

## CONVÊNIO DISSIMULADO E SUAS IMPLICAÇÕES PENAIIS

Pedro Durão <sup>1</sup>

É comum presenciarmos a utilização do instituto da cooperação administrativa para impedir os procedimentos licitatórios. Este fenômeno que consente uma verdadeira acrobacia jurídica para se impor a desobrigação de licitação pública, denominamos de convênio dissimulado.

Indubitável é a fuga da ideia de competição travada isonomicamente entre os possíveis licitantes, ferindo a exigência declinada à matéria, presente no art. 37, XXI, da Carta Magna, violando frontalmente o princípio da igualdade entre os licitantes. Sobretudo, a licitação visa garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública.

---

<sup>1</sup> **Pedro Durão** é Procurador do Estado/SE, lotado na Via Especializada em Atos, Licitações e Parcerias. Presidente da Associação de Procuradores do Estado de Sergipe (APESE). Especialista, Mestre e Doutorando em Direito. Coordenador do Curso de Direito (FANESE). Professor de Especializações em Direito e Cursos Jurídicos. Autor de diversos Livros e artigos jurídicos. Pesquisador e Conferencista.

Não obstante, certo de tal conceito, após estudos e observações, Fernando Santana chega a criticar a aplicabilidade efetiva do disposto em sua concepção, no particular, quando pontua ser o convênio um acordo de interesses paralelos e comuns, como ato formal dispensatório da licitação, ou um verdadeiro contrato, onde se observam interesses contrapostos, verificando que em muitas situações o que se vê são “*convênios ‘rotulados’ escondendo verdadeiros contratos*”.<sup>2</sup>

Nesse sentido, suspeitou-se que tal procedimento fosse utilizado para obstaculizar o procedimento licitatório, facilitando determinados serviços. Por efeito a regra licitatória coeva só afasta as formas de cooperação administrativa por não existirem convergentes e iguais.

A despeito de quem assim procede, utilizando o convênio dissimulado para maquiagem o verdadeiro contrato administrativo, sujeita-se às sanções previstas no diploma licitatório brasileiro, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal que o ato ensejar.

Ademais, evidenciando-se a prática de conduta criminal típica de alguém, à luz do delito e de sua pena cominada na Lei nº 8.666/93, para frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90),<sup>3</sup> dentre outras previstas, sujeitar-se-ão seus autores, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo pertinentes à improbidade administrativa.

A responsabilidade imposta pela Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública admite ao sujeito ativo do pseudo espectro convenial, a pena aplicável ao crime consumado, em regra, nas hipóteses penais já descritas, possibilitando concurso material de crimes quando o agente criminoso pratica múltiplas infrações penais, interligadas de algum modo, com o intento de proteger a moralidade administrativa, a retidão nas licitações e impedir o

---

<sup>2</sup> SANTANA, Fernando. *Convênios Administrativos: caracterização; figuras correlatas*. Revista PGE-BA, v. 4, p. 86 e 91, jul/79-jun/80.

<sup>3</sup> Lei 8.666/93. “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.”

alargamento das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade.<sup>4</sup>

Por outro lado, haveria a incidência de crime contra as finanças públicas do art.359-D, incluído no Código Penal Brasileiro, pela Lei nº10.028/2000, de qualquer agente público, na condição de ordenar despesa não autorizada por lei, impondo-se reclusão de um a quatro anos, em elemento normativo na tutela da legalidade e da lisura administrativa.

Ressalta-se que o Ministério Público Federal tem oferecido regularmente denúncia criminal em desfavor dos gestores municipais – Chefes do Executivo local – por aplicação de verba federal diversa da originalmente pactuada no ato convenial. Em assim agindo, os Prefeitos incorrem em desvio de recursos públicos e em enriquecimento ilícito, passivo de instauração de ação penal nas condutas inculpidas no Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967.<sup>5</sup>

Nesse panorama sancionador da malversação do dinheiro público, encontramos o Decreto-lei 201/67, em pleno vigor, para punir prefeitos, ou até mesmo vereadores, estes somente em co-autoria, que pratiquem crimes ali elencados, com penas de detenção de 3 meses a 3 anos. De maior frequência nos convênios, apontamos os seguintes preceitos previstos no art. 1º da citada norma:

- I – apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;
- II – utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;
- III – desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;
- IV – empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam;
- V – ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes;
- [...]
- XXII – ordenar ou autorizar a destinação de recursos provenientes da emissão de títulos

<sup>4</sup> GASPARINE, Diógenes. *Crimes na licitação*. São Paulo: NDJ, 1996. p. 35-37 e 99.

<sup>5</sup> A saber os alusivos preceitos do Decreto-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967: “art. 1º. São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos vereadores: I- Apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; [...] III- desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas; IV- empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com as normas financeiras.

para a finalidade diversa da prevista na lei que a autorizou;  
XXIII – realizar ou receber transferência voluntária em desacordo com limite ou condição estabelecida em lei.<sup>6</sup>

Sendo a figura típica corporificada, vedada aos agentes públicos, caberá ao poder judiciário processar e julgar os crimes dessa natureza, através de ação penal pública incondicionada, desde que apresentados os elementos objetivos do tipo penal, admissível a tentativa, descartando, por conseguinte, as meras especulações.<sup>7</sup>

Apesar de toda pretendida rigidez penal, corroborada com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), estas normas não se têm a pretensão de pôr fim a toda irregularidade, desvio e falta de compromisso com os administrados, no que concerne ao bom gerenciamento dos recursos públicos, porém há de esperar-se que os representantes do povo atuem com ética e probidade administrativa, no momento de equilibrar o orçamento público, levando em consideração que o erário deve ter sua finalidade social mantida sem quebra da continuidade; para tanto, é necessária uma equalização legal entre o que se arrecada e o que se gasta.

Por derradeiro, no Estado democrático de direito, não de ser invocados os princípios da eficiência, moralidade e legalidade, não se admitindo que os administradores públicos no exercício de suas atividades desviem-se do interesse público em prol de vantagens pessoais.

É bom frisar que não existe razão para tal preocupação se atendidos os requisitos mínimos conceituais dos convênios de cooperação e as normas alusivas à espécie.

---

<sup>6</sup> Comentando os tipos penais indicados, veja-se a obra de Waldo Fazzio Junior. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 216-220.

<sup>7</sup> DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios administrativos*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 137-138.

## Bibliografia

DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios administrativos*. Curitiba: Juruá, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Crimes na licitação*. São Paulo: NDJ, 1996.

SANTANA, Fernando. *Convênios Administrativos: caracterização; figuras correlatas*. IN: PGE-BA, v. 4, p. 86 e 91, jul/79-jun/80.