

A vigência do convênio de repasse na Lei Nacional nº 14.133/2021

Thiago Alencar Alves Pereira

1. INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste estudo é verificar a relação existente, atualmente, entre os convênios e os contratos públicos, uma vez que se observa constante remissão de dispositivos legais dos contratos aos convênios, sem clareza quando a expansão da expressão “no que couber” prevista no art. 184 da Lei Nacional nº 14.133/2021.

Para melhor organizar o raciocínio, o objetivo específico foi centrado em estudar o art. 241 da Constituição Federal de 1988, os contornos doutrinários e jurisprudenciais dados a expressão “no que couber” e como os convênios são tratados pelo direito contábil aplicado ao setor público.

A metodologia utilizada é a indutiva, utilizando-se de conceitos preexistentes de contrato, convênio, consórcios públicos e transferência voluntária.

A conclusão, finalmente, é que o prazo de vigência dos convênios de repasse, quando utilizados como fonte de recurso de contratos, recebem igual tratamento, não havendo prazo de vigência do convênio em si, mas prazo para a consecução do objeto e em função das metas estabelecidas, devendo, antes de qualquer decretação de invalidade do ajuste, ser avaliado o custo total e estágio de execução física e financeira dos convênios.

2. O CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO NO ART. 241 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 permitiu a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarem por meio de lei os convênios de cooperação entre os entes federados, **autorizando a transferência total ou parcial** de encargos essenciais à continuidade dos serviços transferidos (art. 241, CF).

De partida, nota-se que o constituinte fala de duas figuras, a significar a ausência de identificação entre elas. A própria Constituição diferenciou convênios e consórcios.

Percebe-se, ainda, que a autonomia administrativa e territorial dos Estados-membros e Municípios comporta temperamento tão somente quando observada manifesta exteriorização de vontade, ou seja, quando voluntariamente ele aceita a parceria, instrumentalizada por meio de convênios ou atos administrativos congêneres, sob pena de grave ameaça ao equilíbrio da Federação.

A referência do art. 241 a existência de leis dos diversos entes federados não traduz a vedação a edição de normas gerais por parte da União, algo natural as nações que impuseram a federação e estabeleceram interesses nacionais, regionais e locais.

3. A VIGÊNCIA DO CONVÊNIO NA LEI NACIONAL Nº 14.133/2021

Partindo da permissão constitucional contida no art. 241, a Lei Nacional nº 14.133/2021 impôs as suas regras, **no que couber e na ausência de norma específica**, aos convênios, inteligência extraída do art. 184:

Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, **no que couber e na ausência de norma específica**, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida **em regulamento do Poder Executivo federal**.

A nova lei de licitações e contratos já difere da antiga ao acrescentar a passagem “na ausência de norma específica” e lançar o regulamento ao Poder Executivo Federal, o que poderia gerar a interpretação que a União é quem iria regulamentar o dispositivo com imposição aos demais entes da federação.

A interpretação merece temperamento. É que a Constituição Federal, ao impor a federação como cláusula pétrea, não permite que a União diga como os demais entes deverão regular atos na alçada de sua autogestão.

Mais. O parlamento nacional possui um caráter dúplice: é parlamento que legisla atos normativos nacionais e federais, este último vinculante apenas à União.

Por esta razão, o próprio legislador expôs que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução da Lei Nacional nº 14.133/2021, como se extrai do Art. 187.

Diga-se, o Poder Executivo de cada ente federativo poderá regulamentar o art. 184, mas não o fazendo, poderá utilizar-se dos regulamentos federais.

Para além da clareza ventilada pela Lei Nacional nº 14.133/2021, a lei deixou o mesmo vazio da Lei Nacional nº 8.666/1993, pois manteve a expressão *no que couber*, deixando ao exegeta uma centena de possibilidade.

Ou seja, certamente que alguns dispositivos dos contratos não serão aplicados aos convênios.

Em interpretação a Lei Nacional nº 8.666/1993, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu no recurso em mandado de segurança (RMS) nº 30.634 - SP que o *“vínculo jurídico existente nos convênios não possui a mesma rigidez inerente às relações contratuais, daí porque o art. 116, caput, da Lei 8.666/93 estabelece que suas normas se aplicam aos convênios apenas ‘no que couber’.”*

Estas são razões que fazem a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 390), Hely Lopes Meirelles (2005, p. 398) e Edmir Netto de Araújo (2010, p. 729) entender que (a) os convênios não possuem compatibilidade com cláusulas de permanência compulsória, como a que impõe a restrição de prazos à vigência dos respectivos créditos orçamentários, e (b) o art. 116 da Lei Nacional nº 8.666/1993 não lançou os convênios no regime dos contratos instrumentais, bem como não fez remissão ao art. 57.

A professora Di Pietro (2018, p. 430) chega a dizer o artigo 116 da Lei Nacional nº 8.666/1993 não admite sua interpretação restritiva, alheia ao contexto de todo o ordenamento jurídico, enfatizando que *“a inobservância do art. 116 somente será admissível nos casos de convênios que não implicam repasse de bens ou valores”*.

Valioso mencionar, seguindo esta linha de raciocínio, decisão do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TC-SC), para quem *“o período de vigência do convênio pode ser compatível com os prazos estabelecidos no plano de trabalho previamente aprovado pelo conveniente”*, não devendo ser levado em consideração *“a regra do art. 57, incs. I e II, da Lei Federal n. 8.666/1993, sendo, porém, obrigatória a fixação de prazo de vigência (§3º do art. 57 da Lei Federal n. 8.666/1993)”*.

A vigência de prazo é expressa para contratos, não havendo previsão no parágrafo 1º do art. 116 da Lei Nacional nº 8.666/1993 e muito menos no art. 184 da Lei Nacional nº 14.133/2021 para os convênios. Nesta lei, a previsão é silente. Naquela, exige-se a previsão de **início e fim da execução do objeto**, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas.

A Lei Nacional nº 14.133/2021 dá um indicativo de manutenção da interpretação já adotada na Lei Nacional nº 8.666/1993 quando faz referência aos convênios no art. 147, inciso VIII. Ou seja, para se pensar em nulidade da execução do contrato, antes deve ser avaliado o custo total e estágio de execução física e financeira dos convênios.

Partindo, então, da premissa de que a nova lei apenas melhorou a redação da Lei Nacional nº 8.666/1993, podemos pensar que o convênio de repasse tem sua vigência atrelada ao contrato que financia. Ou seja, o convênio que financia uma obra, por exemplo, terá sua vigência pelo prazo necessário à conclusão do objeto.

O raciocínio é reforçado quando se lê o art. 25 da Lei Complementar Nacional nº 101/2000, onde se entende por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS).

É transferência voluntária a entrega de recursos que não sejam obrigatórios na forma constitucional e legal.

O manual de contabilidade pública aplicada ao setor público (MCASP) evidencia que para o reconhecimento contábil, o ente recebedor (conveniente) deve registrar a receita orçamentária apenas no momento da efetiva transferência financeira, pois sendo uma transferência voluntária não há garantias reais da transferência, uma vez que a concedente pode denunciar o convênio, retirando-se livremente do pacto (CARVALHO FILHO, 2007, p. 197). Por esse motivo, a regra para transferências voluntárias é o beneficiário não registrar o ativo relativo a essa transferência.

E ao definir as “Variações Patrimoniais Aumentativas”, o MCASP inclui nas transferências e delegações recebidas as “transferências de convênios”.

Perceptível que as transferências de convênios são, para o ente recebedor, fonte de custeio do objeto conveniado, que poderá ser adquirido via procedimento licitatório.

Por isso, como dito alhures, a Lei Nacional nº 14.133/2021 exige cautela na decisão de nulidade da execução do contrato, devendo, antes da decretação de invalidade do ajuste, ser avaliado o custo total e estágio de execução física e financeira do convênio.

Em que pese a Lei Nacional nº 14.133/2021 exigir adequação orçamentária como elemento descritivo do termo de referência, é proibido iniciar a execução do contrato sem, pelo menos, o financeiro que cubra a primeira medição, sob pena de despesa sem prévio empenho.

Neste trilho, as transferências de convênios (convênio de repasse) são, além de um ato cooperativo entre entes da federação, fonte de recurso de despesa pública, devendo, então, estar atrelado ao contrato que suportará.

Em sentido semelhante é o Decreto Federal nº 11.531, de 16 de maio de 2023, que regulamenta o art. 184 da Lei Nacional nº 14.133/2021, quando impõe que “*no ato de celebração do convênio [...], o concedente deverá empenhar o valor total previsto no cronograma de desembolso do exercício da celebração e registrar os valores programados para cada exercício subsequente, no caso de convênio ou de contrato de repasse com vigência plurianual [...]*” (art. 8º), e como cláusula necessária que a vigência seja fixada de acordo com o prazo previsto para a consecução do objeto e em função das metas estabelecidas (art. 11, §3º, II).

Daí emerge a importância da rejeição pelos Tribunais de Contas.

Ainda sob a batuta da Lei Nacional nº 8.666/1993, o Tribunal de Contas da União (TCU) caminhou no sentido de **prorrogar os prazos de convênio, mesmo vencido**, quando configurado interesse público na continuação da parceria.

No acórdão nº 1131/2009-Plenário, o Ministro Cedraz votou esclarecendo que quando não restar alternativa para atingir o interesse pública senão o de prorrogar o convênio, o ato deixa de ser discricionário e passa a ser vinculado, devendo a Corte de Contas determinar a prorrogação do ajuste, sob pena de se apurar a responsabilidade pela obra inacabada, indo ao encontro do art. 147, inciso VIII, da Lei Nacional nº 14.133/2021 e do art. 21 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (LINDB).

Portanto, a jurisprudência do TCU admite a prorrogação (a exemplo da Súmula nº 191 e do Voto constante do Acórdão nº 172/2004 – Plenário).

A busca pela solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais se confirma com a permissão de continuidade do objeto pactuado, especialmente quando o convênio de repasse financia contrato de serviços não contínuos ou contratados por escopo, uma vez que não há prazo de convênio, mas prazo de execução do objeto pactuado, podendo ser alterado de comum acordo entre as partes, enquanto existir “interesses recíprocos”, entendimento, como já dito, convergente com o Decreto Federal nº 11.531, de 16 de maio de 2023.

Nesta toada, a compreensão pela existência de vigência do convênio atrelado ao cumprimento do contrato que ele financia, visa permitir que a autoridade pública atue para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, conforme previsão do art. 30 do decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito administrativo recorrentemente impõe coragem aos operadores do direito na busca de soluções jurídicas viáveis para enfrentar os desafios.

No dia a dia do consultivo administrativista, a licitação, os contratos públicos e os convênios são os temas mais comuns.

Após a inclusão dos arts. 20 a 30 na LINDB pela lei nº 12.874/2013, os Tribunais de Contas e a doutrina estão revendo seu entendimento e constatando a necessidade de resultado material, contrapondo-se ao excesso formal. Há, portanto, uma desconstrução do formalismo, regra tradicional na conduta administrativa, para a busca de resultados concretos, conduta mais atual e adequada a nova realidade do direito pós-moderno.

O prazo de vigência do convênio, por exemplo, é um dos temas que se concretiza na Lei Nacional nº 14.133/2021 e no regulamento federal (Decreto Federal nº 11.531, de 16 de maio de 2023).

Como síntese do exposto no presente estudo, são conclusões possíveis:

a) O constituinte deixou a livre vontade dos entes federados disciplinarem por

meio de lei a forma que se dará a transferência total ou parcial de encargos essenciais à continuidade dos serviços transferidos nos convênios de cooperação, não havendo, portanto, vedação constitucional para que um ente federado autorize outro a exercer sua competência executória, podendo um serviço local ser executado pelo Estado-membro ou vice-versa, quando voluntariamente ele aceite o encargo, instrumentalizada por meio de convênios ou atos administrativos congêneres, sob pena de grave ameaça ao equilíbrio da Federação.

b) Os convênios de repasse (ou as transferências de convênios) são veículos para operacionalizar as transferências voluntárias, servindo de fonte de recurso para o ente receptor e, quando financiam um contrato, devem ter sua vigência fixada de acordo com o prazo previsto para a consecução do objeto e em função das metas estabelecidas.

c) O prazo de vigência dos convênios de repasse, quando utilizados como fonte de recurso de contratos por escopo, recebem igual tratamento, não havendo prazo de vigência do convênio em si, mas prazo de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto desejado.

a) Por fim, os convênios de repasse (ou as transferências de convênios) são veículos para operacionalizar as transferências voluntárias e exigem da concedente e do conveniente o dever de lançar a operação em suas respectivas contabilidades públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Almério Cançado de et al. Convênios Públicos: A nova legislação. In: **Convênios públicos: a nova legislação**. 2014. p. 796-796.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Art. 241. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord. Cient.); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. Exec.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 2170-2172. (Série IDP)

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 30. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DURÃO, Pedro. *Convênios & Consórcios Públicos-Gestão, Teoria e Prática-Atualizado com a Lei 11.107/05 e Enfoques de Direitos Humanos-2a Edição-Revista e Atualizada*. Jurua Editora, 2007.

MADERS, Angelita Maria. *CONTRATOS PÚBLICOS, CONVÊNIO E CONSÓRCIOS: peculiaridades*. **Revista Direito em Debate**, v. 16, n. 27-28, 2007.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. *Convênios e outros instrumentos de “administração consensual na Gestão Pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

REALE, Miguel. [Parecer sobre o projeto de lei federal sobre consórcios públicos]. S.l.: s.n., [2003 a 2006]. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/parecer.htm>. Acesso em: 17.09.2022.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Gestão alternativa de serviços públicos. Revista de Direito Administrativo, v. 219, p. 179-203, 2000.

VENÂNCIO, Marcelo Pollini. O prazo de vigência dos convênios firmados entre a administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos e a aplicabilidade do art. 57 da Lei Nº 8.666/93. Âmbito Jurídico, XII, n. 66, jul. 2009. Acesso em: 17.09.2022.

ZKLAROWSKY, Leon Fredja. Convênios, consórcios administrativos, ajustes e outros instrumentos congêneres. Revista do Tribunal de Contas da União, v 29, n. 75, 1998.