



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

PARECER n. 00038/2015/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 23036.004374/2013-15

INTERESSADOS: PF-INEP, PF-FUB, CONJUR/MEC

ASSUNTO: Divergência entre a PF-FUB e a PF-INEP – Contrato de Gestão nº 1/2014

I – Divergência entre a PF-FUB e a PF-INEP, quanto à necessidade de exclusão de atividades inseridas em contrato de gestão caracterizadoras de interesses contrapostos.

II – Prevalência do entendimento firmado pela PF-INEP, de inviabilidade da utilização do contrato de gestão como sucedâneo de contrato administrativo.

III – Sugestão de estudo específico sobre a utilização do contrato de gestão, no que concerne aos projetos de avaliação educacional desenvolvidos pelo INEP.

Senhor Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação, por meio do Parecer nº 1003/2015/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU (fls. 2032-2042), sugere a remessa dos autos do expediente em epígrafe à Procuradoria-Geral Federal, sob a justificativa de existir divergência de opiniões a ser sanada entre a Procuradoria Federal junto ao INEP e a Procuradoria Federal junto à FUB.

2. Tal desencontro diria respeito a manifestações exaradas por cada qual, quando da análise do primeiro termo aditivo ao Contrato de Gestão nº 01/2014.

3. O referido contrato de gestão fora celebrado entre o Ministério da Educação –MEC e o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos – CEBRASPE, tendo como

intervenientes o INEP e a FUB.

4. Em linhas gerais, seu objeto volta-se ao estabelecimento de parceria entre as partes relacionadas na gestão de programas, projetos, apoio técnico e logístico para subsidiar sistemas de avaliação educacional.

5. No que concerne aos pronunciamentos de cunho jurídico, desde o processo de análise para a celebração do instrumento original, a PF-FUB exarou os Pareceres PJU n^{os} 1.804/2013 e 999/2014 (fls. 125-135 e 1649-1653) e o Parecer 20/2015/GPG/PFFUB/PGF/AGU (Sapiens, Seq.3).

6. A PF-INEP, por sua vez, manifestou-se por meio dos Pareceres n^{os} 27/2014/PF-INEP/PGF/AGU (fls. 381-385) e 190/2015/PF-INEP/PGF/AGU (Sapiens, Seq.4).

7. Constam, ainda, da lavra da Conjur-MEC, os Pareceres n^{os} 183/2014 (fls. 438-445) e 1.038/2014 (fls. 1.728-1.730).

8. Por parte da PF-FUB, os pronunciamentos se deram de modo bastante sucinto, contendo breves recomendações de alteração redacional e dando conta da ausência de óbices para a celebração proposta.

9. Nas duas últimas manifestações, a propósito, a verificada brevidade na análise jurídica está inclusive justificada. O fato de ser o INEP o principal responsável pelas obrigações constantes do contrato de gestão e a ausência de obrigações atribuídas à FUB confeririam à Procuradoria Federal junto a esta última um papel meramente auxiliar (Parecer n^o 999/2014, item 17, e Parecer 20/2015/GPG/PFFUB/PGF/AGU, item 10).

10. Por outro lado, a Conjur-MEC manifesta-se inicialmente pela possibilidade jurídica da celebração do contrato de gestão, registrando a desnecessidade de procedimento licitatório para tanto (Parecer n^o 183/2014/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU, item 23).

11. Quando da análise do termo aditivo, contudo, faz recomendações, ainda que inconclusivas, em relação à necessidade de realização de licitação para a celebração de um contrato nos moldes propostos, ante às recomendações exaradas pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 2139/2014, especialmente no que se refere à realização do ENEM (Parecer n^o 1.038/2014/CGAA/CONJUR-MEC/CGU/AGU).

12. Por sua vez, a PF-INEP exarou, numa primeira oportunidade, pronunciamento no sentido da viabilidade jurídica da celebração do contrato de gestão em questão, ainda que observadas algumas condicionantes (Parecer n^o 27/2014/PF-INEP/PGF/AGU).

13. Num segundo momento, porém, questionou a própria viabilidade jurídica do Contrato de Gestão n^o 1/2014, por entender que parte significativa de seu objeto estaria em desconformidade com a utilização deste tipo de instrumento, como será visto detalhadamente a seguir.

14. Daí a necessidade de uma uniformização de entendimento.

15. É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

16. Presente a divergência entre órgãos de execução da PGF, a consulta é de ser conhecida, com fulcro no inciso I do art. 1^o da Portaria PGF n^o 424/2013[1].

17. De início, é preciso delimitar os limites deste dissenso.

18. O fato é que os dois últimos pareceres da PF-FUB (PJU n^o 999/2014 e 20/2015/GPG/PFFUB/PGF/AGU), em verdade, não cuidaram das questões suscitadas pela PF-INEP. Como adiantado, alegam basicamente que a FUB não possui obrigações no contrato firmado e que tal situação justificaria uma manifestação tida por apenas “auxiliar”, com esteio no artigo 44 da Portaria Interministerial n^o

507/2011[2].

19. De todo modo, por ocasião do exame da minuta originária do contrato de gestão em apreço, a PF-FUB, por meio do Parecer nº 1804/2013 (PROCADM1), afirmou categoricamente que não havia óbices à celebração de um instrumento na modalidade contrato de gestão.

20. O fato de não ter sido enfrentada ou suscitada boa parte das inconsistências apontadas no Parecer nº 190/2015/PF-INEP não afasta a existência dessa divergência quanto a ser ou não viável a eleição de tal espécie de instrumento a ser celebrado com o CEBRASPE.

21. Por se tratar de manifestações versando sobre minutas de contratos e aditivos, é natural que cada um dos órgãos jurídicos proponha adendos e supressões nas mais diversas cláusulas, contemplando os mais variados pontos de vista jurídicos.

22. O efetivo conflito, contudo, está na possibilidade ou não da celebração de um contrato de gestão contemplando os objetos tidos por estranhos a esta espécie pela PF-INEP e que para a PF-FUB – ainda que de modo implícito – não teriam o condão de desnaturá-lo.

23. Noutras palavras, para a PF-INEP “*devem ser excluídas (...) todas as obrigações/atividades inseridas no contrato de gestão que caracterizem interesses contrapostos*” (Parecer nº 190/2015/PF-INEP/PGF/AGU, item 70, “b”), enquanto para a PF-FUB, ainda que presentes as cláusulas relativas a tais atividades, não se vislumbraram óbices na celebração do contrato de gestão (conclusão do Parecer PJU nº 1.804/2013).

24. Afora uma revisão minuciosa das atividades contempladas no contrato de gestão, propõe a PF-INEP, de forma exemplificativa, a exclusão das seguintes cláusulas:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

(...)

SUBCLÁUSULA QUINTA – O presente contrato de gestão tem por objetivo o planejamento e/ou realização das atividades educacionais realizadas pelo INEP.

(...)

CLÁUSULA SEGUNDA – DOS OBJETIVOS ESTRATÉGICOS

(...)

II – executar avaliações nas áreas de ensino e de desenvolvimento institucional, que podem subsidiar estudos, pesquisas e seleções;

(...)

CLÁUSULA QUINTA – DAS OBRIGAÇÕES DO SEGUNDO INTERVENIENTE

(...)

I – contratar o CEBRASPE para dar apoio técnico e logístico nas avaliações educacionais por ele realizadas, em parceria ou não com outra(s) instituição(ões);

25. Tais ditames, no entender da PF-INEP, assim como as ações detalhadas no cronograma de desembolsos do Plano de Trabalho anexado, conduziram ao entendimento de que a finalidade precípua desse contrato de gestão seria na verdade a prestação de serviços pelo CEBRASPE ao INEP.

26. Serviços esses compreendidos na realização dos exames ENEM, ENADE, ENCCEJA, CEIPEBRAS, SAEB, PISA, REVALIDA, Pré-teste BNI aplicação seriada e Pré-teste BNI aplicação única,

compreendendo segurança, transporte, ensalamento, locação de espaços, capacitação, estratégia de contingência, atendimento diferenciado, correção de redações e operação reversa.

27. O raciocínio está sintetizado no seguinte parágrafo do Parecer nº 190/2015/PF-INEP/PGF/AGU:

Frise-se que, ainda que se pretenda a efetivação da contratação direta do CEBRASPE com fundamento no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/1993, tal contratação para prestação de serviços especializados para aplicação de avaliações educacionais deve ser realizada no âmbito de um contrato administrativo e não de um contrato de gestão, cuja finalidade é completamente distinta.

28. Não há, portanto, um questionamento efetivo à realização de tais avaliações pelo CEBRASPE, mas ao fato de se ter incluído previsões neste sentido no corpo de um contrato de gestão, que, nos termos do art. 5º da Lei 9.637/98, há de se pautar pela formação de uma parceria com o Poder Público.

29. E, nesse aspecto, não há como discordar da PF-INEP.

30. Ainda que dessa parceria possa advir a celebração de contratos administrativos voltados ao alcance dos fins tidos por comuns, a distinção legal entre uma espécie e outra, como advertido no Parecer nº 190/2015, é inafastável.

31. A noção de parceria, dando ao contrato de gestão as feições de um verdadeiro convênio, é uníssona em todos os pronunciamentos jurídicos que se prestaram a fazer tal análise, lançados no expediente em apreço.

32. Foi o que afirmou a PF-FUB:

Em primeiro lugar, vale mencionar que o artigo 6º da Lei 9.637/1998 expressamente prevê que o contrato de gestão é uma parceria entre o Poder Público e uma organização social e, portanto, **ao nosso ver não se refere a um contrato de prestação de serviços, assemelhando-se a um convênio.**

A normatização que melhor se coaduna com o presente contrato de gestão é a Portaria Interministerial nº 507/2011 (...).(Parecer PJU nº 999/2014, itens 11 e 12 – grifado)

33. No mesmo sentido, a Conjur-MEC:

Com efeito, não há necessidade de realizar um procedimento licitatório precedente à celebração do contrato de gestão, eis que, **em que pese a denominação de “contrato”, o referido instrumento é espécie do gênero “convênios”, tendo em vista que o objeto do ajuste é convergente, isto é, seus partícipes possuem interesses comuns e recíprocos, diferindo-se, assim, de um contrato, no qual os objetivos das partes são contrapostos, conforme conceituação da doutrina mais abalizada sobre a matéria em comento.** (Parecer nº 183/2014/CONJUR-MEC/CGAA/CGU/AGU, item 23 – grifado)

34. Tal raciocínio encontra-se em linha com o que foi explicitado pelo voto condutor proferido pelo Ministro Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, assim ementado:

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF. (Julgamento em 16/4/2015, com acórdão pendente de publicação).

35. Vale conferir a argumentação lançada acerca deste específico ponto no aludido voto condutor:

45. (...) Tampouco aqui, porém, cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, já que o contrato de gestão não consiste, a rigor, em contrato administrativo, mas sim em um convênio. Com efeito, no núcleo da figura dos convênios está a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: há plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, voltado para um fim compartilhado.

(...)

47. Por não se tratar de contratos administrativos, não cabe falar em incidência do dever constitucional de licitar, restrito ao âmbito das contratações (CF, art. 37, XXI). Nem por isso, porém, a celebração de contratos de gestão pode ficar imunizada à incidência dos princípios constitucionais.

36. Partindo dessa pacífica noção de identidade entre contratos de gestão e convênios, cumpre lançar mão das conclusões exaradas pelo próprio Departamento de Consultoria da PGF dando conta da impossibilidade de se confundir tais instrumentos com os contratos administrativos tratados na Lei nº 8.666/93:

III. DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E CONVÊNIOS

(...)

Sem embargo da profusão de definições de contrato administrativo formuladas pela doutrina, o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93 nos traz uma definição legal do instituto:

“Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

17. A seu turno, o convênio administrativo é um acordo entre entes da Administração Pública, ou entre estes e entidades privadas sem fins lucrativos, com o intuito de atingir objetivo específico de interesse público.

18. O convênio celebrado no âmbito da Administração Pública Federal vem definido no inciso VI do § 2º do art. 1º da Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011 como

"acordo ou ajuste 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, do Distrito Federal ou municipal, direta ou indireta, consórcios públicos, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à 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".

19. Desse modo, nota-se que não há como se confundir contrato administrativo e convênio. O primeiro tem cunho comutativo, os objetivos das partes são contrapostos, sendo que uma sempre deseja lucro (particular). Já no convênio, os partícipes assumem direitos e obrigações objetivando a concretização de uma finalidade comum, não há esse intuito lucrativo. Outra distinção seria o fato de os contratos serem bilaterais e os convênios poderem ser multilaterais. Logo, à evidência tratam-se de instrumentos distintos. (Parecer nº 4/2014/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIO/DEP CONSU/PGF/AGU)

37. Como se vê, dada a completa distinção entre o contrato de gestão a que se refere a Lei nº 9.637/98 (arts. 5º a 7º) e o contrato administrativo definido no art. 2º da Lei nº 8.666/93, não há amparo legal para que se utilize do primeiro como sucedâneo do segundo.

38. E essa impossibilidade persiste – diferentemente do que defendido em algumas manifestações técnicas constantes dos autos –, ainda que se pretenda realizar uma absorção gradual das atividades antes contempladas em contratos administrativos pelo contrato de gestão.

39. Na linha do raciocínio desenvolvido pela PF-INEP, segurança, transporte, ensalamento de candidatos e correção de redações, por exemplo, sempre serão serviços e, portanto, contratados nos termos da Lei nº 8.666, de 1993.

40. E o serão mesmo quando essenciais ao alcance de metas estipuladas em um contrato de gestão, como, por exemplo, o desenvolvimento tecnológico e institucional nas áreas de avaliação e seleção (inciso IV da cláusula segunda do Contrato de Gestão nº 01/2014).

41. O inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 não parece deixar dúvidas quanto a esse distinção: *“é dispensável a licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.”*

42. Não há, em vista de tais fundamentos, razões para discordar do entendimento firmado pela PF-INEP quanto à inviabilidade de utilização do contrato de gestão como sucedâneo de contrato administrativo.

43. De toda sorte, há que ser ter em mente que a celebração de tal instrumento, nos moldes agora questionados, obteve o consentimento de dois órgãos de execução da PGF, ainda que o posicionamento tenha sido posteriormente revisto por um deles.

44. O fato é que o mencionado Contrato de Gestão nº 01/2014 já está em vigor e existem tratativas para um termo aditivo.

45. Se não há receptividade quanto à via eleita – ao menos na sua totalidade – para a consecução de seus objetivos, uma atuação propositiva, voltada ao encontro de soluções jurídicas alternativas revela-se oportuna.

46. Para tanto, parece razoável sugerir ao Procurador-Geral Federal a iniciativa de demandar ao Diretor do Departamento de Consultoria, com fulcro no art. 8º, inciso IV, alínea "c", da Portaria PGF nº 835/2013[3], a constituição de subgrupo temporário, com a participação da CONJUR/MEC, voltado a traçar os limites da utilização do contrato de gestão a que se refere a Lei nº 9.637/1998 para o alcance dos objetivos tratados na presente abordagem.

CONCLUSÃO

47. Ante o exposto, o presente pronunciamento é no sentido de corroborar as conclusões firmadas no Parecer nº 190/2015/PF-INEP/PGF/AGU, no sentido da necessidade de exclusão de todas as obrigações ou atividades inseridas no contrato de gestão que caracterizem interesses contrapostos, representando mera prestação de serviços.

48. Por fim, em vista das razões já declinadas na fundamentação, sugere-se, caso haja anuência do Procurador-Geral Federal, a abertura de expediente próprio por este DEPCONSUS/PGF, no qual se desenvolva estudo (8º, inciso IV, alínea "c", da Portaria PGF nº 835/2013) voltado a:

- a) avaliar em que medida os projetos de avaliação educacional desenvolvidos pelo INEP se amoldam a um contrato de gestão;
- b) delimitar a possível participação do CEBRASPE em um contrato de gestão relacionado a tais projetos, em vista do objeto constante de seu estatuto; e
- c) havendo a possibilidade, apontar quais seriam as balizas a serem observadas na confecção do instrumento, de modo a harmonizar a confluência de interesses entre ambos na realização de determinadas atividades e os ditames da Lei nº 8.666/93.

49. É o parecer.

À consideração superior.

Brasília, 16 de dezembro de 2015.

LEONARDO VASCONCELLOS ROCHA
PROCURADOR FEDERAL

De acordo. À consideração superior.

Brasília, de dezembro de 2015.

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

Aprovo.

Brasília, de dezembro de 2015.

RENATO RODRIGUES VIEIRA
PROCURADOR-GERAL FEDERAL

[1]Art. 1º Os órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal poderão suscitar, por meio de suas chefias, consulta ao Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal - DEPCONSU/PGF, desde que:

I - haja controvérsia jurídica entre órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal ou entre estes e outro órgão de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo da União, que demande uniformização;

(...).

[2]Art. 1º Esta Portaria regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União;

(...)

Art. 44. A celebração do convênio será precedida de análise e manifestação conclusiva pelos setores técnico e jurídico do órgão ou da entidade concedente, segundo suas respectivas competências, quanto ao atendimento das exigências formais, legais e constantes desta Portaria.

[3]Art. 8º A organização e o funcionamento dos Grupos Permanentes serão regulados por Ordem de Serviço do Diretor do DEPCONSU/PGF, na qual serão previstas:

I -a forma de indicação e de designação dos membros e do coordenador de cada Grupo Permanente;

II - as atribuições dos membros e do coordenador de cada Grupo Permanente;

III -a possibilidade e a forma de participação eventual de outros órgãos de direção e de execução da Procuradoria-Geral Federal e de outros órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo da União;

IV -a possibilidade de serem constituídos subgrupos permanentes ou temporários para tratar de temas específicos, compostos:

a) exclusivamente por órgãos participantes de cada Grupo Permanente;

b) por órgãos participantes de Grupos Permanentes distintos;

c) por outros órgãos de direção e de execução da Procuradoria-Geral Federal e de outros órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo da União, nos termos do inciso III do *caput* deste artigo;

(...).

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23036004374201315 e da chave de acesso c7b4c04a

Documento assinado eletronicamente por LEONARDO VASCONCELLOS ROCHA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5524802 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): LEONARDO VASCONCELLOS ROCHA. Data e Hora: 18-12-2015 14:02. Número de Série: 469410853303993305. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por RENATO RODRIGUES VIEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5524802 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): RENATO RODRIGUES VIEIRA. Data e Hora: 18-12-2015 15:41. Número de Série: 13252565. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5524802 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS. Data e Hora: 18-12-2015 15:17. Número de Série: 3796960105636004972. Emissor: AC CAIXA PF v2.
