MDA]; o *“quadro restrito de servidores do CENSIPAM”*; *“a pesquisa tem sido um instrumento de apoio importante na atividade operacional funcionando como um controle de qualidade permanente em todas as fases dos processos produtivos”*; consolidação de *“competências técnicas na região”*. Ao final da justificativa contida no Plano de Trabalho afirma-se que:

Justifica-se, portanto, a presente parceria com a FAPESPA, pelos resultados positivos obtidos nos últimos dois anos e pelo apoio à pesquisa aplicada na região amazônica.

112 O aspecto ora em exame está totalmente inserido na margem de discricionariedade da Administração, pelo que não cabe a esta Consultoria aferir a real necessidade do órgão, mas tão somente verificar se a proposta, de algum modo, foi justificada e se, naquilo que for cabível, há a respectiva documentação comprobatória.

113 Em que pesem as justificativas apresentadas acerca da necessidade do objeto para a Administração, nota-se que elas não se fazem acompanhar de documentos destinados a comprovar-lhe a veracidade, conforme determina o TCU em situações análogas.

114 Nesse sentido, o ponto que mais chama a atenção da CONJUR/MD diz respeito à falta de demonstração da necessidade da contratação de bolsistas, em termos quantitativos e qualitativos, que justifique um custo de mais de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) para a União, mesmo considerando a vigência do ajuste de quatro anos.

115 A respeito, nota-se que no item 6.4 do Termo de Referência há tabelas com os “*Perfis dos pesquisadores por divisão temática do CENSIPAM*”, na quais se indica a quantidade de bolsistas necessária para atender às demandas de cada divisão do órgão.

116 Ocorre que essa informação não se encontra acompanhada de estudo pormenorizado (prognóstico/diagnóstico) que fundamente a estimativa da demanda, nem da demonstração de que a capacidade de trabalho dos servidores em exercício no CENSIPAM encontra-se esgotada. Há meras afirmações, mas não comprovação e justificativa pormenorizada acerca da real necessidade do órgão.

117 Sobre a alegada “*restrição dos quadros*” do órgão, vale salientar que o art. 20, § 2º, da LDO 2011 condiciona a regularidade da contratação de serviços de consultoria, como se pretende na prática, à efetiva comprovação de que o órgão está impossibilitado de realizar essas atividades.

118 Nessas condições, o risco de que o objeto esteja superdimensionado é acentuado, o que pode ocasionar desperdício de recursos públicos, em contrariedade ao princípio da gestão fiscal responsável.²⁴

[...]

124 Assim, recomenda-se ao CENSIPAM esclarecer melhor a necessidade do desenvolvimento das pesquisas em questão, no formato (execução indireta), na qualidade (linhas de pesquisa) e quantidade propostas (valor e quantitativo das bolsas), comprovando documentalmente essa carência quando for materialmente viável.

b.1.2) *Necessidade ou vantajosidade da execução indireta do objeto*

125 No item 9.1.1.1 do Acórdão TCU nº 1562/2009 – Plenário exigiu-se a inclusão, nos pareceres técnicos e financeiros, elaborados na fase de celebração de convênios, de justificativas e avaliações expressas, acompanhadas de documentos que as sustentem, que considerem a

24 Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

necessidade de apoio ao projeto e possíveis benefícios a serem obtidos pela sua implantação, de acordo com os critérios objetivos fixados para escolha dos beneficiários dos recursos.

126 Entretanto, em nenhum momento a análise técnica do CENSIPAM ou os demais documentos carreados ao feito propõem-se a comparar as vantagens ou desvantagens entre a execução direta ou indireta do objeto, seja quanto à realização das pesquisas propriamente ditas, seja quanto à seleção, contratação dos bolsistas e à gestão do projeto.

127 Também não se comprovou que a execução direta, ou seja, pelo próprio CENSIPAM, é inviável, mas apenas se fez alusão ao restrito quadro de servidores do órgão e ao fato de que ele, munido de capacidade gerencial de projetos, estaria atuando em parceria com instituições federais e estaduais, bem como formando competências técnicas locais.

128 Diante disso, *entende-se que o CENSIPAM deve justificar melhor por que razão optou pela execução indireta do objeto, demonstrando de forma pormenorizada que não tem condições de exercer as atividades que pretende transferir aos bolsistas e à Fundação conveniente, ou em que medida a parceria pretendida traria ganho de eficiência, ou por proporcionar a melhor relação custo-benefício na consecução do objetivo, ou por trazer algum outro tipo de benefício na concretização do interesse público perseguido na espécie.*

129 Por oportuno, registra-se que está análise mantém certa relação com a avaliação da economicidade e viabilidade financeira do projeto, pelo que será objeto de novos comentários na parte dedicada ao Termo de Referência.

b.1.3) Oportunidade e conveniência da parceria

130 Um ponto fundamental que precede a assinatura de convênios e instrumentos congêneres é que haja pronunciamento formal acerca da conveniência e oportunidade na celebração do instrumento, seja pelo titular do órgão interessado ou pela autoridade a quem tal competência tenha sido delegada. Na prática, a avaliação de mérito pertinente é baseada nos subsídios fornecidos pelas áreas técnicas competentes do órgão ou entidade interessado na avença.

131 Na Nota Técnica carreada aos autos (fls. 151/153), verifica-se que o CENSIPAM manifestou-se favoravelmente à celebração do ajuste, nos seguintes termos:

[...]

132 Quanto a isso, como se trata de aspecto ligado aos elementos do “ato administrativo”²⁵ denominados “objeto” e “motivo”, exatamente nos quais reside a margem de liberdade conferida por lei ao administrador no caso de atos discricionários, não cabe a esta Consultoria questionar-lhe o mérito, mas tão-somente aferir a existência de manifestação formal quanto ao interesse na avença.

133 Portanto, tem-se por atendida a condição relativa à existência de pronunciamento formal acerca da conveniência e oportunidade na celebração do instrumento. Isto porque o Diretor-Geral do CENSIPAM, com base nos subsídios fornecidos pelas áreas técnicas do órgão, aprovou a pretensão em questão, determinando o encaminhamento dos autos a esta Consultoria.

134 Ademais, verifica-se que a FAPESPA informou que está de com acordo com os termos da parceria proposta por este Ministério (Ofício nº 062/2011 – DICET/FAPESPA – fls. 146).

b.1.4) *Razões de escolha da conveniente*

135 Com relação às razões de escolha da conveniente, afirma-se apenas que o órgão e a citada Fundação mantêm, desde 2009, uma parceria exitosa envolvendo pesquisas técnicas e científicas; faz-se menção, ainda, a resultados que teriam sido alcançados nesses projetos, mas nada se apresenta de concreto nesse particular.

136 Ocorre que, mesmo sendo pacífico o entendimento de que a celebração de convênios prescinde de licitação,²⁶ nada isenta o Administrador de justificar por que razão escolheu este ou aquele conveniente, sobretudo quando há possibilidade de que a colaboração seja prestada por outros eventuais interessados que o façam com melhor qualidade, proporcionando, sob algum aspecto, melhores resultados na execução do Plano de Trabalho.

137 A desnecessidade de licitação não significa que a Administração tem absoluta liberdade para escolher o conveniente. Os princípios

25 A expressão vem aqui empregada em seu sentido amplo, abrangendo acordos e ajustes celebrados pela Administração.

26 *Acórdão nº 353/2005 – TCU – Plenário.*

[...]

da isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade (art. 37, CF) e transparência exigem uma postura cautelosa por parte da Administração mesmo quando se trate da eleição de ente público a ser beneficiado pela transferência de recurso financeiro por meio de convênio.

138 A propósito, vale transcrever trecho do Acórdão 641/2007 – Plenário, no qual se recomendou à Secretaria do Tesouro Nacional disciplinar a obrigatoriedade de entes públicos baixarem normas com o propósito de fixar critérios objetivos para a escolha de município a ser beneficiado com transferência voluntária; confira-se:

9.1. recomendar à Secretaria do Tesouro Nacional - STN que:

[...]

9.1.2. discipline a obrigatoriedade de os órgãos/entidades cedentes estabelecerem *critérios objetivamente aferíveis e transparentes, para escolha dos municípios que receberão recursos por meio de convênios* e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais; (grifos acrescidos)

[...]

140 Ainda que de maneira tímida, o art. 5º da Portaria Interministerial nº 127/2008 registra preocupação nesse sentido:

Art. 5º Para a celebração dos instrumentos regulados por esta Portaria [convênios, contratos de repasse e termos de cooperação], o órgão ou entidade da Administração Pública Federal *poderá, com vista a selecionar projetos e órgãos ou entidades que tornem mais eficaz a execução do objeto, realizar chamamento público no SICONI*, que deverá conter, no mínimo: [...] (grifos acrescidos)

141 A interpretação do dispositivo acima, relativo a convênios, contratos de repasse e termos de cooperação, esclarece que *chamamento público* é procedimento hábil de seleção para o futuro parceiro da Administração. Em que pese a faculdade concedida pela norma, viu-se que o TCU considera obrigatória a definição de critérios objetivos para a escolha do partícipe, pouco importando se o pretense conveniente tem personalidade de direito público ou privado.

[...]

144 *Tendo em vista o indicativo para a realização do chamamento público no caso, por força dos princípios outrora mencionados, bem como a necessidade de motivação que sempre há de fazer parte de todo ato administrativo, a eventual opção pelo estabelecimento do vínculo sem esse procedimento ou sem critérios objetivos concebidos para essa finalidade há de ser especialmente justificada lógica e racionalmente.*

145 Noutras palavras, a justificativa para a escolha direta do parceiro, em detrimento de procedimento destinado à seleção de ente que possivelmente torne mais eficiente a execução do objeto, precisa ser amplamente demonstrada.

146 Com efeito, a exposição das razões de fato e de direito que levam à prática do ato administrativo (motivação²⁷) é imposta pela Lei n.º 9.784, de 29.1.1999²⁸, e “A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de *formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos*”.²⁹

147 No caso dos autos, o CENSIPAM apresenta como razões que visam sustentar a opção pela FAPESPA tão somente a preexistência de outro convênio com a mesma entidade e a inexistência de fundação análoga no Estado de Rondônia.

148 Diante dessa situação, *entende-se necessário que o CENSIPAM: (i) ou realize chamamento público, definindo previamente critérios objetivos para selecionar potenciais convenientes que propiciem os melhores resultados na execução do Plano de Trabalho, conforme determina a jurisprudência do TCU; (ii) ou justifique de maneira mais consistente a opção pela FAPESPA, abordando principalmente os aspectos tratados nos tópicos a seguir: “b.1.4.1”, “b.1.4.2” e “b.1.4.3”.*

b.1.4.1) *Compatibilidade entre os objetivos institucionais da conveniente e o objeto previsto no Plano de Trabalho*

27 José dos Santos Carvalho Filho explica que “*Motivação é a justificativa expressa que o agente administrativo menciona no ato administrativo. Cuida-se da forma de expressar as razões que conduziram o agente à prática do ato. Essas formam o motivo do ato, um dos elementos imprescindíveis no plano da validade dos atos administrativos.*” (*In Processo Administrativo Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 51/52)

28 [...]

29 *DI PIETRO*, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 82.

149 A Análise Técnica do CENSIPAM (fls. 151/153), em si, não tem esclarecimentos no que tange ao assunto em epígrafe. Referido documento refere às atribuições do CENSIPAM e faz ligeiro comentário sobre as competências do MMA e MDA.

150 Contudo, o exame da compatibilidade das atribuições dessas Pastas Ministeriais em relação ao objeto pretendido, salvo melhor juízo, não interessa exatamente ao convênio em apreço, mas sim ao Termo de Cooperação que foi/será firmado com o Ministério da Defesa para viabilizar a transferência voluntária que ora se pretende disciplinar por convênio.

151 De todo modo, esta Consultoria se reporta ao teor do *Tópico 2.2.2* desta manifestação para reconhecer que os partícipes apresentam objetivos institucionais compatíveis com o objeto da parceria que ora se pretende entabular.

b.1.4.2) *Capacidade técnica e operacional*

152 A escolha de determinado parceiro em convênio certamente deve considerar se ele detém capacidade técnica e operacional para executá-lo. Essa é a forma que se tem de tentar proporcionar a escolha de um parceiro que tem *condições de executar adequadamente o objeto previsto no plano de trabalho, de gerir bem os recursos públicos que lhe forem repassados, de prestar contas e atender às demais exigências legais relativas à gestão de recursos públicos, tudo com vistas à obtenção dos melhores resultados.*

153 A jurisprudência do TCU outrora colacionada, de que são exemplos os Acórdãos nº 800/2008 – 2ª Câmara³⁰ e nº 1562/2009 – Plenário³¹, revela que a avaliação da capacidade técnica e operacional

30 “Tratam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa, em desfavor do ex-Prefeito do *Município de Eirunepé/AM* [...], por omissão no dever de prestar contas dos recursos recebidos por meio do Convênio 106/99, no valor de R\$ 500.000,00 em 22/3/2000, com o objeto “construção do terminal de passageiros, carga e entreposto de pescado” naquele município.”

Ao final a Corte de Contas determinou à SUFRAMA que exerça controle preventivo, na fase de análise técnica das proposições e celebração dos instrumentos que disciplinam a transferência dos recursos, para atender Plano de Trabalho objeto do convênio, atentando especialmente para avaliação da capacidade da entidade conveniente quanto a consecução do objeto proposto; realizar as atribuições legalmente exigidas na gestão dos recursos públicos; prestar contas.

31 Na ocasião, foi analisado relatório de auditoria realizada no Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT, enfocando o controle da formalização e do acompanhamento dos convênios celebrados com estados, municípios e entidades privadas sem fins lucrativos no

do conveniente é essencial, quer seja ele ente público ou privado. Isso porque a intenção de alcançar o melhor resultado na realização do objeto, obviamente, não se altera em função da natureza jurídica do parceiro. O interesse público que orienta a atuação de toda a Administração e o princípio constitucional da eficiência não admitem tergiversações em sentido contrário.

154 A análise técnica realizada pelo CENSIPAM ou os demais documentos que instruem o processo nada ou pouco dizem a respeito da capacidade técnica e operacional da FAPESPA. Fala-se na preexistência de outra parceria exitosa com a mesma entidade e nos resultados positivos que teriam sido obtidos nos dois últimos anos, mas não há nada de concreto capaz de dar substância a essas genéricas afirmações, a exemplo da respectiva documentação comprobatória.

155 Portanto, *recomenda-se ao CENSIPAM complementar sua análise técnica com a exposição das razões de fato e de direito que o levam a escolher a FAPESPA, abordando os aspectos tratados neste e nos demais tópicos concernentes ao tema, e comprovando suas assertivas por meio de documentos sempre que isso for materialmente factível.*

[...]

b.2) *Descrição do objeto e das metas, etapas ou fases de sua execução*

166 Descrever o objeto significar identificar, com precisão, aquilo que se pretende realizar ou o resultado que se espera alcançar na execução do convênio. Além da própria minuta do convênio, o documento que contém a descrição do objeto e seus detalhes é o Plano de Trabalho, especialmente o item dedicado ao cronograma de execução.

167 Segundo a Corte de Contas, o objeto deve ser identificado com clareza, detalhamento e precisão, a fim de que seja possível sua adequada execução e o respectivo acompanhamento e fiscalização por parte do concedente.

168 A respeito, confirmam-se os seguintes precedentes do TCU:

período de 2003 a 2006. No Acórdão, *sem se fazer qualquer distinção à natureza jurídica do beneficiário pela transferência voluntária*, determinou-se ao MCT que realizasse:

9.1.1.3. avaliação dos requisitos técnicos, financeiros e operacionais de habilitação das possíveis entidades convenientes, que *demonstre a capacidade da entidade conveniada para consecução do objeto*: (grifos acrescidos)

[...]

[Acórdão:]

9.2. determinar à Secretaria do Tesouro Nacional que:

[...]

9.2.2. estude a *normatização de condutas que impeçam o órgão concedente de recursos de convênio de pactuar planos de trabalho com metas genéricas, sem a definição de produtos acabados ou de serviços concretamente mensuráveis, assim como de celebrar mais de um acordo, na mesma época e com o mesmo conveniente, com objetos semelhantes*; (Acórdão nº 2161/207 – 1ª Câmara) (grifos acrescidos)

169 No presente caso, a Cláusula Primeira da minuta descreve o objeto da seguinte maneira:

CLÁUSULA PRIMEIRA – Do Objeto

O presente Convênio tem por objeto o fortalecimento do Censipam como instituto de pesquisa na região Amazônica, por meio do estímulo e fomento ao desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação nas unidades do CENSIPAM, aplicadas aos temas afetos à Região Amazônica, por meio de projetos de pesquisa e concessão de bolsas, nos termos do Plano de Trabalho independentemente de transcrição.

[...]

171 Teme-se que, nos termos acima, o objeto esteja descrito de forma genérica, razão por que se recomenda a inclusão de elementos que permitam compreender melhor a natureza das pesquisas, suas características e aplicação, sob pena de dificultar o acompanhamento e a fiscalização da sua execução, bem como a verificação dos respectivos resultados.

172 Por outro lado, o Cronograma de Execução contido no Plano de Trabalho (item 7) especifica com algum grau de detalhamento quais são as metas e etapas de execução do objeto, permitindo uma melhor compreensão do que será realizado.

173 Considerando a natureza técnica do objeto em pauta, *entende-se necessário que o CENSIPAM ateste expressamente que o Plano de Trabalho define metas que consubstanciam produtos acabados ou serviços concretamente mensuráveis ou, não sendo este caso, recomenda-se que o CENSIPAM assim o faça.*

174 Noutro norte, observa-se que a “duração” de quase todas metas, fases ou etapas é a mesma (Dez/2011 a Mar/2013 ou Dez/2011 a Nov/2014), o que não parece corresponder à realidade.

[...]

176 A questão levantada é importante, porquanto o TCU determina que deve haver congruência lógica entre o ritmo da liberação dos recursos (cronograma de desembolso) e a execução do objeto (cronograma de execução).

177 *Assim, recomenda-se ao CENSIPAM reformular a descrição do objeto, de modo a especificar melhor o que será realizado, definindo metas que correspondam a produtos acabados ou serviços concretamente mensuráveis, e qual será a parcela de contribuição da FAPESPA na consecução desse desiderato.*

178 *Sugere-se ao órgão, ainda, ajustar a “duração” de cada meta, etapa ou fase conforme a realidade, salvo se atestar expressamente a adequação do que consta na coluna específica do item 7 do Plano de Trabalho.*

179 *Depois o CENSIPAM, por meio de nova análise técnica, deve se manifestar expressamente acerca da adequação ou não do detalhamento do objeto, suas metas, fases ou etapas de execução, considerando inclusive os respectivos prazos.*

180 Por fim, registre-se que é vedada a celebração de dois convênios com o mesmo objeto,³² de modo que o CENSIPAM deverá atestar que o objeto deste difere daquele previsto no Convênio Censipam nº 1/2009, outrora celebrado com a mesma Fundação.

b.3) *Compatibilidade entre o cronograma de desembolso e o cronograma de execução*

32 Vide Acórdãos TCU nº 134/2002, nº 1.504/2005 – 1ª Câmara, e nº 911/2007 – 1ª Câmara.

181 O Plano de Trabalho prevê um Cronograma de Execução do Objeto (item 7) e um Cronograma de Desembolso (item 11). Neste documento, está prevista a liberação dos recursos ao conveniente em três parcelas (Dez/2011; Out/2012 e Out/2013).

182 Segundo o art. 4º, caput, da Portaria Interministerial nº 127/2008, a “*liberação dos recursos obedecerá ao cronograma de desembolso previsto no Plano de Trabalho e guardará consonância com as metas e fases ou etapas de execução do objeto do instrumento*”.

183 Tanto é importante esse aspecto que o TCU firmou jurisprudência sobre o tema, asseverando que o cronograma de desembolso deve ser condizente com o cronograma de execução. A título de exemplo, confira-se o seguinte julgado:

[ACÓRDÃO]

[...] julgar as contas a seguir indicadas regulares com ressalva e dar quitação aos responsáveis [...], sem prejuízo de fazer as seguintes determinações, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

[
1.1. ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial Departamento Regional em Alagoas que:

1.1.1. abstenha-se de repassar recursos para manutenção e custeio do Instituto Evaldo Loid - Núcleo Regional de Alagoas - IEL/AL, por falta de amparo legal, uma vez que repasses a este instituto são permitidos tão-somente mediante a celebração de convênios em conformidade com a IN/STN n. 1/1997, cujos instrumentos devem conter, em especial: [...]

1.1.1.2. *plano de trabalho*, que, além da especificação completa do bem a ser produzido ou adquirido, *deverá* previamente explicitar o valor a ser despendido na sua obtenção e *conter cronograma de desembolso, este último condizente com as fases ou etapas de execução do objeto do convênio*; (Acórdão nº 3749/2007 – 1ª Câmara). (grifos acrescidos)

184 No presente caso, devido à aparente falha constatada em relação à duração de cada meta, etapa ou fase, não se pode aferir essa compatibilidade.

185 Portanto, *recomenda-se ao CENSIPAM atestar expressamente em sua análise técnica que a recomendação da Corte de Contas quanto a esse ponto foi observada ou apresentar as justificativas necessárias.*

b.4) *Adequação da natureza e do montante da contrapartida*

186 A mútua colaboração essencial à caracterização dos convênios também ganha substância com o aporte da contrapartida pelo conveniente.

187 A contrapartida é calculada sobre o valor total do objeto e, de um modo geral, poderá ser atendida por meio de recursos financeiros e de bens ou serviços, desde que estes sejam economicamente mensuráveis (art. 20, Portaria Interministerial nº 127/08).

188 O item 2.5 da Nota Técnica de fls. 151/153 se propõe a esclarecer como se dará a contrapartida da CONVENIENTE:

[...]

189 Segundo o trecho transcrito, a contrapartida da conveniente dar-se-ia em serviços.

190 É bem verdade que a Portaria Interministerial nº 127/2008 admite, também, que a contrapartida seja dada pelo conveniente na forma de bens e serviços, desde que estes sejam economicamente mensuráveis.

191 Ocorre que a LDO 2011, em seu art. 39,³³ determina que a realização de transferências voluntárias (art. 25, LRF) *em benefício de entes públicos* dependerá da comprovação, por parte do conveniente, de que existe previsão de contrapartida na lei orçamentária do Estado, Distrito Federal ou Município e o § 2º do referido artigo não deixa dúvida: a contrapartida deve ser *exclusivamente financeira*, e será calculada em termos percentuais do valor do convênio, segundo os limites mínimos e máximos fixados na norma.³⁴

[...]

33 Dispositivo localizado na Seção IV do Capítulo III da LDO, que é específica para o tema “*Transferências Voluntárias*”.

34 Em situações específicas, a lei autoriza que esses limites sejam reduzidos ou ampliados mediante justificativa.

196 Ademais, ainda que se admitisse a contrapartida em serviços, o que não é o caso, entende-se que não foram atendidas as condições previstas no § 2º do art. 20 da Portaria Interministerial nº 127/2008, quais sejam: manifestação fundamentada do concedente pela aceitação dessa espécie de contrapartida; e cláusula que indique a forma de aferição do valor correspondente em conformidade com os valores praticados no mercado.

197 Além da impropriedade relativa à natureza da contrapartida, constata-se, ainda, problema semelhante ao verificado quanto ao valor e à quantidade de bolsas que se almeja ofertar, qual seja, não há prognóstico/diagnóstico documentado da demanda e da real necessidade da Administração, nem demonstração cabal de que os custos estimados para os serviços que seriam prestados a título de contrapartida estão de acordo com os preços praticados no mercado.

198 Portanto, *recomenda-se ao CENSIPAM ajustar a sua análise técnica e os documentos que lhe são correlatos, a fim de que a contrapartida da FAPESPA seja exclusivamente financeira e esteja em consonância com os limites fixados na LDO 2011.*

[...]

212 Todas essas considerações, somadas à compreensão de que os convênios não servem para suprir deficiências orçamentárias ordinárias dos partícipes, reforçam a necessidade de que a convenente, efetivamente, dê a sua parcela de contribuição na consecução do interesse público perseguido na espécie (recíproca cooperação) e não limite a sua atuação ao papel de mero prestador de serviços ou agenciador de mão-de-obra.

213 Diante do contexto, atendidas todas as condicionantes legais e superados os óbices outrora destacados, vislumbra-se a possibilidade de que a contrapartida da FAPESPA sirva para custear novas bolsas de pesquisa, conforme autoriza o seu regimento interno.

b.5) *Viabilidade e adequação do Plano de Trabalho aos objetivos do programa*

214 A análise dos aspectos em epígrafe é essencial, conforme prevê o art. 22 da Portaria Interministerial nº127/2008 e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, de que é exemplo o Acórdão TCU nº 1652/2009 – Plenário, em que se determinou a inclusão nos pareceres

técnicos e financeiros, elaborados na fase de celebração de convênios, justificativas e avaliações expressas, acompanhadas de documentos que as sustentem, que considerem, inclusive, a compatibilidade da proposição com o objeto do programa e/ou ação governamental (item 9.1.1.2 do Acórdão).

215 Diante disso, *recomenda-se ao CENSIPAM avaliar expressamente este aspecto, sobretudo a viabilidade técnica e financeira do projeto*. Considerando que estes últimos aspectos estão intrinsecamente ligados ao Termo de Referência, opta-se por tratá-los em profundidade no tópico correlato.

216 Por fim, *ressalta-se a necessidade de que o novo Plano de Trabalho a ser elaborado para atender às recomendações contidas nesta análise seja previamente aprovado pelas autoridades competentes dos entes interessados*.

II.3.5 TERMO DE REFERÊNCIA

217 O convênio em análise envolve a prestação dos serviços de seleção e contratação dos profissionais que desenvolverão pesquisas científicas de interesse do CENSIPAM.

218 Devido à natureza do objeto em tela – prestação de serviços – o presente feito deve ser instruído com documento intitulado Termo de Referência, nos termos do art. 1º, § 1º, XX, da Portaria nº 127/2008, *in verbis*:

XX - termo de referência: *documento apresentado quando o objeto do convênio, contrato de repasse ou termo de cooperação envolver aquisição de bens ou prestação de serviços, que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos e o prazo de execução do objeto.* (grifos acrescidos)

219 A adequada análise técnica de responsabilidade do CENSIPAM também compreende o exame da consistência desse documento e deve considerar os seguintes pontos, conforme o ROTEIRO DA ANÁLISE TÉCNICA outrora destacado.

c.1) *Existência de orçamento detalhado*

220 Uma das funções principais do Termo de Referência é propiciar a avaliação do custo pela Administração, a partir de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado.

221 Em que pese a conclusão do CENSIPAM de que os recursos (financeiros, humanos e materiais) são adequados ao cumprimento do objeto (Nota de fl. 151/153), entende-se que a ausência de um orçamento detalhado, como se verifica neste caso, impede a adequada avaliação dos custos pela Administração.

222 Cabe salientar que a questão da avaliação dos custos demonstra-se essencial também porque, a depender das estimativas levantadas, pode revelar que a realização de licitação para a contratação de *serviços de consultoria* junto à iniciativa privada consistiria em medida mais consentânea com o princípio da eficiência (custo-benefício) e o postulado da economicidade³⁵.

223 A necessidade de análise dos custos decorre do previsto no art. 35, § 1º, da Lei nº 10.180, de 6.2.2001,³⁶ *in verbis*:

Art. 35. Os órgãos e as entidades da Administração direta e indireta da União, ao celebrarem compromissos em que haja a previsão de transferências de recursos financeiros, de seus orçamentos, para Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecerão nos instrumentos pactuais a obrigação dos entes recebedores de fazerem incluir tais recursos nos seus respectivos orçamentos.

§ 1º *Ao fixarem os valores a serem transferidos, conforme o disposto neste artigo, os entes nele referidos farão análise de custos, de maneira que o montante de recursos envolvidos na operação seja compatível com o seu objeto, não permitindo a transferência de valores insuficientes para a sua conclusão, nem o excesso que permita uma execução por preços acima dos vigentes no mercado.* (grifos acrescidos)

224 No mesmo diapasão, o inciso XX do § 1º do art. 1º da Portaria Interministerial nº 127/2008 exige que a avaliação dos custos pela

35 É oportuno salientar que as restrições à execução indireta de serviços da Administração aplicam-se aos convênios e às contratações promovidas junto à iniciativa privada, com ou sem licitação.

36 Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências.

Administração seja feita a partir de *orçamento detalhado* e leve em conta os preços praticados no mercado sempre quando for promover transferência voluntária.

225 Anote-se que o Tribunal de Contas da União tem feito exigência expressa à Administração para que promova o detalhamento dos custos de bens e serviços que serão adquiridos, senão vejamos:

1.6. Recomendar ao FNDE, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que: [...]

1.6.3. *fixe o valor a ser repassado por meio de descentralização de créditos orçamentários a partir de análise de custos*, de maneira que o montante envolvido na operação seja compatível com o seu objeto, não permitindo o repasse de créditos insuficientes para a sua conclusão *nem o excesso que permita uma execução por preços acima dos vigentes no mercado, de forma análoga ao que prevê o §1º do art. 35 da Lei n.º 10.180/2001*, ao dispor sobre a celebração de compromissos que envolvam transferências de recursos financeiros entre órgãos e entidades integrantes da Administração Pública. (Acórdão nº 3.665/2010/TCU- 2ª Câmara). (grifos acrescidos)

DOU de 15.06.2007, S. 1, p. 69 - o TCU afirmou ser *necessário o detalhamento dos custos dos bens e serviços a adquirir, dos locais de instalação dos equipamentos permanentes previstos e das despesas com diárias, hospedagens, alimentação e transporte necessários ao cumprimento dos objetivos avançados em convênio federal*, de forma a atender os arts. 8º, inc. I e 36, inc. I, da IN/STN-MF nº. 01/1997 (item 9.1.6., TC-025.388/2006-1, Acórdão nº. 1.136/2007- TCU-Plenário).

226 Portanto, esta Consultoria *recomenda que o CENSIPAM elabore orçamento detalhado e reúna outros elementos que lhe permitam avaliar o custo do projeto, considerando os preços praticados no mercado para serviços análogos.*

c.2) *Necessidade da contratação dos pesquisadores (quantidade e qualidade)*

227 A respeito do tema em epígrafe, a Nota Técnica de fls. 151/153 indica que o *“aumento da demanda, em área geográfica e temas, e o incremento tecnológico mencionados indicam a necessidade de ampliação de metas e objetivos para pesquisa técnica e científica”*.

228 Argumenta-se, também, que em “reuniões de planejamento entre o corpo técnico do CENSIPAM e da FAPESPA foram definidas as tarefas e dimensionados os recursos humanos capazes de planejar e coordenar as pesquisas propostas no âmbito deste convênio.”

229 E no item 6.4 do Termo de Referência há tabelas com os “Perfis dos pesquisadores por divisão temática do CENSIPAM”, na quais se aponta a quantidade de bolsistas que seria necessária para atender às demandas de cada divisão do órgão.

230 Ocorre que tais informações não se encontram acompanhadas de estudos pormenorizados (prognóstico/diagnóstico) que fundamentem a demanda ou a respectiva estimativa. Simplificando, não há comprovação acerca da real necessidade do órgão.

231 Também se afirma que o valor das bolsas teria como referência a Tabela de bolsas do CNPq para capacitação de recursos humanos (SET), em fundos setoriais, cujo objeto é semelhante ao que se pretende atingir nesse convênio. Contudo, não se produziu nada com o intuito de demonstrar a semelhança entre as situações e a razoabilidade dos valores ora propostos.

232 Considerando a hipótese de que todas as restrições relativas à contratação de serviços pela Administração serão observadas pelo CENSIPAM, conforme as orientações lançadas nesta manifestação, entende-se que a contratação dos pesquisadores em questão deve respeitar, por analogia, o previsto nos arts. 2º e 3º do Decreto nº 2.271/1997, in verbis:

Art. 2º A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e que conterá, no mínimo:

I - justificativa da necessidade dos serviços;

II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;

III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.

Art. 3º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.

§ 1º *Sempre que a prestação do serviço objeto da contratação puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, esta deverá estar prevista no edital e no respectivo contrato, e será utilizada como um dos parâmetros de aferição de resultados.*

[...] (grifos acrescidos)

233 A Instrução Normativa/SLTI-MP nº 02/2008, ao tratar especificamente do Projeto Básico/Termo de Referência, traz um maior detalhamento dessas exigências, cuja observância se considera igualmente recomendável:

[...]

234 Ante o exposto, esta Consultoria *recomenda que o CENSIPAM, com o objetivo de justificar a sua real necessidade, sobretudo em relação à quantidade e o valor das bolsas propostas, observe, naquilo que couber, as exigências do Decreto nº 2.271/1997 e da IN SLTI-MP nº 02/2008, apresentando, inclusive, justificativa da relação entre a demanda e a quantidade de serviço a ser contratada, acompanhada, no que couber, dos critérios de medição utilizados, documentos comprobatórios, e quaisquer outros meios probatórios que se fizerem necessários.*

c.3) *Adequação da metodologia e do prazo de execução*

235 Outra questão a ser abordada expressamente na análise técnica de responsabilidade do gestor público é a adequação da metodologia e do prazo de execução.

236 Sobre o tema, observa-se que o Relatório de Ações Técnicas e Operacionais Extraordinárias (RAT), carreado à fl. 150, contém a afirmação de que as *“metas e o cronograma são compatíveis com o quantitativo e as especialidades dos bolsistas de TP”*. Na Nota Técnica de fls. 151/153, igualmente, afirma-se que *“as metas e etapas estão adequadas e orientadas para atingir o objeto proposto”*.

237 Devido à natureza técnica da matéria, não cabe a esta Consultoria adentrar o mérito da questão relativa à adequação do prazo de execução.

238 Por outro lado, *observa-se que nada se afirmou acerca da adequação da metodologia de execução, pelo que se recomenda ao CENSIPAM complementar sua análise técnica nesse particular, expondo claramente os fundamentos de seu entendimento.*

239 Sobre a necessidade de uma adequada análise técnica e a possibilidade de responsabilização do servidor que for negligente nesse trabalho, vale transcrever trechos do voto condutor do Acórdão nº 2510/2009 – TCU – Plenário, que bem resume as inúmeras irregularidades que decorrem de uma atuação desidiosa na fase que antecede a celebração de convênios e instrumentos congêneres:

[VOTO]

[...] *laboraram com incúria e imprevidência, no trato dos res publica, os agentes públicos diretamente envolvidos na aprovação do plano de trabalho e da minuta de acordo que resultou na celebração e na transferência de recursos do Convênio nº 250/2001- MI [...]. [...].*

[...]

Os servidores públicos das instâncias técnicas e jurídicas do [MI] que aprovaram a análise técnica e econômica da proposta da [ONG], e que aquiesceram à minuta do instrumento de convênio, autorizadora do repasse integral dos recursos federais para a implementação do respectivo objeto, foram omissos nos deveres de ofício ao deixarem de adotar as cautelas normativas e legais às quais não se furtaria o administrador mediano mais próximo dos fatos. Destaco as seguintes condutas que militam pela culpabilidade dos agentes:

Por parte dos Srs. [...] então Secretário Extraordinário de Desenvolvimento do Centro-Oeste (SCO/MI), [...] então Consultor da RIDE, e [...] então Gerente de Projetos/COARIDE

- ausência de estudos prévios mais aprofundados sobre o detalhamento, a viabilidade técnica e econômica do projeto de implantação de novo Modelo de Gestão, no âmbito dos Municípios que participam da RIDE [...], incluindo a falta de análise compatibilidade entre os custos propostos e a complexidade dos trabalhos, ao arrepio dos princípios da economicidade e eficiência, estampados no art. 37, caput, da [CF], bem como em violação ao art. 35, § 1º, da Lei 10.180/2001;

Também por parte dos Srs. [...] então Secretário Extraordinário de Desenvolvimento do Centro-Oeste (SCO/MI)

- *celebração do Convênio MI 250/2001 [...], em bases precárias, com conhecimento apenas superficial dos serviços que seriam executados e dos produtos gerados por esses serviços, o que configura a ilegítima transferência de recursos federais a terceiros, de forma desidiosa, mediante instrumento eivado de graves irregularidades, tais como as relacionadas abaixo, que terminaram por levar à efetiva materialização do risco de graves prejuízos ao erário, conforme se apresenta na [TCE] instaurada em decorrência da malversação dos recursos do convênio [...]:*

. não-exigência de apresentação dos Termos de Referência do Modelo de Gestão Municipal objeto do convênio, previamente à sua celebração (artigo 2º, § 1º, da IN/STN 1/1997);

. *plano de trabalho deficiente e impreciso quanto à caracterização do objeto em cada fase ou etapa, sem demonstração da viabilidade técnica e da metodologia de trabalho de implantação do Modelo de Gestão proposto* (artigo 2º, § 1º, da IN/STN 1/1997);

. *parecer técnico elaborado com argumentação frágil e com clara insegurança e indefinição quanto à eficiência e à eficácia do Modelo de Gestão proposto, objeto do convênio;*

. convênio celebrado, ainda, com outras graves deficiências em relação à IN/STN 1/1997, tais como: [...] *previsão de prestação de serviços como objeto do ajuste; previsão de reajuste dos valores em função da política econômica; definição imprecisa e incompleta das obrigações dos partícipes; não-exigência, dentre as cláusulas conveniais, de obrigatoriedade do ressarcimento aos cofres públicos dos recursos não utilizados no convênio; [...];*

. ausência de previsão de contrapartida, ainda que em bens e serviços (§ 2º do artigo 2º da IN/STN 1/1997);

. liberação integral, em parcela única, do montante de R\$ 6,2 milhões previstos para a execução do convênio, mesmo diante das precárias condições acordadas e, ainda, com inobservância das condições determinantes para a liberação parcelada dos recursos, consoante disposto no artigo 21 da IN/STN 1/1997, conseqüência do princípio da prudência;

. celebração do Convênio 250/2001 quando, pela natureza do objeto executado, seria exigida a celebração de contrato precedido do procedimento licitatório pertinente (artigo 2º da Lei 8.666/1993, combinado com o artigo 48 do Decreto 93.872/1986 e inciso I do § 1º do artigo 1º da IN/STN 1/1997).

.Por parte dos Srs. [...] então Assistente Jurídico/AGU/MI; [...] então Coordenador da Conjur/MI, e [...] então Consultor Jurídico do [MI]

- emissão de parecer jurídico favorável à celebração de convênio, quando a natureza do objeto do acordo - prestação de serviços - e os interesses contrapostos das partes eram incompatíveis com o ajuste convencional, deixando, assim, de ser realizada contratação mediante prévia licitação pública, em desacordo com o que dispõem o art. 2º da Lei 8.666/1993, o art. 48 do Decreto 93.872/1986 e o art. 1º, § 1º, inciso I, da IN/STN 1/1997, à época vigente;

- emissão de parecer com manifestação pela regularidade jurídico-formal da minuta do convênio, a qual, além de apresentar descrição genérica do objeto e condições exorbitantes em desfavor da Administração, não continha todas as informações e cláusulas que resguardassem o interesse público em caso de inadimplência por parte do conveniente, ao arrepio do disposto nos arts. 6º e 7º da IN/STN nº 1/1997, à época vigente.

Portanto, rejeito as razões de justificativa apresentadas por esses servidores públicos. [...] julgo irregulares as respectivas contas (no âmbito do TC-000.486/2004-0) e lhes aplico multas individuais [...].

O arbitramento da sanção levou em conta a hierarquia e o nível de responsabilidade de cada um dos agentes, o grau de reprovabilidade dos respectivos atos, além das circunstâncias atenuantes (arrendimento posterior).

Saliento, ainda, que a sanção cominada aos pareceristas jurídicos está lastreada em deliberações desta Corte, a exemplo dos Acórdãos nº 521/2003, 1.918/2003, 226/2004, 1.536/2004 e 160/2006, todos do Plenário, nos quais consignei nos votos condutores, por mim relatados, que os funcionários investidos desse mister, embora não pratiquem típicos atos de gestão, não estão isentos de responsabilidade quando as referidas opiniões jurídicas que venham

a subsidiar decisões superiores baseiem-se, no mínimo, em omissão no dever de apontar graves irregularidades em matérias de sua alçada, em franca contrariedade à legislação e à jurisprudência. [...].

[...]

A aferição técnica e dos custos de implantação de novo modelo de gestão municipal é da alçada da Secretária Extraordinária de Desenvolvimento do Centro-Oeste do [MI] (SCO/MI), bem como dos setores a ela vinculados, no caso, a Consultoria da RIDE e Gerência de Projetos junto ao Conselho Administrativo da Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno (COARIDE).

Por óbvio, a análise e aprovação dos aspectos jurídicos necessários à formalização do instrumento convênio, também consideradas *conditio sine qua non* ao prévio empenho e à liberação dos recursos do ajuste, competiam à Consultoria Jurídica do [MI].

240 Ante tais considerações, esta Consultoria entende que a avaliação técnica realizada pelo CENSIPAM não atende ao nível de exigência preconizado na legislação de regência e pelo Tribunal de Contas da União, razão pela qual deve ser ajustada para abordar de forma fundamentada os pontos ora destacados. Do contrário, entende-se que o prosseguimento do feito nessas condições é extremamente temerário e não recomendável.

241 Por fim, embora pareça óbvio, não custa alertar para a necessidade de que sejam observadas as orientações dadas pelos próprios órgãos técnicos do CENSIPAM, a exemplo da questão atinente à natureza da despesa, na medida em que o processo veio a este órgão de assessoramento jurídico sem a correção do Plano de Trabalho nesse ponto.

II.4 ASPECTOS ORÇAMENTÁRIOS SUSCITADOS

242 Na Nota Técnica da Diretoria de Administração e Finanças da CENSIPAM (fls. 148/149), foi ventilada a seguinte questão:

[...]

248 Desse modo, parece que eventuais restrições orçamentárias aplicáveis ao MMA e ao MDA também afetarão o MD/CENSIPAM,

ainda que depois os recursos sejam objeto de transferência voluntária a uma entidade pública do Estado do Pará, sob pena de que se viabilize, com esse engenhoso mecanismo, burla à eventual limitação prevista na legislação de regência.

249 Como se trata de aspecto orçamentário, que extrapola o âmbito das atribuições desse órgão de assessoramento jurídico, *recomenda-se o encaminhamento dos autos à Ciset, consoante sugeriu o próprio CENSIPAM, a fim de que essa questão seja elucidada, sem prejuízo do exame de outros aspectos suscitados nesta manifestação, caso o órgão de controle interno julgue necessário.*

250 Aproveitando o ensejo, cabe lembrar que *incumbe aos órgãos envolvidos, antes de celebrar o instrumento, a avaliação dos aspectos orçamentários pertinentes, especialmente quanto à disponibilidade orçamentária e a compatibilidade entre a dotação orçamentária indicada e as despesas a serem realizadas*, eis que se trata de questões alheias às atribuições desta Consultoria Jurídica. No ponto, *chama-se a atenção para a possível inexistência dos recursos disponíveis ao CENSIPAM, neste momento, sendo que a celebração do instrumento obviamente depende da superação dessa questão* (art. 30, VIII, Portaria Interministerial nº 127/08).

251 Embora os aspectos orçamentários e financeiros extrapolem o escopo desta análise e as atribuições desta Consultoria, salienta-se, apenas a título de colaboração, que o Sr. Ordenador de Despesas também deve esclarecer que foram observadas, previamente, todas as prescrições constantes do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 4.05.2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)³⁷, que a despesa tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com a

37 Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

Lei de Diretrizes Orçamentárias, e que consta do Plano de Execução Orçamentária de 2011.

II.5 ANÁLISE DA MINUTA DO CONVÊNIO

252 A análise prévia da minuta de convênios e instrumentos congêneres é tarefa inserida no rol de atribuições do órgão de assessoramento jurídico do ente público interessado na avença.

253 Contudo, *a presente análise não significa que o processo encontra-se apto a prosseguir em seus ulteriores termos. Pelo contrário, conforme amplamente demonstrado, há uma série de recomendações cujo atendimento condiciona a celebração do pretendido convênio.*

254 Partindo da premissa de que o gestor público atenderá a todas as recomendações ventiladas nesta análise, contornando os óbices destacados, esta Consultoria procederá ao exame da regularidade formal da minuta apenas para não ser omissa quanto ao dever que lhe foi atribuído por lei.

255 Muito bem.

256 O art. 30 da Portaria Interministerial nº 127/2008 estabelece as cláusulas necessárias aos instrumentos por ela regidos, no que se incluem os convênios.

257 Em linhas gerais, a minuta proposta contempla as cláusulas necessárias, mas *alguns ajustes se fazem necessários, da seguinte forma:*

- No *preâmbulo*: incluir o Estado do Pará como interveniente (art. 1º, § 5º, Portaria Interministerial nº 127/08) e corrigir a referência à Lei de criação da FAPESPA.
- Na *Cláusula Primeira*, descrever o objeto de forma detalhada, na forma do *Tópico II.3.1* (item “b.2”) desta análise.
- Na *Cláusula Quinta*:
 - *inciso II*:
 - discriminar as obrigações da conveniente de modo a evidenciar a sua efetiva colaboração na execução do objeto,

sem que se apresente como mero prestador de serviços ou fornecedor de mão-de-obra, na forma do *Tópico 2.2.2* desta análise.

- *alínea “b”*: substituir a expressão “CONVENENTE” por “CONCEDENTE”.

- *alínea “p”*: substituir a expressão “fotografias” por “relatórios detalhados”.

- *alínea “t”*: antes da expressão “nos seguintes casos”, acrescentar a palavra “inclusive”.

- incluir, se for o caso, disposição (alínea) que estabeleça a obrigação de que trata o inciso XX do art. 30 da Portaria Interministerial nº 127/2008.

- *incluir o inciso III* para dispor sobre as obrigações do interveniente (art. 30, IV) ou apenas para declarar que sua participação no ajuste se limita a manifestar consentimento com a celebração do instrumento (art. 1º, § 1º, XI)³⁸.

Na *Cláusula Sexta*:

- *caput*: inserir um novo dispositivo com a declaração de que, em termos aditivos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura, de cada parcela da despesa a ser transferida em exercício futuro (art. 30, VIII, Portaria 127/08); e outro com a informação de que os recursos para atender às despesas em exercícios futuros estão consignados no plano plurianual ou prévia lei que os autorize (art. 30, XII, Portaria Interministerial nº 127/2008).

- *inciso I*, preencher os campos relativos à classificação orçamentária da despesa, indicando-se, inclusive, o número e a data da Nota de Empenho.

- *Subcláusula Terceira*: excluir essa disposição porque contraria o art. 39, § 1º, da LDO 2011.

³⁸ A manifestação desse consentimento é importante até para que se possa assegurar a previsão orçamentária da contrapartida, conforme determina o art. 25, § 1º, IV, “d”, da LRF e o art. 43, II, da Portaria Interministerial nº 127/2008.

Na *Cláusula Sétima*:

- *caput*: ao final da oração, acrescentar após uma vírgula a expressão “*desde que observadas as condições previstas no art. 43 da Portaria Interministerial nº 127/2008.*”
- reproduzir o cronograma de desembolso previsto no Plano de Trabalho (art. 30, IX, Portaria Interministerial nº 127/2008).

Na *Cláusula Décima Terceira*,

ajustar a vigência do ajuste ao prazo previsto para a consecução do objeto e em função das metas estabelecidas (art. 30, V, Portaria Interministerial nº 127/08).

Inserir cláusula, se for o caso, que defina o direito de propriedade sobre bens remanescentes na data da conclusão ou extinção do instrumento, que, em razão deste, tenham sido adquiridos, produzidos, transformados ou construídos, respeitado o disposto na legislação pertinente (arts. 28 e 30, inciso XIV, Portaria Interministerial nº 127/08).

Na *Cláusula Décima Quinta*: explicar a necessidade da contratação de consultores *ad hoc* e atestar que a situação não incorre em nenhuma da vedação destacadas nesta análise.

Na *Cláusula Décima Oitava*:

- *caput*: especificar melhor a formal pela qual a execução do objeto será acompanhada pelo concedente, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade (inciso XV). Sugere-se, ainda, criar novo dispositivo que reproduza o conteúdo do *caput* do art. 53 da Portaria Interministerial nº 127/2008.

- *Subcláusula Primeira, inciso I*: substituir o texto proposto pelo seguinte, devido às inconsistências verificadas no dispositivo:

CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA – DO ACOMPANHAMENTO E DA FISCALIZAÇÃO

[...]

Subcláusula Primeira [...]

I - relatório gerencial de acompanhamento das ações, indicando o cumprimento das metas físicas e de aplicação de recursos, bem como relatório eletrônico físico-financeiro das despesas realizadas, a cada 03 (três) meses, a contar da data de assinatura do convênio; e

[...]

Cláusula Vigésima Quinta: substituir o texto proposto pelo seguinte:

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA – DA PUBLICIDADE

Para que o presente Convênio produza os efeitos legais, a CONCEDENTE e a CONVENENTE publicarão, às suas expensas, respectivamente no Diário Oficial da União, Seção 3, e no Diário Oficial do Estado do Pará, o extrato do presente Termo Aditivo, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da sua assinatura.

Subcláusula Única – Os Partícipes, no âmbito de suas competências, adotarão as medidas de comunicação de que tratam os artigos 35 e 36 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008.

258 *Sugere-se, ainda, uma revisão da redação da minuta como um todo, porquanto se verificam ligeiras impropriedades dessa natureza no documento, sendo que não incumbe a esta Consultoria realizar esse tipo de conferência.*

259 Por fim, registre-se que a falta de menção a determinados dispositivos legais ou da própria Portaria dos convênios na minuta proposta não exime o Administrador da respectiva observância.

II.6 CONDIÇÕES PARA CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO

260 A efetiva celebração do convênio depende do atendimento de uma série de condições, a exemplo daquelas previstas no art. 167, X, da Constituição Federal, no art. 25, § 1º, da LRF, na LDO 2011, nos arts. 24 e 25 da Portaria Interministerial nº 127/2008 e demais normas de regência.

261 Importante aliado na verificação dessas condições é o Cadastro Único de Convênios (CAUC), observadas as normas específicas que o disciplinam, conforme se depreende do art. 24, § 4º, da citada Portaria.³⁹ Não obstante, devem-se observar as exigências do art. 25 do referido ato normativo que são aplicáveis à espécie, especialmente a prévia aprovação do Plano de Trabalho.

262 *In casu*, nota-se que há algumas certidões destinadas a comprovar a regularidade da convenente perante entes públicos, mas *não se carrou ao feito a consulta feita ao CAUC, pelo que se recomenda a instrução do processo nesse particular.*

263 A propósito, *recomenda-se utilizar, também, o Roteiro de Verificação de peças a que se refere a Subcláusula Única da Cláusula Terceira da minuta proposta*, que contempla uma série de declarações a serem subscritas pela convenente, à semelhança do que faz a Coordenação-Geral do Programa Calha Norte (PCN). No ponto, sugere-se especial atenção quanto à validade das pertinentes certidões.

III – CONCLUSÃO

264 Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica conclui que *a celebração do pretendido convênio entre o CENSIPAM e a FAPESPA, nas condições em que o processo se encontra, caracterizará ato de gestão temerária*, segundo a terminologia empregada pelo Tribunal de Contas da União em situações análogas, *na medida em que a análise técnica da proposição do convênio realizada pelo órgão de origem revelou-se insuficiente em inúmeros aspectos.*

265 A título de exemplo, citem-se a ausência de elementos que permitam aferir a própria legalidade do objeto, afastando a caracterização de terceirização ilegal e de relação jurídica consubstanciada na mera prestação de serviços ou agenciamento de mão-de-obra por fundação de apoio; falta de detalhamento nas obrigações da convenente que evidenciem a sua efetiva colaboração para a consecução do objeto (recíproca cooperação), essencial à caracterização do convênio; falta de comprovação da real necessidade de execução indireta do objeto e

39 Art. 24. São condições para a celebração de convênios e contratos de repasse, a serem cumpridas pelos convenentes ou contratados, conforme previsto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na legislação federal: [...]

§ 4º Nos convênios e contratos de repasse celebrados com entes, órgãos ou entidades públicas, as exigências para celebração serão atendidas por meio de consulta ao Cadastro Único de Convênio - CAUC, observadas as normas específicas que o disciplinam.

da contratação de pesquisadores na qualidade e quantidade propostas; ausência de avaliação e comprovação da capacidade técnica e operacional da conveniente; inexistência de justificativa e comprovação da relação entre a demanda e a quantidade de serviço a ser contratada; inexistência de orçamento detalhado que permita à Administração avaliar os custos do projeto, considerando os preços praticados no mercado em relação a serviços análogos (consultoria); inadequação da natureza da contrapartida ofertada, em contrariedade ao art. 39, § 2º, da LDO 2011, e inexistência de avaliação documentada da razoabilidade do respectivo valor.

266 Diante dessas condições e das demais questões ora levantadas, entende-se que *o prosseguimento do processo em seus posteriores termos deve ser condicionado ao atendimento/superação das recomendações/óbices apontados ao longo de todo este parecer, porquanto é acentuado o risco de que os servidores envolvidos sejam responsabilizados pelos órgãos de controle caso os ajustes necessários não sejam realizados.*

267 Outrossim, visando ao aperfeiçoamento da minuta proposta, *sugerem-se os ajustes pontuados no Tópico II.5 desta manifestação.*

268 *Por oportuno, considerando que há notícias da existência de outros convênios firmados pelo CENSIPAM com o mesmo formato deste, recomenda-se ao órgão avaliar se referidos ajustes não incorreram nos mesmos problemas destacados nesta análise, a fim de que eventualmente adote providências saneadoras.*

[...]

269 Frise-se que a presente manifestação cinge-se à análise dos aspectos jurídicos da minuta e do procedimento no qual se insere, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10.2.1993, do art. 38, parágrafo único, c/c art. 116, da Lei nº 8.666, de 21.6.1993, e do art. 31 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127, de 29.5.2008, não sendo objeto deste estudo a avaliação de mérito quanto à oportunidade e conveniência em se estabelecer a avença, nem quanto à viabilidade técnica e economicidade do projeto.

270 No mais, alerte-se que o presente parecer jurídico é de cunho eminentemente opinativo, adstrito à legalidade do procedimento e, portanto, não vincula a Administração, que pode adotar, em ato motivado, solução diversa da preconizada, assumindo os riscos daí decorrentes.

À consideração superior.

Brasília, 14 de dezembro de 2011.

LEONARDO STUCKERT LIMA
Advogado da União
Coordenador de Convênios

Despacho do Coordenador-Geral:

1 De acordo.

2 À consideração da Consultora Jurídica Substituta do Ministério da Defesa.

Brasília, 14 de dezembro de 2011.

LEONARDO RAUPP BOCORNY
Advogado da União
Coordenador-Geral de Convênios

Despacho da Consultora Jurídica Substituta:

1 Aprovo o Parecer retro.

2 **COM URGÊNCIA**, remeta-se *cópia* deste Parecer ao **CENSIPAM**, inclusive por e-mail, para a ciência e adoção das providências que julgar necessárias, com destaque para a conclusão de que a formalização válida do pretendido Convênio está condicionada ao atendimento/superação das recomendações/óbices apontados nesta análise, sem prejuízo da recomendação contida no seu item 268.

3 Após, encaminhem-se os *autos* à **CISSET**, a fim de que se pronuncie acerca do aspecto orçamentário suscitado pelo **CENSIPAM**, sem prejuízo do exame de outras questões abordadas nesta análise, caso julgue necessário, com a recomendação de que, logo após, seja o feito encaminhado ao **CENSIPAM**.

Brasília, 14 de dezembro de 2011.

NÍDIA QUINDERÉ CHAVEZ BUZIN
Consultora Jurídica Substituta do Ministério da Defesa

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares