



Parecer Jurídico SMLC/DJ nº 663/2023

Ementa: Termo de Colaboração nº 03/2020. Gerenciamento, operacionalização e execução de serviços de saúde nos Centros de Atendimento Psicossocial (Caps). Ausência de cláusula de reajuste. Inexistência de direito subjetivo do colaborador privado ao reajuste. Possibilidade de concessão de reajuste. Instituto Brasileiro de Saúde, Ensino, Pesquisa e Extensão para o Desenvolvimento Humano (IBSaúde). Secretaria Municipal da Saúde (SMS).

I – RELATÓRIO

1. A Secretaria Municipal da Saúde (SMS), por meio do Processo Administrativo SEI nº 23.0.000046932-7, consultou a Diretoria Jurídica da Secretaria Municipal de Licitações e Contratos (SMLC/DJ), indagando, em relação ao Termo de Colaboração nº 03/2020 – que não possui cláusula de reajuste –, celebrado com o Instituto Brasileiro de Saúde, Ensino, Pesquisa e Extensão para o Desenvolvimento Humano (IBSaúde): a) se é possível o reajuste dos valores a serem repassados pela Administração Pública ao colaborador privado e, b) em caso positivo: b.1) qual índice e qual data-base deverão ser adotados e b.2) qual instrumento deverá ser utilizado para o reajuste.
2. O processo administrativo foi instruído com, entre outros, os seguintes documentos:
 - a) manifestação de interesse do IBSaúde na prorrogação do ajuste por 12 meses, a contar de 28/01/2024, e requerimento de reajuste, com base no IPCA, adotando como termo inicial a data da assinatura do ajuste (documento 0343502),
 - b) Termo de Colaboração nº 03/2020 (documento 0343530),
 - c) ordem de início dos serviços, a contar de 27/01/2022 (documento 0343536), e
 - d) Termo Aditivo nº 56/2023, renovando a vigência contratual por 12 meses, a contar de 28/01/2023 (documento 0343569).
3. É o relatório.

II – ABRANGÊNCIA DA ANÁLISE JURÍDICA

4. Consigna-se que a presente análise considerou tão somente os aspectos estritamente jurídicos da questão trazida ao exame desta assessoria jurídica, partindo-se da premissa básica de que, ao propor a solução administrativa ora analisada, o administrador público certificou-se das possibilidades orçamentárias, financeiras, organizacionais e administrativas, levando em consideração as análises econômicas e sociais de sua competência.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – DIRETORIA JURÍDICA

5. Isso porque, nos termos da Lei Municipal nº 6.627/2023, que dispõe sobre a estrutura, organização e funcionamento do Poder Executivo Municipal de Canoas, compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos, entre outras atribuições, proceder ao assessoramento jurídico em questões de licitações e contratações em geral:

Art. 11. As competências das Secretarias de Natureza Instrumental compreendem:

[...]

c) compete à Secretaria Municipal de Licitações e Contratos (SMLC):

[...]

2. planejar, dirigir, executar, controlar e assessorar, material, técnica e juridicamente, todas as fases e procedimentos de formação e execução do processo licitatório e dos procedimentos de seleção e formação de parcerias da administração direta; (grifo nosso)

[...]

6. Verifica-se, assim, que a atividade dos procuradores e assessores jurídicos atuantes na Secretaria Municipal de Licitações e Contratos – assim como ocorre com a advocacia de maneira geral – limita-se à análise da compatibilidade jurídica da matéria trazida a exame, sem prejuízo de, eventualmente, sugerir soluções vislumbradas por esta unidade de assessoramento jurídico, que devem ser objeto de consideração por parte do gestor, que detém, no entanto, a palavra final sobre a implementação de políticas públicas no âmbito municipal, nos limites do seu juízo de mérito.

III – FUNDAMENTAÇÃO

III-A – DA NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE COLABORAÇÃO CELEBRADO

7. A primeira questão a ser definida é se o Termo de Colaboração nº 03/2020 tem natureza de contrato administrativo ou de convênio administrativo. Tal distinção é relevante, pois a aplicabilidade da regra constitucional que estabelece o direito subjetivo do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro da proposta depende, precisamente, da definição da natureza do acordo celebrado.

8. Conforme Marçal Justen Filho:¹

O convênio público consiste numa avença por meio da qual dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Administração Pública, comprometem-se a atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo.

O convênio não se confunde com o contrato administrativo em sentido restrito.

O convênio é um contrato associativo, de cunho organizacional. Isso significa que a prestação realizada por uma das partes não se destina a ser incorporada no patrimônio da outra. As partes do convênio assumem direitos e obrigações visando a realização de um fim comum. Diversamente se passa com a maioria dos contratos administrativos, que apresentam cunho comutativo: as partes se valem da contratação para produzir a transferência entre si da titularidade de bens e interesses.

Nos contratos administrativos em sentido restrito, o usual é a existência de interesses contrapostos, existindo interesse lucrativo pelo menos de uma das partes (o particular). Desse modo, em regra, impõe-se a realização de procedimento licitatório para a celebração de contratações administrativas, ressalvadas aquelas hipóteses de contratação direta. Como regra, não há obrigatoriedade de os convênios serem precedidos de licitação.

9. Conforme Juliano Heinen:²

Os convênios são uma figura jurídica bastante conhecida no direito administrativo brasileiro. Sua principal diferença para com os contratos administrativos consiste no fato destes últimos apresentarem pretensões contrapostas, enquanto que os convênios detêm pretensões convergentes. Eis a relevante diferença de ambos os ajustes. Assim, o convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza

1 Justen Filho, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2023, p. 349.

2 Heinen, Juliano. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Juspodivm. 2023, pp. 1257-1258.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – DIRETORIA JURÍDICA

para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas. Não é a toa que o convênio pode ser denominado de “ato coletivo”.

[...]

São acordos feitos com o Poder Público que não se confundem com os contratos administrativos. **No caso, tratam-se de convenções em que as vontades das partes são convertentes, e não antagônicas, como ocorre justamente com os contratos. De modo que, aqui, os interesses são paralelos, enfim, somam-se. Em outras palavras, o contrato perfaz a composição de interesses opostos, e o convênio realiza conjugação de interesses convergentes.**

Ambos os institutos são fruto de um ajuste de vontades. Mas o convênio busca satisfazer objetivos comuns. Nos contratos, as pretensões são contrapostas. Exemplo: o Poder Público contrata com uma empreiteira a construção de uma escola. O ente estatal intenciona obter o empreendimento em questão construído e a entidade privada pretende o montante pecuniário a ser pago pela referida escola.

Assim que, no convênio, os participantes objetivam a realização de um resultado comum. Exemplo: um município faz convênio com uma autarquia de outro ente federado que atua no fomento à cultura justamente para divulgação de manifestações locais nesta área. Ou uma universidade pública se convenia com outro ente estatal para desenvolver um estudo, um projeto, uma invenção etc. Veja que, neste caso, o resultado será usufruído por todas as partes conveniadas.

Há, aqui, uma mútua colaboração, que pode ser efetivada de muitas maneiras com o repasse de verbas, com a cessão de servidores por determinado tempo, com o uso temporário de equipamentos etc. **Daí porque o convênio não é precificado como ocorre com o contrato.**

Por exemplo: as verbas públicas repassadas a entidade privada não perdem esta natureza, tanto que sua utilização será sindicada pelas Cortes de Contas pertinentes.

Assim, o convênio poderia ser considerado uma categoria jurídica típica dos “contratos de comunhão de escopo”. No caso, se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam.

10. Conforme Rafael Carvalho Rezende Oliveira:³

Os convênios administrativos são ajustes formalizados entre entidades administrativas ou entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos que têm por objetivo a consecução de objetivos comuns e o atendimento do interesse público.

[...]

Com o advento da Lei 13.019/2014, que estabelece o novo marco regulatório das parcerias entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil (OSCs), o tema dos convênios sofreu relevante alteração. A referida Lei prevê três instrumentos jurídicos de parcerias com o Terceiro Setor:

[...]

Não obstante a literalidade da Lei, entendemos que as “novas expressões” não alteram a substância dos vínculos jurídicos, sendo certo que o legislador é pródigo em criar novos nomes para os tradicionais convênios (exs.: contratos de gestão, contratos de repasse, termos de parcerias, termos de cooperação etc.). Aliás, não vislumbramos qualquer relevância jurídica na distinção legal entre o termo de colaboração e o termo de fomento a partir do responsável pela iniciativa do projeto, uma vez que nos dois casos o regime jurídico será o mesmo. Por fim, a expressão convênios é mencionada na Constituição (exs.: arts. 39, § 2.º e 199, § 1.º; da CRFB) e em leis especiais (ex.: art. 18, X, da Lei 8.080/1990), o que demonstra a subsistência da expressão no ordenamento jurídico.

11. O mesmo autor leciona que:⁴

Tradicionalmente, a doutrina distingue os contratos e os convênios administrativos a partir de diversos critérios, com destaque para os apontados a seguir:

1) Quanto aos interesses envolvidos nos ajustes: enquanto os contratos administrativos são caracterizados pela existência de interesses contrapostos das partes (o Poder Público tem por objetivo promover o interesse público e o particular pretende auferir lucro), **os convênios administrativos são caracterizados pela comunhão de interesses dos conveniados (os partícipes possuem os mesmos interesses).**

Ressalte-se que a nomenclatura conferida ao instrumento jurídico não é fundamental para caracterização da sua natureza jurídica, mas, sim, o seu conteúdo, conforme dispõe o art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993: “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”. A nova Lei de Licitações não possui dispositivo semelhante ao art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, o que não impede a permanência do argumento, em razão do caráter exemplificativo do art. 2.º da Lei 14.133/2021, que trata do âmbito de incidência das suas disposições normativas, bem como em virtude da predominância do conteúdo dos negócios jurídicos e das intenções das partes sobre as nomenclaturas utilizadas pelas partes, na forma do art. 112 do Código Civil. Os convênios e outros instrumentos congêneres aparecem na legislação, por vezes, com nomes

3 Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. Método: Rio de Janeiro. 2023, p. 560.

4 Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos: teoria e prática*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2023, pp. 552-557.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – DIRETORIA JURÍDICA

distintos (“convênio”, “termo de parceria”, “termo de cooperação” etc.). Em determinadas hipóteses, apesar da utilização da expressão “contrato”, tais instrumentos devem ser considerados verdadeiros convênios quando o objeto retratar a busca de interesses comuns (“contrato de gestão”, “contrato de repasse” etc.).

2) Quanto à remuneração: **nos contratos, os contratados recebem remuneração pela prestação de determinado objeto (obra, serviço etc.), e o valor, ao ingressar no patrimônio privado, deixa de ser considerado “dinheiro público”, razão pela qual o contratado pode dispor livremente sobre a sua destinação. Por outro lado, nos convênios, o valor repassado pelo Poder Público ao particular continua sendo reputado “dinheiro público”, que deve ser necessariamente aplicado no objeto do convênio, o que acarreta a necessidade de prestação de contas pelo particular ao Poder Público (inclusive Tribunal de Contas) para demonstrar que a verba foi utilizada para atendimento das finalidades do ajuste.**

3) Quanto à necessidade de licitação: a celebração de contratos pela Administração Pública depende, em regra, da realização de licitação prévia, na forma do art. 37, XXI, da CRFB, do art. 2.º da Lei 8.666/1993 e do art. 2.º da Lei 14.133/2021. Ao contrário, a formalização de convênios não depende de licitação, o que não afasta a necessidade de instauração, quando possível, de processo seletivo que assegure o tratamento impessoal entre os potenciais interessados. De acordo com o disposto no art. 116 da Lei 8.666/1993 e no art. 184 da Lei 14.133/2021, as normas de licitação são aplicadas aos referidos ajustes apenas “no que couber” e desde que não haja disposição legal específica em sentido diverso. Se os convênios (e instrumentos similares) e os contratos fossem sinônimos, não haveria justificativa para a ressalva realizada pelo legislador.

4) Quanto ao prazo: os contratos administrativos são celebrados por prazo determinado, conforme exigência contida no art. 57, § 3.º, da Lei 8.666/1993 e no art. 105 da Lei 14.133/2021. Em relação aos convênios, espécies de atos administrativos complexos, admite-se que os ajustes não estabeleçam prazo determinado, não obstante seja recomendável a fixação de sua duração para fins de planejamento e controle. **A cooperação associativa é uma característica dos convênios, razão pela qual os partícipes têm a liberdade de ingresso e de retirada (denúncia) a qualquer momento, sendo vedada cláusula de permanência obrigatória.**

Os convênios podem ser firmados entre entidades administrativas ou entre estas e entidades privadas sem fins lucrativos. Na primeira hipótese, os convênios são instrumentos de descentralização (ou desconcentração) administrativa; no segundo caso, os convênios funcionam como mecanismos de implementação do fomento, viabilizando o exercício de atividades sociais relevantes por entidades privadas.

[...]

As receitas serão aplicadas, exclusivamente, no objeto do convênio e os respectivos saldos, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês (art. 116, §§ 4.º e 5.º da Lei 8.666/1993).

Ao final do convênio, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos (art. 116, § 6.º, da Lei 8.666/1993).

12. A respeito da natureza do termo de colaboração, Marçal Justen Filho leciona:⁵

As figuras do termo de colaboração, do termo de fomento e acordo de cooperação foram previstas pela Lei 13.019/2014. **Também apresentam natureza próxima a do convênio.** Envolvem um acordo entre a Administração Pública e uma organização da sociedade civil (OSC). Há um termo de colaboração quando a avença contemplar a transferência de recursos financeiros, pactuada a partir de proposta da Administração Pública. O termo de fomento configura avença similar, versando sobre plano de trabalho proposto por uma OSC e envolvendo a transferência de recursos financeiros. Existe acordo de cooperação quando a parceria não envolver a transferência de recursos financeiros.

13. No caso concreto, constata-se que o Termo de Colaboração nº 03/2020 tem as seguintes características:

a) Não há interesses contrapostos entre o parceiro público e o privado, pois ambos almejam a consecução do interesse público objeto do acordo de vontades, como se infere do cotejo do objeto do termo de colaboração com o objetivo social do IBSaúde, a seguir transcritos parcialmente:

a.1) Trecho da cláusula primeira do termo de colaboração:

⁵ Justen Filho, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2023, p. 351.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – DIRETORIA JURÍDICA

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

Constitui objeto deste termo de colaboração o gerenciamento, operacionalização e a execução dos serviços de saúde nos quatro Centros de Atendimento Psicossocial – CAPS no Município de Canoas, conforme especificações e quantitativos estabelecidos no Termo de Referência e no Plano Operativo, que passam a fazer parte deste instrumento.

[...]

a.2) Trecho do art. 2º do estatuto social do IBSaúde (que consiste em uma associação, sem fins lucrativos, conforme o *caput* do art. 1º de seu estatuto):

CAPÍTULO II – OBJETIVO SOCIAL

Art. 2º – O IBSAÚDE tem por finalidade integrar e consolidar a ação dos principais agentes do desenvolvimento dos setores público e privado, com atuação nas políticas públicas, em especial na Saúde e Educação; gestão, prestação de serviços e contratação de recursos humanos para o Sistema Único de Saúde, Suplementar e para a Educação, formação, aperfeiçoamento, pós-graduação, capacitação permanente e humanizada; na Inclusão Social, através do Esporte, Cultura e Meio Ambiente, com entidades de moradores, comunidade empresarial, instituições nacionais e internacionais de ensino, pesquisa e extensão, ações de responsabilidade social, com vistas a viabilizar uma sociedade tecnologicamente desenvolvida e sustentável, através das seguintes ações:

I – Atuar na gestão, consultoria, assessoria e contratação de profissionais para prestação de serviços médicos e assistenciais, definidas conforme Resolução 218/1997, do Conselho Nacional de Saúde, para implementação e desenvolvimento do Sistema Único de Saúde e Suplementar;

II – Gestão compartilhada em unidades ambulatoriais, pré-hospitalares, urgência e emergência, assistência médica e hospitalares preventiva, curativa e de reabilitação;

III – Prestação de serviços através de contratos, convênios, terceirizações, termos de colaboração técnica e fomento;

[...]

b) **Os recursos repassados não podem, em nenhuma hipótese (nem mesmo na eventualidade de ocorrer *superavit* operacional), ser incorporados ao patrimônio do parceiro privado, como se infere da cláusula quinta do termo, cujo texto é o seguinte:**

CLÁUSULA QUINTA – DAS ATRIBUIÇÕES DA ORGANIZAÇÃO

São atribuições da Organização, dentre outras:

[...]

2. Utilizar os bens, materiais e os recursos humanos custeados com os recursos oriundos deste TERMO, **exclusivamente** na execução de seu objeto.

3. Inventariar todos os bens móveis e imóveis permanentes, apresentando ao MUNICÍPIO relatórios anuais com as especificações de todos os bens cujo uso lhes foram permitidos, bem como **daqueles adquiridos com recursos oriundos do presente TERMO DE COLABORAÇÃO**, observando as normas de gestão de patrimônio editadas pelo MUNICÍPIO.

[...]

5. **Patrimonializar ao município os bens, móveis e imóveis, adquiridos com recursos oriundos deste TERMO DE COLABORAÇÃO.**

6. Comunicar ao MUNICÍPIO, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após sua ocorrência, **todas as aquisições de bens móveis** que forem realizadas ou as doações que forem recebidas.

7. **Disponibilizar ao MUNICÍPIO para que sejam incorporados ao seu patrimônio**, nas hipóteses de extinção/dissolução ou desqualificação da ORGANIZAÇÃO, as doações e os legados eventualmente recebidos em decorrência das atividades executadas no presente TERMO DE COLABORAÇÃO, bem como **todos os excedentes financeiros gerados ao longo da sua execução.**

c) Não foi necessária, para a celebração do termo de colaboração, a realização de licitação (o chamamento público realizado, embora tenha visado a estabelecer critérios objetivos e impessoais para a seleção, não consiste em espécie ou modalidade de licitação).

14. Em virtude das características acima citadas, é inequívoco que **o Termo de Colaboração nº 03/2020 tem a natureza jurídica de um convênio.**



III-B – DA AUSÊNCIA DE CARÁTER CONTRAPRESTACIONAL DO ACORDO

15. A segunda questão a ser definida é se a regra disposta no inciso XXI do art. 37 da Constituição⁶ – que estabelece o direito subjetivo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato – é aplicável ao Termo de Colaboração nº 03/2020.

16. Conforme Rafael Costa:⁷

É importante distinguir que as relações negociais entre os partícipes (convênio) são distintas daquelas entre os partícipes e fornecedores, empreiteiras e demais prestadoras de serviço (contratos), mesmo que o objeto contratual seja algo diretamente ligado ao ajuste convencional. Essa concepção é extremamente relevante, uma vez que é rotineiro, nos convênios que abarcam o repasse de recursos financeiros, o sentimento dos partícipes de que qualquer impacto nos valores do empreendimento deve ser absorvido pelo partícipe financiador, mesmo que não haja cláusula convencional prevendo a respectiva compensação financeira.

Se não trata de alteração do Plano de Trabalho compactuado entre os partícipes, os fatos meramente contratuais não repercutem automaticamente no ajuste convencional.

Não obstante, o respectivo termo de convênio, de forma expressa, pode prever como os impactos financeiros que porventura venham a ocorrer serão suportados pelos partícipes para atingir a meta convencional. Tendo em vista a liberdade negocial, os conveniados possuem autonomia para dispor como serão atribuídos esses dispêndios de recursos entre os signatários do respectivo ajuste cooperativo.

Esses impactos contratuais geram a falsa impressão de que repercutiria invariavelmente no âmbito dos convênios e, geralmente, relacionam-se com as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro.

Parte-se da premissa de que em contrato administrativo, após firmados os seus parâmetros no momento inicial, devem ser mantidas as condições iniciais em todo seu desenvolvimento, não se permitindo que a equação contraprestacional incline para um lado ou outro, ao longo do tempo na relação contratual, como garantia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, prevista na Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e na legislação infraconstitucional (Lei nº 8.666/93, art. 58, §1º e Lei nº 14.133/21, art. 104, §2º).

Para a doutrina, há três figuras jurídicas que possibilitam o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro: o reajuste, a revisão contratual e a correção monetária.

O reajuste de preços, disciplinado no artigo 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993, bem como no inciso LVIII do art. 6º da Lei nº 14.133/21, é a forma de manutenção do valor real do contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto contratualmente, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais. A Lei nº 8.666/93⁶²⁷ e a Lei nº 14.133/21⁶²⁸ preveem a obrigatoriedade de uma cláusula de reajuste nos contratos, bem como exigem cláusulas que estabeleçam os critérios e a periodicidade do reajustamento.

A revisão contratual se fundamenta na teoria da imprevisão aplicada ao direito público: a superveniência de fatos imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, alheios à vontade das partes e que modifiquem de maneira considerável o equilíbrio econômico-financeiro, implicam alteração contratual para se mantenha a equação inicialmente estabelecida.

Da Lei nº 8.666/93, infere-se que na ocorrência desses fatores imprevisíveis que modificam o equilíbrio contratual, a Administração, na maioria das vezes, deve arcar com os eventuais encargos sobrevivendo deles. No entanto, com o advento da Lei nº 14.133/21, foi prevista a inclusão da matriz de riscos, na qual a divisão de responsabilidade acerca dos eventos que podem impactar o equilíbrio contratual é realizada diante das particularidades das obrigações assumidas pelos contratantes em cada caso.

Por fim, a última figura jurídica que possibilita o reequilíbrio contratual é a correção monetária, cabível em virtude da inflação, quando a Administração atrasar os pagamentos devidos à contratada. As Leis de Licitações indicam que o contrato deve conter cláusula que estabeleça os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento.

Tendo em vista que as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro se relacionam exclusivamente com as partes signatárias do ajuste contratual, essas não podem atingir, de per si, o convênio firmado por um dos contratantes. A relação do convênio ajusta-se ao expressamente acordado no Plano de Trabalho inicialmente pactuado. Contudo, é

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

⁷ Costa, Rafael. *Convênios Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum. 2023, pp. 357-362.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – DIRETORIA JURÍDICA

possível, desde que de forma expressa no termo do convênio, que esse ônus seja livremente distribuído entre os partícipes do respectivo ajuste cooperativo.

No mesmo sentido, é o entendimento da Advocacia Geral da União, manifestado por meio do Parecer FMRD/PFE/DNIT nº 722/2010:

6. *Essas atividades podem ser executadas diretamente pelo Exército Brasileiro ou contratadas com terceiros, segundo o disposto na Lei no 8.666/93. De qualquer modo, os vínculos contratuais para a execução dos serviços ou obras se dão exclusivamente entre o Exército Brasileiro e seus contratados, inclusive fornecedores dos materiais necessários aos serviços ou obras objeto do Termo de Cooperação, não assumindo o DNIT qualquer responsabilidade perante os mesmos.*

7. *Evidentemente que, em virtude dessas contratações, poderão ocorrer situações em que a Lei no 8.666/93 e legislação correlata autorizem tanto o reequilíbrio econômico e financeiro dos contratos mantidos pelo Exército Brasileiro, como também a possibilidade de reajustamento do valor contratual.*

8. *Essas situações, entretanto, por pertencerem à álea econômica e financeira dos contratos mantidos pelo Exército Brasileiro, não autorizam o reequilíbrio ou o reajustamento do valor do Termo de Cooperação ou do Plano de Trabalho, até porque o crédito que foi transferido e extraído do orçamento do DNIT não está sujeito a essas circunstâncias.*

9. *O que deve, então, ser feito é um aumento de valor do Termo de Cooperação para fazer face a um reequilíbrio ou reajustamento contratual que o Exército Brasileiro irá conceder aos seus contratados, mediante termo aditivo ao Termo de Cooperação, instruído pelo correspondente Plano de Trabalho, contendo, discriminadamente, as parcelas que sofreram o aumento de valor.*

10. *Conseqüentemente, se o reequilíbrio ou reajustamento contratual são fatos jurídicos decorrentes da relação mantida exclusivamente entre o Exército Brasileiro e os seus contratados, resta evidente que cabe ao próprio Exército Brasileiro discipliná-los, segundo metodologia de cálculo das parcelas contratuais que deverão ser reequilibradas ou reajustadas.*

Todavia, dependendo do contexto e do caso concreto, sob os auspícios da boa-fé objetiva, nos casos de omissão no termo convenial, ou mesmo se considerada abusiva a previsão expressa no respectivo instrumento, é possível que se impute ao ente financiador o dever de arcar com gastos contratuais não previstos inicialmente. Isso, caso fique demonstrado que foi gerada ao conveniado a expectativa legítima de que o concedente iria arcar com eles.

A hipótese aventada materializa-se na figura da *suppressio*, quando o partícipe financiador não exige que o outro partícipe arque com os reajustes de contrato firmado com o fim de concretização do objetivo da parceria. O pagamento do reajuste pelo poder concedente pode gerar na contraparte a confiança na estabilidade de situação. O exercício posterior do direito altera a situação que estava estabilizada pelo tempo, ocasionando uma surpresa que afeta a confiança gerada.

Contudo, trata-se de exceção à regra. Pelo esposado, denota-se que as hipóteses de reequilíbrio financeiro afetam apenas a relação contratual. O fato de o produto de uma relação contratual se identificar com o objetivo delineado em um convênio não faz com que os partícipes, alheios ao contrato, tenham que arcar com qualquer implicação oriunda do ajuste contratual com terceiros. Entretanto, nada impede que esses impactos financeiros contratuais possam ser repartidos entre os partícipes, de forma consensual, se previsto de forma expressa e por escrito no âmbito do ajuste cooperativo.

A contratação feita pelos partícipes com intuito de concretizar a meta convenial é uma relação independente e autônoma, de modo que o reequilíbrio contratual não gera implicação automática aos convênios firmados por alguma das partes do respectivo pacto contratual. Caso não esteja expressamente determinado no Termo de Convênio ou no Plano de Trabalho, não há que se falar em responsabilidade automática do poder concedente quanto ao reequilíbrio financeiro de contrato do qual não faz parte.

Excepcionalmente, dependendo do caso concreto, é possível que, sob a incidência da boa-fé objetiva, caso se evidencie ter sido gerada a expectativa de que esses custos seriam arcados pelo ente não contratante, é possível considerar o dever de suportar as despesas contratuais extraordinárias ao ente financiador.

17. Discorrendo sobre a possibilidade de aplicação da cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro aos convênios, Flávia Della Coletta Depiné, José Fabiano Fabiano de Almeida Alves Filho e Telma de Freitas Fontes afirmaram que, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo:⁸

Não foi localizado posicionamento institucional específico sobre a possibilidade de aplicação de cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro aos convênios.

Todavia, o entendimento firmado na PGE é de que nos convênios, diversamente do que ocorre com os contratos administrativos, com os quais não se confundem, não há partes e interesses contrapostos.

Ambos os partícipes, em comunhão de esforços, têm o mesmo objetivo, que é a consecução do objeto. Não se cogita, nesses ajustes, de remuneração (ou preço) e contraprestação, podendo os interessados, unilateralmente, retirarem-se da avença a qualquer tempo.

⁸ Depiné, Flávia Della Coletta; Alves Filho, José Fabiano Fabiano de Almeida; Fontes, Telma de Freitas. Cláusulas exorbitantes e os convênios: alteração do objeto, reajuste e reequilíbrio econômico-financeiro. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n.84:25-50, jul./dez. 2016.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – DIRETORIA JURÍDICA

Tais elementos não se compatibilizam com a possibilidade de recomposição do equilíbrio financeiro.

A propósito, há precedentes negando direito ao reequilíbrio em decorrência de alteração do valor do contrato celebrado pelo convenente para a execução do objeto, justamente em decorrência de sua incompatibilidade com a natureza jurídica dos convênios: pareceres CJ/SJDC 284/2012 e 210/2014. Por outro lado, não foram localizados pareceres que admitissem a recomposição em convênios.

Para as situações, no curso do ajuste, que envolvam o aumento dos custos em relação ao que havia sido inicialmente estimado – ajustes dos preços dos serviços e insumos durante a execução do convênio – o que se tem constatado é a orientação, nas diversas Consultorias Jurídicas, no sentido de admitir unicamente a utilização de eventual saldo remanescente do repasse e/ou saldo de rendimentos da conta vinculada ao convênio, para fazer frente às despesas adicionais. Não havendo saldo remanescente, contudo, incumbirá ao convenente suportar a diferença, havendo dispositivo expresso nesse sentido nas minutas-padrão elaboradas no âmbito da PGE.

18. Ricardo Dal Pizzol, por sua vez, assevera que: “O sinalagma constitui, portanto, o próprio nexo de corresponsabilidade ou de interdependência que se estabelece entre as prestações nos contratos bilaterais, encontrando cada prestação a sua razão de ser na existência e no cumprimento da outra”.⁹ Assim, embora o sinalagma genético do contrato administrativo (equilíbrio original entre prestação e contraprestação) deva ser mantido ao longo de todo o contrato (sinalagma funcional), inexistente, nos convênios administrativos, sinalagma contratual, pois não há, em tais avenças, prestações recíprocas e interdependentes (prestação e contraprestação).

19. As ideias expostas no presente tópico podem ser assim sintetizadas:

- a) o inciso XXI do art. 37 da Constituição estabelece em prol do particular o direito à manutenção do sinalagma genético do contrato (equilíbrio originalmente pactuado entre a Administração Pública e o particular),
- b) essa regra será aplicável somente se o particular tiver direito, em decorrência de sua prestação, a uma remuneração pela Administração Pública (isto é, somente se houver sinalagma contratual, pressupondo prestação e contraprestação recíprocas e interdependentes),
- c) o repasse de recursos econômico-financeiros promovido pela Administração Pública em decorrência dos convênios não possuem caráter contraprestacional (sinalagmático) ou remuneratório,

20. Três observações, ainda, são pertinentes. A **primeira** é que a inflação consiste em um fato ordinário, o que afasta a aplicabilidade da teoria da imprevisão (ressalvando-se eventuais casos de hiperinflação episódica). A **segunda** é que o particular, por ter plena ciência de que os valores não seriam corrigidos, teve, ao renovar o acordo, a oportunidade de avaliar se os recursos que a Administração Pública dispôs-se a desembolsar seriam suficientes para executar o convênio (mais especificamente, o plano de trabalho). A **terceira** é que a pretensão do particular de, só após renovar o acordo, reajustar os valores viola a boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium*), pois pretende repassar à Administração Pública o ônus de sua falha em determinar se ele próprio tinha condições de, com os recursos disponibilizados, executar o acordo.

⁹ Dal Pizzol, Ricardo. *Sinalagma funcional e contratos de prestação de serviços educacionais: efeitos da pandemia de Covid-19 sobre o equilíbrio dessas relações*. Disponível em: “<https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/225-dc.pdf?d=637581604679873754>”



21. Diante de tais razões, constata-se que **inexiste em prol do particular direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do convênio** – mormente por não ter o acordo nada disposto nesse sentido e por não ter ocorrido nenhum fato extraordinário.

III-C – DA TITULARIDADE DOS RECURSOS ENTREGUES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO COLABORADOR PRIVADO EM DECORRÊNCIA DO ACORDO

22. Tal como apontado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o dinheiro entregue pela Administração Pública ao colaborador privado continua sendo público. Em outras palavras: desde sua entrega ao colaborador privado até sua efetiva utilização pelo colaborador privado na consecução da finalidade do ajuste, o dinheiro permanece como público. Em outras palavras: embora transite pelas contas do colaborador, o dinheiro não integra o seu patrimônio. O colaborador privado não é o dono do dinheiro, nem antes, nem depois de sua utilização.

23. Tendo em vista que, do início ao fim, a Administração Pública é a única titular dos recursos repassados ao particular (mesmo enquanto tais recursos estiverem sob a posse do colaborador privado) e que tais recursos não poderão, em hipótese nenhuma, ser incorporados ao patrimônio do colaborador privado (nem mesmo parcialmente, como, por exemplo, na eventualidade de ocorrer *superavit* operacional), então a única conclusão possível é a de que o colaborador privado não tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pela singela razão de que tal direito pressupõe, necessariamente, que os recursos repassados possam, ao menos em potencial, ser incorporados ao seu patrimônio, isto é, nem o montante originalmente previsto, nem o montante eventualmente reajustado pertencerão ao colaborador privado.

III-D – DA POSSIBILIDADE DE REAJUSTE DOS VALORES

24. Conquanto o colaborador privado não titularize direito subjetivo à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, **inexiste óbice para que a própria Administração Pública – caso verifique que a manutenção quantitativa e qualitativa do objeto das obrigações do colaborador privado tenha-se tornado inviável sem a correção monetária dos repasses a serem feitos – proceda ao reajuste, caso considere que tal medida seja oportuna e conveniente ao interesse público, isto é, caso haja um juízo discricionário positivo. Assim, a concessão tem como requisito indispensável que a Administração Pública constate que, sem o reajuste do valor dos recursos a serem repassados ao colaborador privado, ocorrerá um decréscimo quantitativo ou qualitativo na execução do objeto do pacto.**

25. Caso a Administração Pública decida concedê-lo, o reajuste deverá observar os seguintes parâmetros: a) o primeiro é que o índice a ser utilizado é o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), em conformidade com o art. 20 do Decreto Municipal nº 12/2013,¹⁰ b) o segundo é que o

¹⁰ Art. 20. Os contratos e convênios da Administração Pública conterão cláusula de reajuste anual, que indicará expressamente o indicador, utilizando como parâmetro o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) ou outro índice que o substitua.



termo inicial a ser adotado para o reajuste (data-base) é aquele que a Administração Municipal considerar mais oportuno e conveniente, não podendo, no entanto, em nenhuma hipótese, ser anterior à data do orçamento a que se referir a proposta apresentada pelo colaborador privado no chamamento público, por aplicação analógica do art. 40, XI, da Lei nº 8.666/1993.¹¹

III-D – DO INSTRUMENTO PARA O REAJUSTE

26. Em vista da inexistência de previsão no termo de colaboração, o instrumento para a concessão de reajuste, na eventualidade de a Administração Pública decida promovê-lo, será o termo aditivo.

IV – DA CONCLUSÃO

27. Ante o exposto, opina-se que:

- a) inexistente direito subjetivo do colaborador privado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do termo de colaboração,
- b) a Administração Pública pode reajustar os valores a serem repassados ao colaborador privado, caso considere, cumulativamente, que: b.1) a manutenção quantitativa e qualitativa do objeto das obrigações do colaborador privado tenha-se tornado inviável sem a correção monetária dos repasses a serem feitos e b.2) a concessão do reajuste seja medida oportuna e conveniente ao interesse público, e
- c) o reajuste, caso seja concedido, deverá observar os seguintes parâmetros: c.1) o índice a ser utilizado é o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), em conformidade com o art. 20 do Decreto Municipal nº 12/2013, e c.2) o termo inicial a ser adotado para o reajuste (data-base) é aquele que a Administração Pública considerar mais oportuno e conveniente, não podendo, em nenhuma hipótese, ser anterior à data do orçamento a que se referir a proposta apresentada pelo colaborador privado no chamamento público, por aplicação analógica do art. 40, XI, da Lei nº 8.666/1993.

§ 1º Quando da elaboração do instrumento convocatório, será de competência do órgão requisitante definir ou alterar o indexador para reajuste do contrato ou convênio, que deverá constar expresso na justificativa ou outro documento contido no respectivo processo administrativo, conforme o caso, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato ou convênio.

§ 2º Nos contratos ou convênios que envolvam a realização de obras ou serviços de engenharia poderá conter cláusula de reajuste anual baseado no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi) ou outra tabela oficial de custos e índices para que se mantenha o equilíbrio contratual.

§ 3º Não poderá a Administração Pública aplicar cumulativamente o reajuste anual e o reequilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato sobre o mesmo período, quando ambos estiverem fundamentados no mesmo indexador ou na mesma tabela oficial de custos e índices, excetuados os casos devidamente justificados que visam à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

§ 4º O cálculo do percentual e valor efetivo de reajuste em função do período ficará a cargo do fiscal técnico do contrato, que deverá ser ratificado pelo ordenador de despesas. (Redação dada pelo Decreto nº 433/2021)

11 Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
SECRETARIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – DIRETORIA JURÍDICA

28. É o parecer.

29. Canoas, 8 de dezembro de 2023.

Leonardo Rocha Lippert
Procurador Municipal
Matrícula nº 121.955
OAB/RS nº 105.067