

# Algumas considerações sobre as normas do processo de licitação pública, contratos e convênios no estabelecimento de parcerias educacionais entre a administração pública e a esfera privada<sup>1</sup>

Adriana A. Dragone Silveira



Educação: teoria e prática, Rio Claro, SP, Brasil - eISSN: 1981-8106

Está licenciada sob [Licença Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

## Resumo

*Atualmente a articulação entre a administração pública e a esfera privada assume novos contornos em função da reforma do Estado brasileira e é uma tendência que tem se acentuado na área educacional nos municípios paulistas a partir da municipalização do ensino fundamental, com a consolidação de parcerias, convênios envolvendo a compra de sistemas de ensino privado pelas redes municipais de ensino, a subvenção de vagas em entidades privadas e a contratação de instituições privadas visando à elaboração de políticas educacionais para a gestão municipal. (ADRIÃO, BORGHI, 2008). Desta forma, este artigo procura apresentar e analisar, a partir da legislação nacional, os procedimentos para o estabelecimento destas diferentes modalidades de parcerias entre a administração pública municipal e entidades privadas, físicas ou jurídicas, discutindo as normas para o processo de licitação para a contratação de serviços e obras e aquisição de bens, para a celebração dos contratos e o estabelecimento de convênios com organizações sociais para o repasse de recursos públicos, buscando compreender as possibilidades legais para a introdução de mecanismos de privatização na educação.*

**Palavras-chave:** parcerias público-privado na educação; licitação pública; contratos; convênios; financiamento da educacional.

## Some considerations on the legal regulation of the process for public licitation, contracts and agreements on the establishment of educational partnerships between the government and the private sector

### Abstract

<sup>1</sup>Texto elaborado para o “1º Seminário teórico “Interfaces entre o Público e o Privado para Oferta Educacional Paulista”, Unesp, 02 de agosto de 2008, desenvolvido no âmbito do Projeto de Pesquisa “Estratégias municipais para a oferta da Educação Básica: uma análise de parcerias público-privado no estado de São Paulo”, coordenado pela Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Theresa Adrião e financiado pela Fapesp.

*Currently the joint between the public administration and the private sector assumes new contours in function of the of the Brazilian State reform, configuring itself as a trend that if it has accented in the educational area, in the São Paulo's cities, from the municipalization (municipal ownership) of elementary school education, with the consolidation of partnerships and agreements involving the purchase of educational private system's for municipal education net's, the vacant subvention in private entities and the hiring of private institutions, aiming at the elaboration of educational politics for the management municipal. (ADRIÃO, BORGHI, 2008). Thus being, this article to look for introduce and to analyze, from the national legislation, the procedures for the establishment of these different partnership's modalities between the municipal government and private institutions, physical or corporation body, discussing the rules for the licitation process for the services and works hiring, property and consumer goods acquisition, for the contracts celebration and the accords establishment with social organizations to transfer it of public resources, to look for understand the legal possibilities for the introduction of the privatizations mechanisms in the education.*

**Key words:** public-private partnership's in education; public licitation; contracts; agreements; education financing.

## Introdução

Os estudos sobre as políticas de financiamento da educação vêm despertando o interesse de pesquisadores brasileiros nas últimas décadas, no entanto ainda em diminuta quantidade (VELLOSO, 2001). A criação e a implantação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (Fundef), em 1996, trouxeram como uma das consequências a ampliação do interesse de pesquisadores acerca do financiamento da educação, crescendo substantivamente o número de pesquisadores e estudos sobre o tema (OLIVEIRA, 2006).

As pesquisas brasileiras, segundo Velloso (2001), abordam o tema do financiamento pela ótica da alocação de recursos, em menor frequência estão as que discutem as fontes de recursos, diferentemente das pesquisas internacionais, dado que pode ser explicado pela vinculação constitucional de recursos existente no Brasil.

Ainda de acordo com Velloso (2001), as pesquisas brasileiras têm como tema transversal dominante a discussão sobre o ensino público, no entanto as que apresentam como objetivo principal a privatização do ensino por meio do financiamento correspondem a 1/5 dos trabalhos<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> É importante mencionar que a análise de Velloso é parte de um estudo desenvolvido pela Associação Nacional de Política e Administração da Educação (Anpae), envolvendo todas as pesquisas sobre políticas e gestão concluídas no período de 1991 a 1997. Na categoria de estudo "financiamento da educação" a pesquisa analisou 25 resumos.

Ao analisar a aplicação dos recursos financeiros destinados à educação, se faz importante identificar como o poder público executa o seu orçamento e neste contexto também atentar-se para o repasse público para o setor privado por meio de parcerias/convênios questão relevante dado ao aumento expressivo destas entre os governos municipais e a iniciativa privada. Segundo Adrião e Borghi (2008) esse processo foi acentuado no estado de São Paulo, a partir da municipalização do ensino fundamental, iniciada com maior ênfase a partir de 1996, estabelecendo desta forma uma tendência de privatização da educação pública.

Ainda a implementação de parcerias entre a administração pública e a esfera privada é uma das estratégias para a reforma do Estado, “implantada no país a partir dos anos de 1990, a qual, com resposta a uma suposta crise de eficácia da administração pública, propõe a adoção da administração gerencial”. (ADRIÃO, BORGHI, 2008, p. 99).

A relação de parceria da esfera pública, estatal, com o setor privado se faz por meio de contratos, parcerias e convênios. E verificar as normas legais para esse procedimento se faz fundamental para compreender as estratégias e arranjos utilizados para a introdução de mecanismos de privatização na educação.

Nesse sentido, este artigo tem como objetivo apresentar as normas de licitação e do contrato, decorrente desse processo, e as que são pertinentes para o estabelecimento dos convênios, discutindo possibilidades de uso envolvendo a educação, como a compra de materiais apostilados, cursos de formação continuada, estabelecimento de convênios com organizações sociais para a oferta educacional.

### **Sobre o processo de licitação**

A execução do orçamento público, ou seja, a operacionalização segue os seguintes estágios de despesa: empenho, liquidação e pagamento.

No estágio do empenho realiza-se um registro prévio no sistema da contabilidade de determinada despesa, “abatendo-se do saldo da respectiva dotação o valor correspondente e emitindo-se, em nome do favorecido, um documento denominado nota de empenho”. No próximo estágio, na liquidação, verifica-se mediante os documentos comprobatórios se os bens adquiridos foram entregues e se os serviços foram prestados. No último estágio realiza-se o pagamento, com determinação da autoridade competente, sendo o serviço processado pela tesouraria. (POLO, 2001, p. 321).

Entretanto, antes do estágio de empenho a contratação de serviços e obras e aquisição de bens devem ser realizadas por meio do devido processo de licitação.

A Constituição Federal (CF/88) rege que a Administração pública contrata obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (Art. 37, inciso XXI). A Lei Federal nº 8666/93, assim como as atualizações posteriores, regulamentam este artigo da CF/88 instituindo normas para as licitações e os contratos. A Lei nº 10.520/2002 institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a modalidade de licitação denominada de pregão, para a aquisição de bens e serviços e a Lei nº 11.079/2004 institui normas para licitação e contratação de parceria público-privada na administração pública.

Meirelles (2000) define licitação como:

[...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. (MEIRELLES, 2000, p. 254).

A Lei nº 8.666 de 1993 define regras para licitações e contratos no setor público, em função do seu tipo e do valor estimado.

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da administração pública contratadas com terceiros, serão precedidas de licitação, de acordo com a legislação, ressalvadas as hipóteses previstas na Lei nº 8666/93 para a dispensa ou inexigibilidade da licitação.

A Lei nº 8666/93 é muito longa e recebe muitas críticas por seu excessivo detalhamento, com 126 artigos, sendo estes particularizados em inúmeros incisos e alíneas. De acordo com Rigolin (2004) esta Lei contempla muito mais formas e hipóteses de se excluir a licitação do que a norma constitucional de licitar sempre, salvo as exceções, que deveriam ser ocasionais.

A licitação visa garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública, assegurando oportunidades iguais a todos os interessados.

O processo de licitação deve seguir os princípios da legalidade, da

impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo (BRASIL, LEI Nº 8666/93, art. 3º).

Os responsáveis pela licitação são designados pelas autoridades competentes para integrarem a comissão de licitação, ser pregoeiro ou realizar a licitação de modalidade convite.

Antes de iniciar o processo de licitação é necessário verificar a existência de previsão de recursos orçamentários para o pagamento das despesas decorrentes da formalização do contrato e se esta despesa está em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000).

A primeira etapa da licitação consiste na publicação, com antecedência, dos resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões. O edital contém descrições importantes para a análise do objeto de licitação, como: a modalidade; o regime de execução e o tipo de licitação; prazo e condições para assinatura e execução do contrato; condições para participação na licitação; critérios para julgamento das propostas. A concretização de uma boa compra ou a execução de obras e prestações de serviços, atendendo aos padrões desejados pela administração pública depende, em grande parte, da correta elaboração legal e definição precisa das especificações dos objetos a serem licitados constantes no edital.

São modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão (presencial ou eletrônico).

Na modalidade “concorrência” pode participar quaisquer interessados que comprovem possuir requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução das propostas. Na “tomada de preços” a licitação ocorre entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data de recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Já o “convite” é uma modalidade realizada entre interessados do ramo que trata o objeto da licitação, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa em número mínimo de três. O “concurso” é utilizado para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores. O “leilão” é utilizado para a venda de bens móveis ou de produtos legalmente apreendidos ou apenhorados, ou para a alienação de bens imóveis. O “pregão”, instituído pela Lei nº 10.520/2002 e regulamentado pelo Decreto 3.555 de 2000, é

destinado para a aquisição de bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações.

A escolha das modalidades de licitação - concorrência, tomada de preços e convite - é determinada em função dos limites estimados do valor da obra, do serviço ou do bem a ser licitado, mediante prévia pesquisa de mercado.

**Quadro 1: Limites para as modalidades de licitação**

<b>MODALIDADES</b>	<b>Obras e serviços de engenharia</b>	<b>Compras e serviços</b>
<b>Dispensa de licitação</b>	Até R\$15.000,00	Até R\$8.000,00
<b>Convite</b>	Até R\$150.000,00	Até R\$80.000,00
<b>Tomada de preços</b>	Até R\$1.500.000,00	Até R\$650.000,00
<b>Concorrência</b>	Acima de R\$1.500.000,00	Acima de R\$650.000,00

Fonte: Elaborado com base na Lei nº 8.666/93, art.23, e alteração feita pela Lei nº 9.648/98.

As compras e serviços que apresentam valores abaixo dos fixados pela Lei ficam dispensados da realização de licitações, mas é preciso consultar vários fornecedores para a aquisição em melhores condições para a administração pública.

São considerados tipos de licitação: menor preço; melhor técnica; melhor técnica e preço; no leilão maior lance ou oferta para os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso; menor preço por lance para o pregão. Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “melhor técnica e preço” deverão ser utilizados para serviços de natureza predominantemente intelectual (BRASIL, LEI Nº 8.666/93, art. 45).

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 24, prevê 28 situações para a dispensa da licitação. Destacam-se algumas hipóteses: obras e serviços de engenharia até R\$ 15.000,00; serviços e compras no valor até R\$ 8.000,00; nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; nos casos de emergência ou calamidade pública; quando não houver interessados e a licitação não puder ser repetida por prejuízo à administração pública; quando as propostas apresentadas consignarem preços superiores aos praticados no mercado nacional; para compra ou loca-

ção de imóvel destinado ao atendimento das finalidades da administração pública; nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, com base no preço do dia, até a realização dos processos licitatórios; contratação de instituição brasileira de pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, com reputação ético-profissional e que não tenha fins lucrativos.

Além da previsão de hipóteses em que a licitação é dispensável, a Lei nº 8.666/93 contempla, no artigo 25, situações para a inexigibilidade do processo licitatório, ou seja, em que este processo não pode ocorrer, como: para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo; para contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização; para contratação de profissional de qualquer setor artístico, consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Segundo Rigolin (2004), o artigo 25 contempla regras necessárias, pois não se pode exigir licitação para contratar certos objetos:

[...] não se licitam coisas desiguais, não se comparam realidades diferentes, ou então: não se licita o que único; ou então: não se comparam preços de produtos intelectuais sem parâmetro que permita a comparação; ou ainda: não se mede a vantagem deste objeto com relação àquele outro, se não guardam nenhum denominador comum. [...] Em óbvio resumo, essa é a regra no seu todo. Sempre que inexistirem elementos comuns a diversos objetos pretendidos pela Administração, que os permita compararem-se entre si, então se tem caso de inexigibilidade de licitação. (RIGOLIN, 2004, p.8)

Desta forma, para a inexigibilidade da licitação é preciso justificar no processo de contratação a singularidade do serviço, a execução particular de cada profissional ou empresa, demonstrando a inviabilidade de qualquer competição, pois são trabalhos desiguais (RIGOLIN, 2004).

A justificativa para a escolha do profissional ou da empresa é orientada pela definição do conceito de notória especialização: “o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto contratado”. (BRASIL, LEI Nº 8.666/93, art. 25, § 1º).

Para os contratos entre a administração pública e a esfera privada, como

por exemplo, na contratação de “sistemas de ensino”<sup>3</sup>, se faz necessário atentar para as hipóteses previstas na Lei sobre a dispensa e inexigibilidade da licitação, pois com base nestas possibilidades legais muitos serviços e compras são contratados pelas Secretarias de Educação, envolvendo formação de pessoal e materiais pedagógicos.

A escolha de empresas para a aquisição de “sistemas de ensino”, sem a realização do processo de licitação, pode ser justificada com base no inciso I do artigo 25, da Lei nº 8.666/93, que se refere à exclusividade de materiais, equipamentos ou gêneros. No entanto, as apostilas de material didático não podem ser consideradas exclusivas, pois podem ser fornecidas por diversas empresas privadas especializadas neste setor.

Outra hipótese é a que se refere à contratação de “serviços técnicos”. A própria Lei nº 8.666/93, no art. 13, considera no rol desses serviços os trabalhos relativos a “treinamento e aperfeiçoamento de pessoal”. As compras e serviços de sistema de ensino, não se enquadram, em “serviços técnicos” de “treinamento e aperfeiçoamento de pessoal”, pois os serviços de formação são oferecidos em conjunto com os materiais didáticos destinados aos alunos, desconfigurando-se os trabalhos dos serviços técnicos profissionais especializados, enumerados pelo artigo 13 da Lei nº 8.666/93.

Considerando a legislação específica para a dispensa da licitação, outra justificativa que pode ser utilizada pela Secretarias de Educação, para a aquisição de serviços de formação profissional e de ensino, encontra-se na hipótese prevista no art. 24, inciso XIII, sobre “a contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”. Nota-se que para utilizar desse embasamento legal a instituição contratada deve ser sem fins lucrativos.

Ainda no artigo 24, o inciso 24, da Lei nº 8.666/93, vislumbra a dispensa de licitação para a celebração de contratos de prestação de serviço com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no “contrato de gestão”. Essa hipótese foi incluída com Lei nº 9.648/1998 e constituiu uma das possibilidades de colaboração entre a administração pública e a esfera privada.

---

<sup>3</sup> A contratação de “sistema de ensino” compreende a aquisição de material didático, geralmente apostilado.

Sendo a instituição considerada como “organização social” esta pode celebrar contratos de gestão com o poder público sem licitação, independentemente de valor e da natureza específica do serviço.

Para a dispensa de licitação a autoridade deve justificar no contrato o seu entendimento para a hipótese prevista na lei, pois o Tribunal de Contas pode não concordar com as razões da justificativa e julgar irregular a respectiva despesa. Ainda de acordo com Rigolin (2004) o Tribunal verifica esses tipos de contratos por varredura e não por amostragem.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) para resolver o impasse de em alguns momentos a administração pública realizar o devido processo de licitação para a compra de sistemas de ensino e, em outros, se justificar na inexigibilidade ou dispensa de licitação, editou em 22 de agosto de 2007, a Deliberação TC-A- 21176/026/06, sobre a contratação de sistemas de ensino.

Considerando a experiência do Tribunal de Contas, no que refere a aplicação dos recursos educacionais e a necessidade dos materiais e serviços serem adquiridos mediante avaliação da qualidade técnico-pedagógica, deliberou que “a contratação de sistemas de ensino deverá ser precedida do correspondente processo licitatório, preferencialmente do tipo técnica e preço”. Esta Deliberação pode, em parte, contribuir para a aquisição de melhores materiais, tendo em vista as denúncias sobre a péssima qualidade das apostilas adquiridas por vários municípios paulistas, como destacam Adrião, Borghi e Garcia (2008). No entanto, cabe ressaltar, que a escolha pela “técnica” deve ser feita por equipe técnico-pedagógica competente, estabelecendo critérios objetivos para a adequada avaliação.

Antes desta Deliberação o próprio Tribunal de Contas em alguns processos<sup>4</sup> julgou como regular a inexigibilidade de licitação para o fornecimento de materiais didáticos pedagógicos, como o processo 24583/026/02, de 2003, da Prefeitura Municipal de Boituva com a Editora COC Empreendimentos Culturais Ltda. No processo 1169/011/04, de 2005, do Município de Votuporanga, tendo como objeto a contratação de empresa especializada em educação para “aquisição de materiais didáticos, suporte pedagógico e acompanhamento dos professores, na utilização do material didático, suporte pedagógico através de recursos da Internet para treinamento de on-line e espaço provedor de internet para hospedagem de página da prefeitura”, por meio de concorrência pública, do tipo menor

---

<sup>4</sup> Informações disponíveis em sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (<http://www.tce.sp.gov.br/>), no portal “jurisprudência”. Informações acessadas em 15 de maio de 2008.

preço, com a Editora COC Empreendimentos Culturais Ltda, o TCE/SP julgou regular a licitação, o contrato e o termo de aditamento.

Já no contrato entre a Prefeitura Municipal de Descalvado e a Editora COC Empreendimentos Culturais Ltda para o fornecimento de material didático e assessoria pedagógica, a Primeira Câmara do TCE/SP julgou irregulares a inexigibilidade de licitação, o contrato, os termos aditivos e os atos determinativos das despesas firmados em 2005 (Acórdão de 28.04.2007). A inexigibilidade de licitação, no processo de Descalvado, está embasada no art. 25, inciso I, da Lei 8.666/93 sobre a exclusividade dos materiais e serviços. O Tribunal de Contas em decisão sobre o processo inicial e recurso de Descalvado julgou irregular a inexigibilidade de licitação.

A definição do TCE/SP sobre a necessidade do processo licitação neste tipo de parceria/contrato, levando-se em conta o menor preço e melhor técnica, se faz importante em um momento que um número expressivo de municípios no estado fizeram a opção pela compra de “sistemas de ensino”. Levantamento realizado por Adrião, Borghi, Garcia (2008), no âmbito da pesquisa “Estratégias municipais para a oferta da educação básica: uma análise de parcerias público-privado no Estado de São Paulo” indica que em 2007, dos 645 municípios do estado, 183 realizaram esta parceria.

### **Sobre os contratos administrativos pertinentes a obras e serviços**

Após o devido processo licitatório, a parceria entre a administração pública e a esfera privada (pessoas físicas e jurídicas) é efetivada mediante um contrato, que deve estabelecer com clareza e precisão as condições para a sua execução. Entre outras cláusulas do contrato, são necessárias as seguintes: o objeto e seus elementos característicos; regime de execução ou forma de fornecimento; o preço e as condições de pagamento; o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; os direitos e responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; os casos de rescisão (Lei nº 8.666/93, art. 55). Os contratos decorrentes de dispensa ou inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta (art. 54, §2º).

Quanto à duração dos contratos, a Lei nº 8.666/93 limita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, sendo exceção: os projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da administração pública e desde

que isso tenha sido previsto no ato convocatório da licitação; a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, com prorrogação limitada a 60 meses; aluguel de equipamentos e programas de informática, que podem ter a duração estendida pelo prazo de 48 meses (art. 57).

O controle das despesas decorrentes dos contratos, efetuados pelos procedimentos licitatórios, é feito pelo Tribunal de Contas. Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas sobre irregularidades.

Se observada irregularidade ou ilegalidade, de algum procedimento licitatório e do contrato, o mesmo poderá ser anulado e ocasionar penas para os responsáveis.

Dentre os crimes e penas, constantes na Lei de Licitação e Contratos (Lei 8.666/93), destacam-se a que se refere à dispensa ou não a realização de licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, sendo definida como pena a detenção de três a cinco anos e multa.

A parceria entre a administração pública e entidades qualificadas como Organizações Sociais é firmada por meio do instrumento do “contrato de gestão”.

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, conversão da MP nº 1.648-7/1998, define que o Poder Executivo poderá qualificar como Organizações Sociais “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei (Art. 1º).

Para que as entidades privadas que qualifiquem como organização social a Lei nº 9.637/1998 define os seguintes requisitos que devem constar no registro de seu ato constitutivo:

- a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
- b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
- c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas aquela composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

- d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
- e) composição e atribuições da diretoria;
- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
- g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
- h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
- i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados; (BRASIL, LEI N° 9.637/1998, art. 2°, inciso I).

Neste contrato deverão constar as atribuições, as responsabilidades e as obrigações do poder público e da organização social. Além de observar os seguintes preceitos:

- I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções. (BRASIL, Lei n° 9.637/98, Art. 7°).

A execução do contrato de gestão deverá ser fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação da atividade. Neste tipo de contrato as organizações sociais poderão receber recursos orçamentários para o cumprimento do contrato, além da cessão de servidores com ônus para a origem.

### **Sobre os convênios**

O convênio é um instrumento utilizado pela administração pública para

associar-se com entidades públicas ou privadas. Tem características próprias e “no que couber” seguem as normas relativas ao processo de licitação, regidas pela Lei nº 8.666/93.

A principal característica para diferenciar convênio e contrato refere-se aos interesses. No contrato os interesses são opostos e contraditórios, como exemplo: a administração pública necessita adquirir um produto ou serviço com menor preço e o vendedor pelos melhores preços possíveis. No convênio os interesses institucionais e os resultados são comuns e verifica-se a mútua colaboração (DI PIETRO, 2005). Por exemplo, a Associação de Portadores de Necessidades Especiais e a Secretaria da Educação desejam atender alunos com necessidades especiais dando-lhes melhores condições de aprendizado e a administração pública pela sua dificuldade de realizar tal tarefa delega a entidade especializada a incumbência do atendimento, repassando-lhe recursos.

A própria definição de contrato pela Lei nº 8.666/93 ajuda a diferenciar este de convênio: “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” (Artigo 2º, Parágrafo único – grifos meus). No convênio há “contrapartidas recíprocas” e não “obrigações recíprocas”.

O Decreto 93.872/1986 também apresenta definição para a diferenciação entre contrato e convênio, acordo ou ajuste:

Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.

Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato. (Decreto 93.872/1986, art. 48, § 1º).

Utilizando-se dessas definições pode-se concluir que o “contrato de gestão” referido pela Lei nº 9.637/98 possui as características de um convênio, acordo ou ajuste e não de contrato.

Como o convênio tem o pressuposto de mútua colaboração não se faz necessária a licitação, pois não há competição. A colaboração mútua pode assumir variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos

humanos, imóveis, know-how (DI PIETRO, 2005).

Os convênios podem ser realizados entre pessoas jurídicas da mesma esfera governamental: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, entre órgãos e entidades da administração pública de esferas governamentais distintas ou entre a administração pública e entidades privadas.

A celebração de convênio, acordos ou ajustes celebrados por órgãos e entidades da administração pública no que couber se aplicam as disposições da Lei 8.666/93. Esses instrumentos dependem de prévia aprovação de plano de trabalho proposta pela organização interessada. Neste plano deverá conter a identificação do objeto a ser executado; metas a serem atingidas; etapas ou fases de execução; plano de aplicação dos recursos financeiros; cronograma de desembolso; previsão de início e fim da execução do objeto (Lei n° 8.666/93, artigo 116, § 1°).

Os convênios podem ser denunciados a qualquer momento e ocorrendo rescisão ou extinção os saldos financeiros remanescentes deverão ser devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, inclusive os valores decorrentes de aplicação financeira no prazo de 30 dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável (BRASIL, Lei n° 8.666/93, art. 116, §6°).

A prestação de contas dos recursos recebidos segue determinação da CF/88:

[...] prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (BRASIL, CF/88, art. 70, parágrafo único).

A aplicação de recursos é avaliada pela análise da documentação, entretanto além desta seria necessário verificar se a utilização dos recursos públicos atingiu os objetivos estabelecidos inicialmente.

### **Algumas considerações**

A legislação pertinente que regulamenta os contratos e convênios da administração pública com a esfera privada é estabelecida principalmente no final da década de 90. No entanto, as normas de abrangência nacional não contemplam toda a diversidade de situações presentes nos diferentes municípios e estados brasileiros, apesar de algumas serem muito detalhadas, necessitando de

normas complementares, como o fez o TCESP (Deliberação TC–A–21176/026/06) para reafirmar os princípios pelos quais os administradores públicos devem pautar suas práticas para a contratação de serviços e obras e aquisição de bens com propostas mais vantajosas para o setor público e não para os interesses de terceiros.

As estratégias de articulação entre a esfera pública e a privada é uma tendência crescente na área educacional, como afirmam Adrião e Borghi (2008). As pesquisadoras identificaram com maior frequência entre três modalidades de apoio da esfera privada ou de comunidades na área da educação no estado de São Paulo: a compra pelas redes públicas de sistemas de ensino privados, a subvenção pelo poder público de vagas de educação infantil em instituições privadas e a contratação de instituições privadas para a elaboração de políticas educacionais para a gestão da educação municipal.

Neste contexto se considera fundamental atentar-se para as normas do processo de licitação que regulamentam a celebração de contratos da administração pública com a esfera privada e do estabelecimento de convênios com Organizações Sociais com o repasse de recursos públicos para o atendimento educacional não prestado pelas escolas públicas, pois por meio destas parcerias o Estado transfere tributos para que Organizações Sociais e a empresas privadas exerçam atividades de natureza pública, sendo primordial o controle desses recursos transferidos, com a devida transparência do processo e a prestação de contas.

## Referências

ADRIÃO, T., BORGHI, R. Parcerias entre prefeituras e a esfera privada: estratégias privatizantes para a oferta da educação pública em São Paulo? In: ADRIÃO, T; PERONI, V. (Org.) *Público e privado na educação: novos elementos para o debate*. São Paulo: Xamã, 2008.

\_\_\_\_\_.; GARCIA, T. *Iniciando o debate sobre compra de sistemas de ensino em municípios paulistas*. 2008, mimeo.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm). Acesso em: 05 jul. 08.

\_\_\_\_\_. *Lei 10.520, de 17 de julho de 2002*. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/LEIS/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm). Acesso em: 05 jul. 08.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998*. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9637.htm). Acesso em: 10 jul. 08.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998*. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9648cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9648cons.htm). Acesso em: 10 de jul. 08.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm). Acesso em: 10 jul. 08.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986*. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D93872.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D93872.htm). Acesso em: 12 de jul. 08.

DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras*. 5 ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

POLO, J. C. Planejamento e Orçamento no Município. In: RODRIGUES, M.M.; GIÁGIO, M. (Org.). *Guia de Consulta para o Programa de Apoio aos Secretários Municipais de Educação* – PRASEM III. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2001.

RIGOLIN, I. B. Dispensa e inexigibilidade de licitação. In: *II Seminário de Direito Administrativo – TCMSp: Licitação e Contrato – Direito Aplicado*. Junho de 2004. Disponível em: [http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18\\_06\\_04/ivan\\_barbosa1.htm](http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/ivan_barbosa1.htm). Acesso em: 04 jul. 08.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Deliberação TC – A-21176/026/06, de 26 de agosto de 2007*. Disponível em: <http://www.tce.sp.gov.br/legislacao/deliberacoes/delibera-2007-08-23.pdf>. Acesso 10 jul. 08.

OLIVEIRA, R. P. Financiamento da educação no Brasil: um estado da arte provisório e algumas questões de pesquisa. In: GOUVEIA, A. B.; SOUZA, A. R.; TAVARES, T. M. (Org.). *Conversas sobre financiamento da educação no Brasil*. Curitiba: Editora da UFPR, 2006.

VELLOSO, J. Pesquisas no país sobre o financiamento da educação: onde estamos? In: WITTMANN, L. C.; GRACINDO, R. V. (Coord.). *O estado da arte em política e gestão da educação no Brasil: 1991 a 1997*. Brasília: ANPAE, Campinas: Editora Autores Associados, 2001.

Enviado em mar./2009  
Aprovado em mai/2009

---

Adriana A. Dragone Silveira  
Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em  
Educação da Faculdade de Educação da USP -  
Universidade de São Paulo  
E-mail: [adrianadragone@yahoo.com.br](mailto:adrianadragone@yahoo.com.br)

---