



PARECER N° 006/2019 - PGE

Protocolado n.º14.217.209-7

Interessado: MSTECH Educação e Tecnologia

Assunto: Orientação geral para celebração de parcerias com entidades privadas com finalidade lucrativa

EMENTA: CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ E ENTIDADES PRIVADAS COM FINALIDADE LUCRATIVA – IMPOSSIBILIDADE APENAS QUANDO SE TRATAR DE AJUSTES CLASSIFICADOS COMO ONEROSOS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM REPASSE DE RECURSOS.

I. CONSULTA:

Versa o presente protocolado de pedido da empresa MSTECH EDUCAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA. para celebração de termo de cooperação técnica com a Secretaria de Estado da Educação, cujo objeto é a implementação, no Estado do Paraná, do Projeto “Google Apps For Education”, com o escopo de promover o incentivo, a inserção e o uso de suas aplicações de tecnologias digitais da informação e comunicação nos contextos escolares, conforme indicado em documento firmado pela proponente, fl. 03.

O protocolado foi instruído com os seguintes documentos:

- requerimento da empresa MSTECH Educação e Tecnologia Ltda., fl. 03;
- documento denominado Formulário de Dados para Convênio Estadual, expedido pelo GOS/DG/SEED, fls. 04/07;
- atos constitutivos da empresa MSTECH Educação e Tecnologia Ltda. e da empresa MSTECH Educação e Tecnologia S/A e cópia do documento que identifica o representante legal da proponente, fls. 08/71;
- certidões de regularidade fiscal da empresa proponente, fls. 72/78;



-
- folha de despacho, fl. 79;
 - lista de checagem para celebração de convênio, fl. 80;
 - Plano de Trabalho, fls. 81/84;
 - minuta do Termo de Cooperação Técnica, fls. 85/90;
 - folhas de despachos, fls. 91/93;
 - Despacho n.º 4983/2016-AJ/SEED, fl. 94;
 - Despacho n.º 1236/2016-PRC/PGE, manifestando pela prévia deliberação do COSIT, fls. 95/96;
 - Despacho n.º 5810/2016-AJ/SEED, fl. 97;
 - Ofício n.º 003/17-COSIT, fl. 98;
 - folha de despacho, fl. 99;
 - Parecer Técnico n.º 001/2017-DTI/GCI/COTAP, fls. 100;
 - Parecer da Secretaria Executiva do COSIT, fls. 101/103;
 - Ofício n.º 026/2017-COSIT, fl. 104;
 - folhas de despachos, fls. 105/106;
 - Despacho n.º 209/2017-PRC/PGE, concluindo pela impossibilidade de formalização da parceria, tendo em vista que a proponente está constituída como entidade privada com finalidade lucrativa, fls. 107/109;
 - Despacho n.º 1370/2017-AJ/SEED, fls. 110/111;
 - folha de despacho, sobre os aspectos técnicos envolvidos na parceria, fls. 112/115;
 - cópia de mensagens eletrônicas entre a proponente e representantes da SEED, fls. 116/126;
 - Parecer da Diretoria de Políticas Públicas e Tecnologias Educacionais/SEED, fls. 127/129;
 - folha de despacho, fl. 130;
 - Despacho n.º 2097/-AJ/SEED, fls. 131/132;
 - Despacho n.º 521/2017-PRC/PGE, fl. 133;
 - Ofício n.º 1307/2017-GS/SEED, requerendo revisão das conclusões da PRC/PGE, fls. 134/135;



- cópia da Informação n.º 395/2017-PRC/PGE, 136/141v.;
- Despacho n.º 266/2017-PGE/CCON, encaminhando o protocolado ao GPT7-Licitações e Contratos, para análise e parecer, fls. 142/143;
- minuta de parecer do GPT7, fls. 144/150; e
- Despacho do Sr. Coordenador do GPT7, distribuindo o feito para continuidade da análise do caso, fl. 154.

Vieram os autos para análise e manifestação.

É, em síntese, o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO:

A questão trazida ao debate reside na possibilidade jurídica da Administração Pública do Estado do Paraná celebrar convênios ou instrumentos congêneres, excetuados os regulados pela Lei Federal n.º 13.019/2014, com instituições privadas com finalidade lucrativa, com o único objetivo de instituir parcerias para realização de ações de interesse comum, sem persecução de lucratividade.

Alerta-se, desde logo, que, tendo em vista as limitações impostas para a atuação do presente Grupo Permanente de Trabalho pelo inc. III do art. 1º e pelo caput do art. 3º da Resolução-PGE n.º 186, de 15 de Maio de 2018, a presente manifestação limitar-se-á a análise do tema anunciado em tese, sem incursionar nas particularidades envolvidas no caso concreto que deu origem ao requerimento de análise jurídica sobre a viabilidade da pretensão, tampouco tecer considerações sobre os aspectos formais da instrução processual necessária para a eventual celebração da parceria.

Como cediço, os convênios são parcerias celebradas entre pessoas administrativas entre si ou com particulares, com vistas à conjugação de esforços para realização atividade que tem como escopo imediato o atendimento de uma finalidade pública de caráter social comum.

De modo geral, os convênios se distinguem dos contratos, basicamente, pela atuação desinteressada das partes na busca de um fim comum, alheio, portanto, à busca da lucratividade que é característica própria dos contratos.

Em doutrina, a respeito da definição de convênio e sua distinção em relação aos contratos, destaca-se:



Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público.

Com bem registra a clássica lição de HELY LOPES MEIERLLES, convênio e contrato não se confundem, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes.

No contrato, os interesses são opostos e diversos; no convênio, são paralelos e comuns. Nesse tipo de negócio jurídico, o elemento fundamental é a cooperação, e não o lucro, que é o almejado pelas partes no contrato. De fato, num contrato de obra, o interesse da Administração é a realização da obra, e o particular, o recebimento do preço. Num convênio de assistência a menores, porém, esse objetivo tanto é do interesse da Administração como também do particular. Por isso, pode-se dizer que as vontades não se compõem, mas se adicionam.

Outro aspecto distintivo reside nos polos da relação jurídica. Nos contratos são apenas dois polos, ainda que num destes haja mais de um pactuante. Nos convênios, ao revés, podem ser vários os polos, havendo um inter-relacionamento múltiplo, de modo que cada participante tem, na verdade, relação jurídica com cada um dos integrantes dos demais polos.

Os convênios não se formam com personalidade jurídica autônoma e representam, na verdade, o vínculo que aproxima várias entidades com personalidade própria. O vínculo jurídico nessa modalidade de ajuste não tem a rigidez própria das relações contratuais.¹

Cotejando as parcas normas que regem os convênios, vê-se que nem o art. 116 da Lei Federal n.º 8.666/1993, nem o art. 133 da Lei n.º 15.608/2007 indicam quais os atores privados que podem integrar relação jurídica convencional típica, de modo que, sob tal aspecto, não haveria óbice legal à sua formalização com entidades empresariais.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 221-222.



Eis o que prescrevem os dispositivos citados:

Parágrafo 1º do art. 116 da Lei Federal n.º 8.666/1993:

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:

(...)

Art. 133 da Lei n.º 15.608/2007:

Art. 133. Constitui o convênio uma forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas, buscando a consecução de objetivos de interesse comum, por colaboração recíproca, distinguindo-se dos contratos pelos principais traços característicos:

(...)

Ressalta-se, no entanto, que o inc. II do art. 133 da Lei n.º 15.608/2007 estabelece, como característica dos convênios estaduais, a não persecução da lucratividade, o que pode ser entendido, por alguns, que tal elemento se constituiria em óbice à celebração de ajustes dessa natureza com entidades empresariais. No entanto, o sentido empregado pela norma refere-se ao aspecto unicamente objetivo dos ajustes, relacionado, portanto, ao seu objeto, e não aos seus sujeitos.

Neste sentido, tem-se o escólio de Gustavo Magalhães, que admite até mesmo a pactuação de convênios que demandem aportes do poder público²:

“Ocorre que, sob a ótica do interesse público a ser alcançado, não importa se o partícipe do convênio atua em todas as



suas relações jurídicas sem auferir lucro. O que é relevante para o Estado é se naquele convênio específico o ente colaborador atua desinteressadamente, sem exigir qualquer contrapartida para a realização da atividade de interesse coletivo.

Assim, para os beneficiários das atividades sociais realizadas é irrelevante a finalidade lucrativa que consta no contrato social, sendo também irrelevante para o Poder Público se seu partícipe no convênio específico celebra outros negócios jurídicos nos quais ele busque o lucro.

O que o Poder Público deve sempre especificar é se o seu parceiro privado está disposto a atuar desinteressadamente na execução da política pública em questão. Não faz qualquer diferença para a sociedade civil se o Estado celebra um convênio com o Banco do Brasil S.A. (sociedade empresarial) ou com a fundação HSBC (sem finalidade lucrativa).

(...)

Da mesma forma que um médico e um advogado trabalham profissionalmente em busca do lucro e podem, paralelamente, atuar desinteressadamente como colaboradores de programas sociais, uma pessoa jurídica com finalidade lucrativa pode atuar pontualmente como partícipe de um convênio, nas situações em que atuar desinteressadamente.

(...)

Conclui-se, portanto, que nos convênios celebrados com particulares, o que interessa para o Estado é a busca do interesse público sem a necessidade de remunerar o partícipe privado, não havendo óbice para a celebração de ajuste com pessoa jurídica que tenha, institucionalmente, finalidade lucrativa."

Não obstante a tese acima, bastante sedutora por sinal, para uma análise mais acurada da questão outros aspectos precisam ser considerados, pois tem-se entendido, majoritariamente, pela impossibilidade da celebração de convênios com entidades empresariais, tendo em vista, em primeiro, a regulamentação promovida pela União por meio do Decreto n.º 6.170/2007, que no



art. 1º restringe tais parcerias a órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, quando o objeto for a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, embora não descarte a celebração dos ajustes quando inexistente movimentação ou repasse de recursos públicos ao parceiro privado.

Ao contrário do que ocorre na esfera da União, no âmbito do Estado do Paraná, não há norma regulamentar tratando do tema, o que não nos permite responder afirmativamente quanto a possibilidade de celebração dos ajustes com dispêndio financeiro pelo ente público, pois o TCE-PR fixou entendimento vedando repasses de recursos a entidades com finalidade lucrativa ao editar a Instrução Normativa nº 28/2011, alterada pela Resolução nº 46/2014, estendendo essa limitação às entidades privadas sem finalidade lucrativa não declaradas de utilidade pública, conforme se vê do art. 9º da referida norma infralegal abaixo transcrita:

“Art. 9º Sem prejuízo da nulidade ou sustação do ato e da responsabilização pessoal do gestor e do representante legal do concedente, será considerada irregular a inclusão, no termo de transferência, de cláusula ou condição que preveja ou permita:

(...)

XI – a transferência de recursos a título de contribuição, auxílio ou subvenção social a instituições privadas com fins lucrativos e a instituições privadas sem fins lucrativos não declaradas de utilidade pública, ressalvada a hipótese prevista no artigo 19 da Lei Federal nº 4.320/1964”

Anota-se, que o TCE-PR só admite a transferência de recursos para entidades empresariais quando se tratar de subvenção, observadas as regras do art. 19 da Lei Federal n.º 4.320/64.

Para além do exposto, há outras questões que podem afetar a celebração de convênio com entidade privada quando há repasses de recursos, especialmente as relacionadas à interferência do ajuste no regime de livre concorrência, a incompatibilidade estatutária em relação à realização de atividades sem cunho empresarial ou que escapem à finalidade social da empresa, a necessidade de procedimento de seleção pública, entre outras, cujos efeitos



deixamos de analisar ante a prejudicialidade decorrente do entendimento preconizado no art. 9º da Instrução Normativa nº 28/2011, que proíbe expressamente a celebração de instrumentos de parceria com estas características.

Deste modo, com base no que foi até o momento exposto, é possível concluir no sentido de que não há Lei, em sentido formal, que impeça a celebração de convênio com entidade privada com finalidade lucrativa, havendo, sim, limitações de ordem infralegal unicamente em relação àqueles cuja consecução do objeto depende de aporte de recursos públicos, inexistindo, portanto, óbice legal para a formalização desses ajustes quando a consecução de seus objetivos não demande aporte de recursos pelas entidades estatais.

Com as premissas estabelecidas, livremente, classificamos os convênios levando em conta a onerosidade na execução do objeto, bem como quem suporta esse encargo em:

- 1) não onerosos (em que a consecução do objeto prescinde da utilização de recursos ou compartilhamento de bens); e
- 2) onerosos (em que a consecução do objeto depende do aporte de recursos ou do compartilhamento de bens), que se subdivide em:
 - 2.i) onerosos para a Administração Pública mediante aporte de recursos financeiros (quando a Administração Pública é quem realiza o aporte de recursos necessários para a execução do objeto);
 - 2.ii) onerosos para Administração Pública mediante compartilhamento de bens (quando a execução do objeto depende do uso de bem público); e
 - 2.iii) onerosos para o particular, leia-se aqui entidade empresarial (quando o particular é quem realiza o aporte financeiro necessário para a execução do objeto).

Assim, levando em conta a classificação acima, sobre a possibilidade de celebração de convênios com entidade privada com finalidade lucrativa, bem como as premissas fixadas nos parágrafos anteriores, entendemos:

- 1) pela possibilidade da celebração de convênios não onerosos, sem nenhuma restrição de ordem legal ou infralegal;
- 2) pela possibilidade da celebração de convênios onerosos para a Administração Pública mediante compartilhamento de bens. Neste caso, alerta-se para a necessidade de que a autoridade administrativa responsável pela celebração da parceria realize criteriosa análise da



vinculação do objeto pretendido com uma finalidade pública, de modo a evitar desvirtuamento no uso do instituto;

3) pela impossibilidade da celebração de convênio oneroso para a Administração Pública com aporte de recursos financeiros, tendo em vista a limitação imposta pela Instrução Normativa nº 28/2011, alterada pela Resolução nº 46/2014. No entanto, entendemos que tal possibilidade poderá ser objeto de regulamentação específica, por meio de Lei, pois o administrador público, hodiernamente, não tem subsídio normativo para superar, por decreto, o entendimento já solidificado no âmbito do TCE-PR;

4) pela possibilidade da celebração de convênio oneroso para as empresas privadas, caso em que deverá ser aferida a relevância da ação em cotejo com o interesse público envolvido.

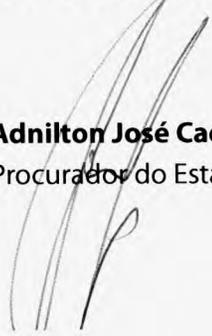
III. CONCLUSÃO:

Ante o exposto, conclui este GPT7, da Procuradoria-Geral do Estado, que, observados os limites e condicionantes elencadas no presente parecer, é permitida à Administração Pública do Estado do Paraná celebrar convênios com entidades privadas com finalidade lucrativa, exceto naqueles aqui classificados como onerosos para Administração mediante aporte de recursos, ante a expressa negativa contida no art. 9º Instrução Normativa nº 28/2011, do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

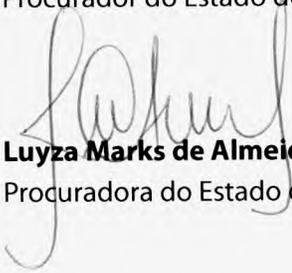
É o parecer.

Curitiba, 26 de fevereiro de 2019.


José Anacleto Abduch Santos
Procurador do Estado do Paraná


Adnilton José Caetano
Procurador do Estado do Paraná


Rafael Costa Santos
Procurador do Estado do Paraná


Luyza Marks de Almeida
Procuradora do Estado do Paraná



Protocolo: 14.217.209-7

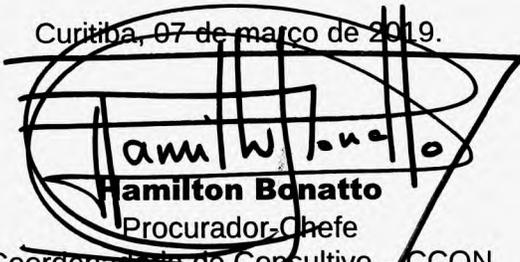
Interessado: Secretaria de Estado da Educação - SEED

Assunto: Orientação geral para celebração de parcerias com entidades privadas com finalidade lucrativa.

Despacho nº 019/2019 – PGE/CCON

Ciente do conteúdo do Parecer do Grupo Permanente de Trabalho 7 – GPT7, constante às folhas 165 a 173, no qual conclui que “é permitida à Administração Pública do Estado do Paraná celebrar convênios com entidades privadas com finalidade lucrativa, exceto naqueles [...] classificados como onerosos para a Administração mediante aporte de recursos, ante expressa negativa contida no art. 9º [da] Instrução Normativa nº 28/2011, do Tribunal de Contas do Estado do Paraná”. Assim, esta Coordenadoria, com fulcro no inciso IX do Art. 20 e 37, ambos do anexo ao Decreto Estadual nº 2.137, de 2015, submete-o à Procuradora-Geral do Estado.

Curitiba, 07 de março de 2019.


Hamilton Bonatto
Procurador-Chefe
Coordenadoria do Consultivo – CCON



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Gabinete da Procuradora-Geral

Protocolo nº 14.217.209-7
Despacho nº 066/2019 - PGE

- I. Aprovo o Parecer da lavra dos Procuradores do Estado José Anacleto Abduch Santos, Rafael Costa Santos, Adnilton José Caetano e Luyza Marks de Almeida, integrantes do Grupo Permanente de Trabalho - GPT7 – Licitações e Contratos Administrativos, fls.165/173 e o Despacho nº 019/2019-CCON/PGE, do Procurador do Estado Hamilton Bonatto, fls.174;
- II. Encaminhe-se cópia virtual à Coordenadoria de Estudos Jurídicos - CEJ, para catalogação e divulgação, bem como à Procuradoria Consultiva - PRC, para ciência;
- III. Restitua-se à Casa Civil – CC.

Curitiba, 13 de março de 2019.

Leticia Ferreira da Silva

Procuradora-Geral do Estado