**TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS
AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO
DA CÂMARA PERMANENTE DE CONVÊNIOS
INSTITUÍDA COM BASE NA PORTARIA/PGF N.º 98,
DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013**

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

PARECER N° 13 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONSU/PGF/AGU

PROCESSO N° 00407.001856/2013-52

INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente de Convênios designada por meio da Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONVÊNIOS. ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS. LIMITE DE 25%. PREVISÃO DO ART. 65, § 1º, DA LEI N° 8.666/93. APLICABILIDADE RELATIVA AOS CONVÊNIOS. ART. 116 DA LEI N° 8.666/93. NECESSIDADE DE EXAME DO TIPO DE RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE. PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

I. No âmbito dos convênios, duas situações podem ser identificadas: (a) a alteração realizada repercute apenas no convênio; (b) a alteração realizada repercute no convênio e no contrato celebrado pelo conveniente.

II. Na primeira hipótese (a), o limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei n° 8.666/93 não se aplica às alterações quantitativas relacionadas com o indicador físico (quantidade) do plano de trabalho do convênio, tendo em vista a aplicação seletiva autorizada pelo art. 116 da mesma lei e levando em conta as peculiaridades e natureza jurídica dos convênios e o princípio da proporcionalidade. Os eventuais acréscimos devem ser precedidos de solicitação do conveniente e da prévia aprovação, devidamente motivada, da área técnica do concedente.

III. Na segunda hipótese (b), é plenamente aplicável o limite de 25%, tendo em vista o liame jurídico travado entre o conveniente e a empresa contratada revelar-se como verdadeira relação jurídico-contratual a atrair a aplicação integral da Lei n° 8.666/93.

IV. Nos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos selecionadas por meio de chamamento público, o limite de 25% é plenamente aplicável, sob pena de violação do princípio da igualdade de oportunidades.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/

PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

- I - identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;
- II - promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e
- III - submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2 Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3 No parecer ora em apreço, examinar-se-á eventual aplicabilidade dos limites estabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8666/93 (25%), aos convênios, em especial no que toca aos limites aplicáveis às eventuais alterações realizadas no âmbito dos convênios.

I. QUESTÃO PRÉVIA: A DISTINÇÃO ENTRE CONVÊNIOS E CONTRATOS E O ESTABELECIMENTO DA APLICAÇÃO SELETIVA DAS REGRAS CONTRATUAIS PELO ART. 116 DA LEI Nº 8.666/1993

4 Antes de ingressar no exame do tema, faz-se necessário explicitar a distinção jurídica entre contratos e convênios. As peculiaridades inerentes a cada um destes tipos de ajustes é de extrema importância para a adequada interpretação do art. 116 da Lei nº 8.666/1993 e a eventual aplicação de regras específicas do regime contratual aos convênios. Vale registrar, também, que o exame realizado no presente parecer restringe-se aos convênios financeiros, isto é, aqueles que são executados mediante o repasse de recursos financeiros¹.

1 Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a transferência de recursos é elemento de noção dos convênios, se não há envolvimento de verbas públicas “o melhor é utilizar o ato de colaboração ou acordo de cooperação técnica, terminologias mais corretas para os ajustes em que as partes se mantêm autônomas, emprestando reciprocamente informações, lavrando atos e uma série de providências sem recursos financeiros diretos

5 Baseado nessa preocupação, inicia-se o exame do tema destacando o papel dos convênios no aprofundamento do federalismo de cooperação que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabeleceu. No seu art. 23, parágrafo único, foi previsto, quanto à competência comum dos entes federativos, que “leis complementares fixarão normas para a **cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios**, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. Por sua vez, o art. 241, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, estabelece que “**a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios** disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os **convênios de cooperação entre os entes federados**, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. Nesse contexto, os convênios revelam-se como expressão de um princípio básico da atividade administrativa, que é a **descentralização**².

6 Conforme lição clássica de Hely Lopes Meirelles³, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de **objetivos de interesse comum dos partícipes**”. Já o contrato administrativo é “um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados **os interesses patrimoniais do contratante privado**”⁴. Ao fazer a distinção entre convênio e contrato, Hely Lopes afirma que:

e indiretos” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.1033).

2 Nesse sentido, ver o art. 10 do Decreto-Lei nº 200/1967: Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:

[...]

b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;

[...]

§ 5º Ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes.

§ 6º Os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e fiscalização indispensáveis sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 387.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 557-558.

Convênio é acordo, mas não é contrato. No **contrato** as partes têm **interesses diversos e opostos**; no convênio os partícipes têm **interesses comuns e coincidentes**. Por outras palavras: no *contrato* há sempre duas partes (podendo ter mais signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no *convênio*, em que não há partes, mas unicamente *partícipes* com as mesmas pretensões. Por essa razão, **no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só**, idêntica para todos, **podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um**, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos⁵.

7 Em sentido semelhante, a professora Di Pietro explica que:

[...] na diferenciação do contrato e do convênio em razão da **natureza da verba repassada** pela Administração Pública. No primeiro, **o valor pago passa a integrar o patrimônio da entidade que o recebeu**, sendo irrelevante para o repassador a destinação do mesmo. No segundo, permanece a **verba com a natureza de dinheiro público, somente podendo vir a ser utilizada para os fins previstos no instrumento de convênio**, ficando a entidade recebedora obrigada a prestar contas de sua utilização ao Tribunal de Contas⁶.

8 Marçal Justen Filho também se vale dessa distinção, embora agregando aspectos novos:

O convênio não se confunde com as contratações administrativas em sentido estrito. Em primeiro lugar, o convênio é um contrato **associativo**, de cunho organizacional. Isso significa que **a prestação realizada por uma das partes não se destina a ser incorporada no patrimônio da outra**. As partes do convênio assumem direitos e obrigações visando à realização de um **fim comum**. Diversamente se passa com a maioria dos contratos administrativos, que apresentam cunho **comutativo**: as partes se valem da contratação para produzir a **transferência entre si da titularidade de bens e interesses**. Essa distinção se relaciona com o posicionamento recíproco entre as partes. **No convênio, as partes não percebem remuneração** por sua atuação e todos **os recursos são aplicados no desempenho de uma atividade de relevância coletiva**.⁷

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 387.

6 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, p. 285.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Forum, 2012. p. 422.

9 De certo modo, a distinção doutrinária foi adotada pela legislação que rege a matéria:

Decreto nº 6.170/2007

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;

10 Portanto, para que uma relação jurídica possa ser intermediada pelo instrumento jurídico denominado de convênio, alguns elementos são obrigatórios⁸: **a)** os partícipes devem ter objetivos e **competências** institucionais comuns; **b)** os partícipes devem ter em mira a obtenção de um **resultado que seja de interesse comum** (um estudo, um projeto, uma obra, um serviço, etc.), com rateio de custos e benefícios; **c)** o ajuste deve ter natureza cooperativa, devendo estar presente a **mútua colaboração**, que pode assumir várias formas, como o repasse de verbas, o uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, etc; **d)** os recursos financeiros repassados possuem natureza de dinheiro **público**, somente podendo vir a ser **utilizada para os fins previstos** no instrumento de convênio; **e)** **inexistência de lucro**, pois não há remuneração a ser percebida pelas partes; e **f)** obrigatoriedade da **prestação de contas**.

11 A distinção conceitual feita até agora deve, necessariamente, servir de orientação hermenêutica para a correta interpretação do art. 116 da Lei nº 8.666/93. Relativamente às regras contratuais aplicáveis aos convênios, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos não estabeleceu um indicativo expresso, mas preferiu adotar uma alternativa, digamos, principiológica. Dispõe o art. 116 da Lei nº 8.666/93, que “aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”. Se a própria legislação previu

8 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 190; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: 2012. p. 340.

essa aplicação seletiva é porque partiu do pressuposto teórico-jurídico de que os convênios e contratos administrativos submetem-se a regimes jurídicos distintos. Do contrário, entender pela aplicação integral do regime jurídico-contratual aos convênios é tornar sem sentido a norma prevista no art. 116.

12 Embora alguns doutrinadores qualifiquem os convênios como espécies do gênero “contrato”, deixam expresso que são contratos “associativos de cunho organizacional”, o que atrai um regime jurídico específico para a sua execução. Para Marçal Justen Filho,

O conceito amplo de contrato administrativo compreende diversas figuras, cada qual subordinada a regime jurídico diferenciado. Segundo a classificação adotada, existem três espécies de contratos administrativos em sentido amplo. Há os acordos de vontade da Administração, os contratos administrativos em sentido restrito e os contratos de direito privado praticados pela Administração.⁹

13 Portanto, apenas as regras contratuais que forem compatíveis com o regime jurídico próprio dos convênios é que lhe podem ser aplicáveis. Um exame deste tipo requer a necessária observação do caso concreto, além de se pautar por uma compreensão principiológica do direito. Para Marçal Justen Filho, “os princípios basilares contidos na legislação sobre contratações administrativas deverão ser obrigatoriamente observados”, ou seja, “os convênios deverão ser estabelecidos obrigatoriamente por escrito, com prazos de vigência e cláusulas que atendam às determinações legais etc.”¹⁰.

14 Vale esclarecer, também, que o convênio é um tipo de ajuste executado de “forma instantânea” e não de “forma continuada”, para utilizar uma distinção feita por Marçal Justen Filho¹¹. O que se pretende ao realizar um convênio é a obtenção de um objeto, específico e determinado, que não se renova no tempo: seja a construção de uma

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Forum, 2012. p. 422-423.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Curitiba: Dialética, 2012. p. 1088. Em sentido semelhante, Jessé Torres afirma que “parece fora de dúvida que o art. 116 destina-se tão-só a fixar regras gerais mínimas de comportamento administrativo nos convênios” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 1018).

11 “Os contratos de execução instantânea impõem o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a prestação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante [...]. Já os contratos de execução continuada impõem o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo, sem que o adimplemento produza a liberação do devedor ou a extinção do contrato. Não há uma conduta específica e definida cuja execução libere o devedor” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Forum, 2012. p. 506-507).

obra, a realização de um serviço ou a aquisição de um bem. Desse modo, pode-se qualificar o convênio como um “**ajuste por escopo**”, na medida em que o mesmo não se revela como instrumento idôneo para financiar serviços de caráter continuado, devendo o produto/objeto conveniado estar, de forma obrigatória, detalhadamente especificado no **momento** da celebração do acordo, de modo a evitar a inclusão posterior de metas que não tenham relação com o objeto inicialmente conveniado, bem como a prorrogação indefinida do ajuste (o que se conhece pela prática irregular por “convênios guarda-chuva”).

15 Por fim, deve-se atentar para o fato de que o convênio é um tipo de acordo/ajuste administrativo que envolve um feixe de relações jurídicas, o que lhe confere um grau de complexidade elevado. As relações jurídicas criadas no âmbito de um convênio são várias: entre o concedente e o conveniente e entre o conveniente e as eventuais empresas que serão, na maioria dos ajustes, contratadas para executar o objeto do convênio. Diante de tal realidade, inúmeras situações podem ocorrer.

16 Tais elementos serão importantes para identificar, adiante, a aplicação ou não de dispositivos da Lei nº 8.666/93 aos convênios, notadamente as limitações relacionadas às alterações efetuadas no objeto.

II. CONTRATOS: LIMITES ÀS ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS E QUALITATIVAS

17 No âmbito dos contratos administrativos, onde há, pois, a oposição de interesses, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu limites às alterações quantitativas e qualitativas, de modo a salvaguardar o princípio constitucional da **igualdade** de oportunidades e a evitar fraudes no âmbito das licitações públicas. A respeito do tema, cumpre transcrever o art. 65, I, b, § 1º:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser **alterados**, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

- a) quando houver **modificação do projeto ou das especificações**, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a **modificação do valor contratual** em decorrência de **acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto**, nos **limites permitidos** por esta Lei;

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os **acréscimos** ou supressões que se fizerem nas **obras, serviços ou compras**, até **25% (vinte e cinco por cento) do valor**

inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de **reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50%** (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

18 O art. 65 prevê duas ordens de modificações: as quantitativas e as qualitativas. As alterações qualitativas (art. 65, I, a) têm como cerne a modificação de especificação do objeto contratado, visto que a sua finalidade poderá restar prejudicada ou não atingida caso não aconteça a devida adequação do projeto. É qualitativa, também, a alteração do regime de execução ou modo de fornecimento. Tais hipóteses são, de regra, imprevisíveis ou, então, inevitáveis, exigindo **justificativa de ordem técnica** que demonstre a sua imperatividade para o alcance da finalidade prevista no contrato.

19 Por seu turno, as alterações quantitativas (art. 65, I, b) referem-se apenas ao acréscimo ou à supressão das quantidades relacionadas à dimensão do objeto. Aqui, não há modificação das especificações ou critérios contratuais. Inclusive, o texto legal dispõe que sucederão “nas mesmas condições contratuais” (art. 65, §1º) e “devem processar-se apenas nos limites permitidos” (art. 65, § 2º).

20 Sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União, na Decisão nº 215/1999, estabeleceu que **“tanto as alterações contratuais quantitativas – que modificam a dimensão do objeto – quanto as unilaterais qualitativas – que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei”**. No entanto, o próprio TCU afirmou que **as alterações qualitativas consensuais podem, excepcionalmente, ultrapassar os limites do art. 65, § 1º, desde que observados os princípios da finalidade e proporcionalidade, bem como os direitos patrimoniais do contratado**, além de satisfazer os seguintes pressupostos:

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

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

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

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

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

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

III. CONVÊNIOS: (IN)APLICABILIDADE DO LIMITE DE 25% ÀS ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS

21 A dúvida que surge é se os limites previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93 são aplicáveis aos convênios. Tais regras seriam adequadas ao regime jurídico e a principiologia inerente a tais acordos administrativos? Diante da complexidade e da pluralidade de relações jurídicas criadas pela celebração de um convênio, a resposta não pode ser traduzida em termos de sim/não. É necessário, então, um olhar mais atento a tais peculiaridades.

22 Consoante o art. 116 da Lei nº 8.666/93, a celebração de convênio depende de plano de trabalho aprovado contendo, no mínimo, a identificação do objeto, as metas a serem atingidas, as etapas ou fases de execução, o plano de aplicação de recursos financeiros, o cronograma de desembolso e a previsão de início e fim da execução do objeto.

23 A Portaria Interministerial nº 507/2011, por sua vez, detalha de forma conceitual os componentes exigidos pela Lei de Licitações:

Art. 1º [...]

[...]

§ 2º Para os efeitos desta Portaria, considera-se:

[...]

XVIII - meta: parcela quantificável do objeto descrita no plano de trabalho;

XIX - **objeto: produto do convênio**, contrato de repasse ou termo de cooperação, observados o programa de trabalho e as suas finalidades;

[...]

XXIII - termo aditivo: instrumento que tenha por objetivo a modificação do convênio já celebrado, **vedada a alteração do objeto aprovado**.

24 Como forma de ilustrar melhor a relação objeto/meta, transcreve-se exemplo de plano de trabalho de convênio fornecido pelo Manual do Tribunal de Contas da União sobre convênios e outros repasses¹²:

Meta	Etapa	Fase	Especificação	Indicador Físico		Duração		
				Unidade	Quantidade	Início	Fim	
1			Modernização de Laboratório					
			1.1	Aquisição de equipamentos				
			1.1.1	Computadores 8gb RAM, 2TB	Peça	50		
			1.1.2	Monitores de vídeo LCD 17"	Peça	50		
		1.1.3	Impressoras Laser	Peça	10			
2			Capacitação de jovens	Jovens	500			
			2.1	Planejamento, elaboração de materiais, divulgação e matrículas				
			2.1.1	Planejamento de aulas	Planos	1		
			2.1.2	Elaboração de material didático	Apostilas	500		
			2.1.3	Divulgação por rádio	Avisos	10		
		2.1.4	Matrículas por período letivo	Matrículas	250			

25 Relativamente à possibilidade de modificação do PTA do convênio, a Portaria Interministerial nº 507/2011 estabelece o seguinte:

Art. 50. O **convênio poderá ser alterado** mediante proposta, devidamente formalizada e justificada, a ser apresentada ao concedente em, no mínimo, 30 (trinta) dias antes do término de sua vigência ou no prazo nele estipulado.(...)

12 Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses* 4.ed. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2013.

Art. 52. O convênio deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, **sendo vedado:**

[...]

III - **alterar o objeto do convênio** ou contrato de repasse, **exceto** no caso de **ampliação da execução do objeto pactuado** ou para **redução ou exclusão de meta**, sem prejuízo da **funcionalidade** do objeto contratado;

26 Como se percebe, a norma regulamentar não traz determinação clara quanto às várias situações que podem ocorrer, bem como também não trata dos eventuais limites aplicáveis às modificações. Por exemplo, o que seria “ampliação da execução do objeto”? Inclusão de meta? Aumento de quantidades do indicador físico? Existem limites a esta ampliação?

27 Não obstante a rigidez do comando insculpido no art. 52, inciso III, da Portaria Interministerial nº 507/2011, é muito frequente o gestor perceber, ao receber os recursos, que o objeto previsto não poderá ser executado nos termos propostos originalmente. Ademais, é razoável compreender situações peculiares com capacidade de interferir no objeto – **desde que não pudessem ser previstas por ocasião da celebração do instrumento** – impondo a **modificação do indicador físico (quantidades)** estabelecido originalmente¹³. A aplicação do limite de 25% previsto na Lei nº 8.666/93 a tal contexto dependerá do tipo de relação jurídica envolvida. Nesse quadro, duas situações podem ser identificadas: (1) a alteração realizada repercute apenas no convênio; (2) a alteração realizada repercute no convênio e no contrato celebrado pelo conveniente.

28 No que toca à primeira hipótese (1), não custa lembrar que o convênio, diferentemente do contrato administrativo, prescinde de procedimento licitatório (e, aqui, repita-se, não está a se tratar de convênio com entidades privadas sem fins lucrativos, que, de regra, têm o chamamento público prévio). Conforme já frisado, trata-se de ajuste marcado pela união de esforços destinados a consecução de um objetivo comum, não havendo vantagem ou lucro a ser obtido. Nessa linha, pode-se defender a não aplicação do limite previsto no art. 65 da Lei de Licitações, na medida em que ausente a ratio do referido dispositivo legal.

13 Como ensina Joel Niehbur, perfeitamente aplicável ao contexto dos convênios, “a mutabilidade do objeto do contrato [do convênio] é princípio que serve a possibilitar a adequação dele às novas demandas do interesse público. O ponto chave reside na palavra adequação. A alteração presta-se a promover adequações, não a transformar o objeto do contrato [do convênio] noutro, com funcionalidade diferente” (*Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Curitiba: Zenite, 2008. p. 513-514).

Ora, se inexistente isonomia ou licitação a ser protegida, qual a finalidade da aplicação da referida limitação? A aplicação cega do dispositivo, sem levar em conta as especificidades do caso, acabaria por desvirtuar o interesse público que se pretende proteger. Ao comentar a limitação de 25% prevista na Lei nº 8.666/93, escreve Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras, de um dispositivo legal não se podem extrair nem resultados alheios à razão de existir da norma, nem que prejudiquem desnecessariamente interesses, maiormente quando públicos, se disto não resultar proveito para quem quer que seja, nem que conduzam a incongruências ou ilogismos. Tanto isto é verdadeiro que doutores de incontestada autoridade, com fundamentação teórica mais ou menos extensa, mais ou menos explícita, indicam claramente que não se pode perder de vista a razão de existir de determinada regra, o espírito que a informa, advertindo, conseqüentemente, contra a erronia de recebê-la como um “tabu”, pena de chegar-se a resultados incompatíveis com seus fundamentos e com a própria lógica que lhe deve presidir o exame.¹⁴

29 Contudo, a não aplicação do limite de 25% às alterações quantitativas no âmbito dos convênios **não isenta, por óbvio, o conveniente e o concedente** de realizarem um planejamento e uma avaliação técnica que reflitam a efetiva necessidade social do ente federativo, o que, se não feito, redundará na possibilidade de apuração disciplinar própria aos servidores públicos envolvidos. Como adverte o Tribunal de Contas da União¹⁵,

A exatidão das informações do plano de trabalho tem repercussão, também, na execução do convênio e na respectiva prestação de contas. A fiscalização dos órgãos federais de controle baseia-se nas informações do plano de trabalho para fixar critérios de avaliação do alcance das metas propostas. **Subestimar ou superestimar as metas, os custos ou o cronograma de execução do objeto do convênio poderá trazer sérias consequências para o gestor do convênio.**

Em suma, para propor a celebração de convênio, o interessado deve atentar para as seguintes medidas:

14 BANDEIRA DE MELLO. Extensão das alterações dos contratos administrativos: a questão dos 25%. In: Idem. *Grandes temas do direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233.

15 Tribunal de Contas da União. *Convênios e outros repasses*. 4. ed. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2013.

- Elaborar plano de trabalho (planejamento) de forma detalhada, precisa e completa, descrevendo suficientemente, de forma quantitativa e qualitativa, o objeto proposto, suas metas, etapas e/ou fases.
- Estruturar orçamento realista do objeto programado.
- Certificar-se da existência dos recursos de contrapartida.
- Realizar previsão factível das fases do projeto e do prazo necessário para sua conclusão.

30 Outra preocupação a ser consignada é a **impossibilidade de transmutação do objeto conveniado**. Não se pode transformar a construção de escola em construção de hospital; a capacitação de professores em aquisição de equipamentos. Embora isso seja difícil de ocorrer nas alterações quantitativas – já que não há modificação das metas, etapas ou fases, mas apenas das quantidades presentes no indicador físico – não é demais afirmar que **a alteração da dimensão do objeto não pode atingir à funcionalidade básica dele**. A finalidade do acordo e a necessidade social devem ser as mesmas, não podendo ser o foco da modificação. O acréscimo a ser feito tem como objetivo adaptar o objeto às novas circunstâncias ou a corrigir eventuais falhas no planejamento inicial e não a transmutá-lo em objeto distinto.

31 Ressalte-se, ainda, que deverão ser demonstradas as **razões (justificativas) técnicas suficientes** a determinar a alteração pretendida, em atendimento ao **dever de motivação**¹⁶. O valor necessário está sujeito à avaliação prévia de setor técnico do ente concedente e à disponibilidade orçamentária e financeira. A proposta de modificação deve, igualmente, ser remetida à área jurídica juntamente com a manifestação técnica pertinente, acompanhada de minuta de termo aditivo. Observar-se-ão, no aditamento, os mesmos procedimentos e trâmites exigidos por ocasião da celebração do convênio.

32 Aumentadas as atribuições e os encargos a serem prestados pelo conveniente, impõe-se a revisão do correspondente aporte de recursos financeiros e do ajustamento do prazo final de vigência da avença, caso seja necessário. Reduzindo-as, os valores alocados e o prazo para o alcance do objeto devem ser reavaliados pela Administração e, se for o caso, proporcionalmente reduzidos. A contrapartida financeira

16 Vale a pena citar as orientações de Marçal Justen Filho, plenamente aplicáveis ao caso dos convênios: “a administração tem de evidenciar, por isso, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual. Deve evidenciar que a solução localizada na fase interna da licitação não se revelou, posteriormente, como a mais adequada. Deve indicar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto daquele adotado (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 495).

do conveniente também deve ser aumentada ou reduzida de forma proporcional à alteração realizada.

33 — Relativamente a segunda hipótese acima levantada (2) — quando a alteração realizada repercute no convênio e no contrato celebrado pelo conveniente —, impõe-se conclusão diversa da acima defendida. É que nesse caso estamos falando em contrato já firmado pelo conveniente, ocasião que atrai a plena aplicação da limitação prevista no art. 65, § 1º, da Lei de Licitações. Nessa situação, a relação jurídica é distinta da existente entre concedente-conveniente. Esse foi o caso enfrentado no Acórdão nº 1.934/2009 — Plenário, onde foi identificado aditivo que alterou convênio firmado pela Embratur e que repercutiu em 540% no contrato firmado com o recurso financeiro repassado. Nessa hipótese, o TCU, por meio do voto do relator, foi enfático:

38. Outra falha identificada pela unidade técnica refere-se à celebração do segundo termo aditivo ao Convênio 40/2003, que resultou em um **acréscimo ao valor do convênio original de 540%.**

39. Entendo que tal fato, por si só, não caracteriza a existência de qualquer irregularidade, pois aos Convênios, celebrados com vistas a fomentar interesses comuns entre o concedente e o conveniente, não se aplicam as restrições relativas ao reajustamento contidas no Estatuto das Licitações. Até porque poderia ser celebrado outro convênio, com o mesmo conveniente, sem restrições.

40. Contudo, o problema identificado pela unidade técnica reside no fato de que conveniente, que deveria observar as normas contidas no Estatuto das Licitações, também **aditivou o contrato celebrado com a Evidência Comunicação e Publicidade / Display, em 540%, sem observar, portanto, os limites previstos no art. 65, §2º da Lei 8.666/1993.**

34 Por fim, cabe registrar que no caso de **convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos selecionadas por meio de chamamento público,** o raciocínio deve ser o mesmo da hipótese (2) acima descrita. Em outras palavras, **é aplicável o limite de 25%** às alterações quantitativas realizadas em tais convênios, pela simples razão de que, em tais ajustes, está presente a possibilidade de “competição”, de modo que a inobservância do limite previsto no art. 65, § 1º, resvalará, inevitavelmente, na violação do princípio da igualdade de oportunidades. Ademais, o prévio chamamento público é regra geral para celebração de tais ajustes.

35 Importante salientar que, embora se admita, em tese, a alteração quantitativa em convênios acima do limite de 25%, desde que observadas

as ressalvas feitas acima (e nesse aspecto, tal observação vale para todo e qualquer convênio), tal possibilidade não pode ser deferida *a priori*, de forma genérica, porquanto faz-se imprescindível a análise caso a caso, já que tal alteração é excepcional, dependendo da apresentação de justificativas técnicas suficientemente aptas a determinar a modificação do plano de trabalho inicialmente acordado, o que deve ser exigido pela área jurídica competente. Registre-se, igualmente, que é responsabilidade do conveniente todas as precauções para que seja feito um planejamento adequado de sua necessidade, cabendo ao concedente aprovar a demanda a partir de exame tecnicamente fundado, e, sobretudo não permitindo os convênios do tipo “guarda-chuvas”, sob pena de apuração disciplinar em razão da negligência dos servidores responsáveis.

36 Ademais, deve sempre o princípio da proporcionalidade estar fundamentado nas alterações pretendidas nos convênios, motivados pela área técnica competente e, de rigor, exigido pela área jurídica. A propósito, a CARVALHO FILHO não escapa o princípio da proporcionalidade¹⁷:

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1- adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2- exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3- proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

37 Por fim, destaque-se a importância da leitura principiológica do Direito Administrativo Contemporâneo, na qual se sobressai a importância do interesse público:

Muito embora os princípios expressos no art. 37, *caput*, da CF/88 sejam de evidente importância, tanto que aí estão inseridos, existem também princípios implícitos, como o do interesse público, também chamado de finalidade pública, que merece destaque, nesse contexto, por ser fundamental para toda discussão administrativo-constitucional. **O interesse público deve guiar a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que, especialmente no paradigma do Estado constitucional**, o Estado deve ser movido por interesses que transcendam o plano dos direitos subjetivos envolvidas nas

17 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41-42.

relações de que toma parte. A noção de bem-estar coletivo apresenta-se primordial, porquanto a história do Estado de Direito e de sua intrínseca ligação com as dimensões dos direitos fundamentais revelam que os interesses individuais se coletivizam ou se tornam transindividuais para as sociedades contemporâneas. O sistema constitucional da Administração Pública brasileira foi estabelecido como um conjunto de princípios, subprincípios e algumas regras, considerados necessários à garantia de sua ordem e unidade internas, a fim de que as entidades e órgãos possam atuar, na maior harmonia possível, para a consecução dos seus fins. (grifo aposto)¹⁸

CONCLUSÃO

38 Ante o exposto, e levando em conta os argumentos jurídicos acima delineados, bem como o entendimento firmado pela doutrina e nas orientações da Advocacia-Geral da União, conclui-se o seguinte:

- a) No âmbito dos convênios, duas situações podem ser identificadas: (a) a alteração realizada repercute apenas no convênio; (b) a alteração realizada repercute no convênio e no contrato celebrado pelo convenente;
- b) Na primeira hipótese (a), o limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93 não se aplica às alterações quantitativas relacionadas com o indicador físico (quantidade) do plano de trabalho do convênio, tendo em vista a aplicação seletiva autorizada pelo art. 116 da mesma lei e levando em conta as peculiaridades e natureza jurídica dos convênios e o princípio da proporcionalidade;
- c) Na segunda hipótese (b), é plenamente aplicável o limite de 25%, tendo em vista o liame jurídico travado entre o convenente e a empresa contratada revelar-se como verdadeira relação jurídico-contratual a atrair a aplicação integral da Lei nº 8.666/93.
- d) Nos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos selecionadas por meio de chamamento público,

18 MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 875-876.

o limite de 25% é plenamente aplicável o referido limite às alterações quantitativas, sob pena de violação do princípio da igualdade de oportunidades.

À consideração superior,

Brasília-DF, 27 de setembro de 2013.

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Humberto Fernandes de Moura
Procurador Federal

Michelle Diniz Mendes
Procuradora Federal

Érica Maria Araújo Saboia Leitão
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília, 27 de setembro de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N° 13/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 30 de setembro de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 51/2013:

I - Na hipótese de alterações relacionadas com o indicador físico (quantidade) do plano de trabalho do convênio, que repercutem apenas em tal ajuste, não incide o limite de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista a aplicação seletiva autorizada pelo art. 116 da mesma lei, as peculiaridades e a natureza jurídica dos convênios e o princípio da proporcionalidade.

II - Na hipótese de alteração quantitativa que repercute tanto no convênio como no contrato celebrado pelo convenente para viabilizar a execução do objeto, é plenamente aplicável o limite de 25% (vinte e cinco por cento), em virtude de o liame jurídico travado entre o convenente e a empresa contratada revelar-se como verdadeira relação jurídico-contratual a atrair a aplicação integral da Lei nº 8.666/93.

III - Nos convênios celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos selecionadas por meio de chamamento público, o limite de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93, é plenamente aplicável às alterações quantitativas, sob pena de violação do princípio da igualdade de oportunidades.