

A nova regulamentação dos convênios

Em virtude de uma série de denúncias acerca de desvios na execução de serviços ajustados por meio de convênios, o Governo Federal tem criado cada vez mais deveres formais a serem cumpridos por entidades privadas. Não obstante, as inovações legais consistem em meros arremedos a um modelo de vínculo, desde sua origem, inadequado às relações que hoje devem pautar a Administração Pública e o Terceiro Setor.

Na Lei n.º 2.312, de 3 de setembro de 1954, uma série de dispositivos faziam referência à celebração de convênios, todos eles envolvendo *duas entidades públicas*. Já no regulamento da referida lei – Decreto n.º 49.974-A, de 21 de janeiro de 1961 –, além de referências a *convênios entre entes públicos*, havia menção a convênios com *entidades privadas*, os quais são mencionados tendo como objetivo *fomentar* seu desenvolvimento.

Seguindo tal linha, o ainda vigente Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, trata genericamente dos convênios entre entes públicos e, ao se referir especificamente à Política Nacional de Saúde, prevê a celebração de convênios com a iniciativa privada. Daí o desvirtuamento de sua concepção original que vige até hoje no Brasil, nos termos do Decreto Federal 6.170, de 25 de julho de 2007, (e suas sucessivas alterações) e da recente Portaria Interministerial n.º 507, de 24 de novembro de 2011.

Em sede constitucional, os convênios constam expressos em diversos artigos da Constituição de 1967 e da Constituição de 1969, todos eles tratando de ajustes celebrados entre entes públicos. Na Constituição Federal de 1988, consta previsão de celebração de convênios no artigo 37, inciso XXII, no artigo 39, § 2º, no artigo 71, inciso VI, e no artigo 241 da Constituição Federal – todos fazendo referência a ajustes celebrados entre entes federativos. A única previsão constitucional de convênio com a iniciativa privada é aquela contida na ordem da saúde – especificamente no parágrafo primeiro do artigo 199 do texto constitucional.

O desvirtuamento dos convênios teve um caráter positivo na medida em que trouxe, ao menos, uma série de deveres ao agente privado incentivado para que este cumprisse suas atividades fomentadas de modo satisfatório. Com ele, as transferências voluntárias passaram a ter um instrumento de definição dos deveres a serem cumpridos por parte dos entes privados fomentados.

Entretanto, junto dos deveres materiais de prestação dos serviços vieram centenas de deveres formais de atuação e de prestação de contas que transformaram *entidades privadas*

prestadoras de serviços em entidades privadas prestadoras de contas. E isso sob a perspectiva formal, com menor ênfase no resultado material da atuação privada de materialização dos serviços: vejam-se as dezenas de artigos, incisos e parágrafos constantes da Portaria Interministerial n.º 507/11.

Essa *publicização absoluta* do regime das entidades privadas conveniadas acabou por gerar efeito inverso. Ao invés de fortalecer o controle estatal, enfraqueceu-o. Hoje não basta ao Estado apenas incentivar atividades prestadas pelo Terceiro Setor; o Estado deve garantir a materialização de tais prestações, muitas das quais garantidoras de direitos fundamentais. Nesse cenário, com o surgimento e proliferação de novos atores sociais, os convênios passaram a ocupar lugar de destaque como mecanismo de ajuste capaz de gerar desvio de recursos e dificultar a fiscalização de sua execução. As sucessivas alterações em sua disciplina tentaram, sem sucesso, por meio da exigência de uma série infundável de deveres burocráticos, evitar esse quadro. Não obstante, mesmo após a série de alterações no tratamento infra-legal dos convênios, é retumbante sua inadequação para disciplinar ajustes do Estado com entidades privadas sem fins lucrativos.

Isso porque, ao partir da premissa de que todas as ONGs são corruptas, a nova disciplina dos convênios possui características incompatíveis com o vínculo que instrumentaliza, cria deveres insuperáveis às parceiras privadas, gera burocratização de procedimentos e, especialmente, deixa de estabelecer deveres e responsabilidades do parceiro público. Enfim, o convênio público-privado existe para não funcionar: por meio dele transferem-se recursos públicos a entidades privadas, que se tornam *repartições públicas* e permanecem reféns da boa vontade do parceiro público durante toda a execução do ajuste, o qual pode rescindir o vínculo a qualquer momento. Mesmo com os balizamentos trazidos pela nova regulamentação dos convênios e pela Lei Federal de Diretrizes Orçamentárias, pode-se perceber no substrato dos convênios o ranço de sua origem (público-privada) ligado a um ato discricionário (favor) realizado pelo governante em prol de determinada entidade.

Ressalte-se, o favor não termina na celebração do convênio. Ele permanece durante toda a execução do objeto ajustado, já que os convênios, como se dizia no século passado, são precários. Tal entendimento ainda prevalece na doutrina e encontra-se no próprio Decreto n. 6.170/07:

Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que

participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciante.

Entidades do terceiro setor que celebram convênios com o Estado permanecem, pois, dependentes da boa-vontade do administrador para que recebam os recursos previstos no ajuste. Não raro, os deveres do parceiro público não são cumpridos e a responsabilidade pela má-prestação do serviço acaba recaindo sobre o parceiro privado.

Hoje os serviços prestados por entidades do Terceiro Setor dependem de garantias assumidas pelo Poder Público que reflita na continuidade de prestação do serviço pelo agente privado. Essas garantias definitivamente não existem nos convênios.

É hora de levar a sério *serviços públicos sociais e serviços de relevância pública essenciais*, a maioria dos quais prestados por entes privados. É hora de extirpar do ordenamento jurídico pátrio a utilização de convênios com o fim de vincular o Estado à prestação de tais serviços; extirpar no sentido de efetivamente substituí-los por outros meios mais adequados às necessidades das entidades privadas, que demandam estabilidade para a prestação de seus serviços. É hora de garantir às entidades privadas *segurança e estabilidade* em seus vínculos, com determinação clara, objetiva de suas atribuições, que não correspondem àquelas impostas a órgãos da Administração Pública. Afinal, a sociedade brasileira (e mundial) depende dos serviços prestados por entidades do Terceiro Setor. Que elas sejam tratadas de maneira adequada, com vistas a evitar desvios de recursos, mas também com vistas a dar-lhes a estabilidade necessária à prestação de serviços essenciais à população.

FERNANDO BORGES MÂNICA
Doutor em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Pós-graduado em Direito do Terceiro Setor pela FGV-SP. Advogado inscrito na OAB-PR sob o n. 29.173. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo.