

Procedência: Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária e Abastecimento
Interessado: Município de Medina/MG
Número: 14.823
Data: 7 de fevereiro de 2008
Ementa:

CONVÊNIO Nº 12058/2006 CELEBRADO ENTRE A SEAPA E O MUNICÍPIO DE MEDINA PARA CONSTRUÇÃO DE ABATEDOURO MUNICIPAL – TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO DE MEDINA E A OSCIP BRASOL PARA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONVÊNIO – FORMA DE REPASSE DOS RECURSOS À EMPRESA VENCEDORA – OBRIGAÇÃO DE LICITAR PRESTAÇÃO DE CONTAS – ATENDIMENTO AO DECRETO Nº 43.635/2003 E A LEI 8.666/1993.

RELATÓRIO

A Assessoria Jurídica da SEAPA, por meio do Ofício nº 283/2007/ASJUR, solicita exame e emissão de parecer a respeito de questionamentos apresentados pelo Prefeito do Município de Medina/MG no que tange ao Convênio nº 1.2058/2006 firmado entre o referido município e o Estado de Minas Gerais, através da SEAPA – Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Termo de Parceria nº 059/2007 firmado entre o município e a OSCIP Brasol.

Notadamente, a consulta abrange as seguintes questões:

- *“Os recursos repassados pela SEAPA ao município de Medina, poderão ser repassados à OSCIP ou o município irá proceder os pagamentos da empresa vencedora?”*
- *“Quem terá obrigação de licitar?”*
- *“Como ficará a prestação de contas e o atendimento ao Decreto nº 43.635 principalmente em relação à conta bancária específica artigo 25?”*

Antes de adentrar a resposta, pontua-se a princípio, estar-se diante de dois institutos jurídicos diversos, o primeiro, um convênio firmado entre o Estado de Minas Gerais, por intermédio da SEAPA, e o Município de Medina/MG, tendo como objeto a construção de um abatedouro municipal. O segundo instrumento se trata de Termo de Parceria celebrado por sua vez, entre o referido município e a OSCIP Brasol Brasil Ação Solidária para a execução do objeto fim do convênio firmado.

A consulta inicialmente encaminhada foi devolvida à Assessoria Jurídica da SEAPA para manifestação prévia, bem como foi solicitada a remessa de documentação necessária para aferir a observância e o atendimento aos requisitos legais quando da feitura dos termos celebrados.

Devidamente instruído, retornou o expediente de consulta, com o parecer n. 04/2008 da Assessoria Jurídica da SEAPA entendendo que o Termo de Parceria firmado foi *“precedido de atos com vícios dos princípios que norteiam a Administração Pública”*, diante da ausência de procedimento licitatório para escolha da OSCIP, razão pela qual impedido estaria o repasse dos recursos financeiros à OSCIP, bem como a aceitação de futura prestação de contas por parte da citada organização.

Conforme o parecer, *“são inúmeras no âmbito estadual as organizações de direito privado sem fins lucrativos qualificadas como OSCIPs, motivando assim, no mínimo, a realização de um “concurso”, o que está previsto na Lei Federal n. 8.666/93 e na Lei Estadual n. 14.870/03”*. Passemos à análise.

PARECER

A Constituição da República proclama, no art. 22, XXVII, ser da União a competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação”.

A norma que rege as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública é aquela veiculada na Lei 8.666/93, que dispõe especificamente a respeito dos convênios em seu art. 116.

Paralelamente, os Estados detêm competência para suplementar a legislação federal no âmbito das normas gerais (art. 24, §§1º e 2º,CF).

E o Estado de Minas Gerais, dentro da sua competência para, com esteio na Constituição e no art. 116 da Lei 8.666/93, no específico

exercício da competência para suplementar as normas a respeito de contratações administrativas, editou norma interna para disciplinar o procedimento de ajustamento de seus convênios, qual seja, o Decreto Estadual 43.635, de 20.10.03.

E por essas simples ponderações já se percebe o norte das respostas, posto que sendo o convênio firmado entre o Estado e o Município, devem os convenientes, diante do princípio da legalidade, observar a norma geral (Lei 8.666/93) e a sua normatização a respeito do tema (Decreto Estadual 43.635/03).

No âmbito administrativo impera o princípio da legalidade, de forma que a Administração Pública não tem vontade própria, podendo agir apenas dentro dos limites legais, posto não haver liberdade para fugir das normas que regem os convênios, sendo que a lei ou o decreto devem ser aplicados rigorosamente.

E de fato, da leitura da primeira folha do convênio vê-se ali que as partes contratantes, *in casu*, o Estado de Minas Gerais, por intermédio da SEAPA, e o Município de Medina/MG, manifestam plena sujeição às normas da Lei Federal 8.666/93 e ao Decreto 43.635/03.

Na hipótese de o município não executar diretamente a obra, preferindo fazê-lo através da contratação de terceiros, como no caso em particular, é imperiosa a realização de prévio procedimento licitatório, em obediência à legislação federal e estadual pertinentes.

Sendo compulsória a instauração de processo seletivo para a escolha da OSCIP que firmará termo de parceria com o Município, como prevê o art. 12 da Lei Estadual nº 14.870/2003, solicitou-se o envio de informação acerca da existência de competição entre OSCIP's interessadas em celebrar o citado Termo de Parceria, ou mesmo a comprovação de ter havido procedimento seletivo.

Foi requerida ainda a comprovação de atendimento ao §3º do art. 8º da Lei 43.749/2004, bem como o § 9º e 10 do art. 8º do Decreto nº 43.818/2004, que tratam da obrigação de se apresentar minuta do Termo de Parceria à Câmara de Coordenação-Geral, Planejamento, Gestão e Finanças – CCGPGF, para análise e aprovação, sendo a manifestação favorável condição para a celebração.

Também foi solicitada para análise de atendimento aos requisitos previstos no art. 13 da Lei 14.870/2003, o Programa de Trabalho apresentado pela OSCIP para execução do projeto (construção de abatedouro).

Da documentação encaminhada, não se vislumbrou o cumprimento dos requisitos impostos pela legislação aplicável.

Também não restou comprovado o necessário concurso para a escolha da OSCIP Brasol quando da celebração do Termo de Parceria com o Município de Medina/MG, uma vez que a realização de licitação é regra geral para as contratações no âmbito da Administração Pública (art. 37, XXI, CF, e art 2º da Lei 8.666/93).

Marçal Justen Filho, em seu “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 10ª ed., Dialética, São Paulo, 2004, p. 32 afirma:

“É obrigatória a adoção de procedimento licitatório para realização tanto do contrato de gestão como do termo de parceria. Não é facultado à Administração escolher, sem prévio procedimento licitatório, uma determinada organização da sociedade civil para realizar um ‘termo de parceria’ e, a partir daí, atribuir-lhe recursos para contratações as mais diversas não subordinadas a licitação. Isso seria a porta aberta para a fraude e a destruição da regra constitucional da obrigatoriedade da licitação. Bastaria a própria Administração produzir o nascimento de uma ‘organização’, submetida a seu estrito controle, e dela se valer para realizar todo o tipo de contratação sem prévia licitação.

“Ou seja, as ‘organizações’ civis ou sociais não podem ser transformadas nas novas ‘fundações de direito público’ – figuras a que o Estado ocorreu largamente no passado como intuito de escapar ao regime licitatório.”

Necessária a realização de licitação em que seja possível aferir a qualificação técnica, econômica e financeira da entidade, com a análise de aspectos pertinentes à experiência, credibilidade e capacidade técnica mínima exigível à consecução do termo de parceria. É preciso verificar a existência de patrimônio prévio e de capital inicial mínimo, que poderiam ser oriundos até mesmo de doações, o que garantiria um maior grau autonomia da entidade e evitaria a administração de patrimônio, bens e servidores públicos por pessoas jurídicas constituídas basicamente de atividade pessoal, sem qualquer segurança para o Poder Público.

Destarte, decorre da própria Constituição da República o dever de a Administração Pública licitar para eleger a Organização cuja atividade fomentará. O inciso XXI do artigo 37 da Constituição submete a Administração Direta dos três níveis federativos ao dever de licitar antes das contratações públicas. Até mesmo o princípio da impessoalidade consagrado no *caput* do artigo 37 da Carta Magna impede ao Município contratar sem prévio procedimento licitatório.

Certo é que os próprios princípios da isonomia, impessoalidade e economicidade previstos na Constituição (artigos 5º, 37 e 70) impedem que se entenda autorizada a contratação direta, ao que se acrescentam as regras dos artigos 22, XXVII e 37, XXI da CR. Além disto, o princípio da indisponibilidade do Poder Público afasta a licitude da contratação, sem que sejam aferidas, previamente, as condições da pessoa privada de cumprir as obrigações que lhe serão impostas especificamente no contrato, ausente o cotejamento de propostas diversas que viabiliza a escolha da melhor opção para o Estado.

Celso Antônio Bandeira de Mello assevera a propósito de contratos de gestão travados com as Organizações Sociais, aplicando-se por analogia às OSCIPS:

“Seriam, pois, em princípio, pura e simplesmente ‘contratos administrativos’, figura jurídica perfeitamente conhecida. Deveras, aqui nada mais haveria senão – como é corrente no Direito Administrativo – um relacionamento de natureza contratual entre o Poder Público e um outro sujeito encartado no universo privado.

*Todo questionamento que possa caber – e cabe, diga-se, desde já – não diz respeito à viabilidade de um contrato entre Estado e um terceiro, mas a alguma particularidade de disciplina que se lhe queira outorgar. No caso, o tema se propõe porque a lei disciplinadora das ‘organizações sociais’ pretendeu, inconstitucionalmente, permitir que travem contratos administrativos com o Poder Público sem licitação e sem qualquer cautela, mesmo a mais elementar, resguardadora dos princípios constitucionais da impessoalidade (prestante para garantir o princípio da moralidade) garantidora dos interesses públicos”.*¹

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 218.

Outrossim, nenhuma razão juridicamente válida existe capaz de justificar que se afaste a obrigatoriedade de licitar, em se tratando de termos de parceria firmados pelo Estado com OSCIPS. Mostra-se pertinente, mais uma vez, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello ao registrar sua estranheza com o fato de, para travar com o Poder Público relações contratuais singelas (como um contrato de prestação de serviços ou de execução de obras), o pretendente é obrigado a minuciosas demonstrações de aptidão e, inversamente, não se faz exigência de capital mínimo nem demonstração de qualquer suficiência técnica para que um interessado receba bens públicos, móveis ou imóveis, verbas públicas e servidores públicos custeados pelo Estado.

“Há nisto uma inconstitucionalidade manifesta, pois se trata de postergar o princípio constitucional da licitação (art. 37, XXI) e, pois, o princípio constitucional da isonomia (art. 5º), do qual a licitação é simples manifestação punctual, conquanto abrangente também de outro propósito (a busca do melhor negócio).

Não se imagine que pelo fato de o art. 37, XXI mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para arredar tal dever sempre que lhe apraza. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional; não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia.”²

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 222. Conclui-se, por conseguinte, que a Lei Federal nº 9.637, ao afastar licitação prévia ao contrato de gestão, negou vigência à Constituição em vigor, em especial aos princípios republicano, da isonomia e da impessoalidade, sendo nesse sentido o entendimento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que, no bojo da inicial da ADI nº 1.943-1, aduziu: A permissão, ante a ausência de exigência legal, de que sejam pactuados contratos de gestão sem licitação, violenta o princípio da igualdade, e ainda o princípio da obrigatoriedade de licitação (art. 37, XXI), trazendo assim a exigência de declaração de inconstitucionalidade dos três dispositivos referidos (arts. 5º, 6º e 7º, com seus parágrafos e incisos) que tratam do inusitado ajuste.

Em se tratando de Estados e Municípios, a situação agrava-se, uma vez que eles não detêm competência para legislar sobre matéria licitatória, que deve ser insculpida em norma geral, por força do artigo 22, XXVII da Constituição da República. Atentando para o fato de que estabelecer exceções à regra constitucional da licitação obrigatória consubstancia matéria enquadrável no conceito de norma geral, é inadmissível que legislações estaduais e municipais agasalhem a possibilidade de celebrar termos de parceria com entidades privadas, sem a realização de prévio certame seletivo.

Nem mesmo a circunstância de não existirem várias entidades associativas ou fundacionais privadas interessadas em firmar contratos de gestão, em alguns casos, consubstancia fato capaz de justificar a exclusão do dever de licitar. Afinal, se na licitação não restar mais de uma entidade interessada em atuar complementarmente ao Estado, o contrato será firmado com aquela que, demonstrando atender os requisitos exigidos pela Administração, remanescer no certame. Não se pode olvidar da hipótese de licitação deserta, prevista no artigo 24, V da Lei Federal nº 8.666/93.

Assim, o rigor e o cuidado se impõem.

Por isso, os procedimentos da Lei 8.666/93 tendem a escoimar a contratação direta dos riscos de lesão aos princípios da licitação, assim a legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade. Visam escolher um contratante qualificado e uma proposta conveniente para o ente público.

Diante disso, não procedida à licitação, contestada a validade do Termo de Parceria firmado, e conseqüentemente as obrigações e deveres dele provenientes.

E mesmo em hipótese diversa, ou seja, se fosse legal o Termo de Parceria firmado, deve se ater o município de Medina ao aludido Decreto Estadual 43.635/2003, posto que o convênio foi formalizado com observância ao artigo 25, ou seja: *“Os recursos serão mantidos em conta bancária específica e vinculada, em nome do convenente, somente sendo permitidos saques para o pagamento de despesas previstas no plano de trabalho, mediante ordem de pagamento ou cheque nominativo ao credor, assinados em conjunto por dois dirigentes do convenente ou para aplicação, no mercado financeiro”*.

A justificativa para essa exigência é extraída da Lei Federal 8.666/93, em seu artigo 116, §§ 4º a 6º, sendo clara a necessidade de se

atender à norma legal, depositando-se as parcelas em conta específica, podendo assim garantir melhor controle das entradas e saídas da conta do conveniente, não confundindo o recurso proveniente do repasse com outros. Assim, resta inclusive facilitado o controle do uso dos recursos objeto do convênio, e conseqüentemente, ajuda na futura prestação de contas, que será abordada adiante.

Portanto, tendo o convênio por objeto a transferência de recursos, e estando tais recursos vinculados ao cumprimento do objetivo do convênio, têm eles, obrigatoriamente de ser depositados e mantidos em conta remunerada (conta específica), nos termos da legislação, inclusive, frise-se, para facilitar a prestação de contas (cláusula oitava) e a fiscalização do cumprimento dos objetivos do ajuste (cláusula quinta, item I).

E a dúvida não tem razão de ser, posto que a cláusula sexta (Da Movimentação dos Recursos) do convênio firmado, já dispôs que “*os recursos referentes ao presente convênio serão mantidos exclusivamente na conta nº 19-7, operação nº 006, Agência 1740, na Caixa Econômica Federal, no município de Medina, sendo somente permitidos saques para o pagamento de despesas previstas no PLANO DE TRABALHO, mediante ordem de pagamento ou cheque nominativo ao credor, assinado em conjunto por dois representantes do Município.*”

É, pois, obrigatório, no convênio firmado entre o Estado de Minas Gerais e o Município de Medina/MG, o cumprimento do art. 25, do Decreto Estadual 43.635/03, que exige a movimentação dos recursos gerados no âmbito do convênio ou da exploração do bem objeto do convênio em conta bancária própria, específica e exclusiva para os fins do convênio. Obrigação esta, ressalte-se, já estabelecida no caso concreto com aparente aceitação e obediência do conveniente.

Dito isto, a previsão de repasse na Cláusula Quarta do Termo de Parceria celebrado conflita diretamente com o disposto no instrumento de convênio firmado, não se podendo admitir que os recursos sejam “*repassados a Brasil Ação Solidária em parcela única, através de depósito em Conta Bancária Específica em nome da Brasol, aberta no Banco do Brasil ou Caixa Econômica Federal*”, tal como descrito na aludida cláusula quarta (Dos Recursos Financeiros).

Cabe ainda elucidar que, embora haja a previsão no convênio celebrado entre a SEAPA e o Município de Medina, de execução através de terceiros dos serviços e obras da construção do abatedouro, cláusula segunda, item II, letra “e”, é cristalino que tal contratação não redunde na inobservância do

pactuado no convênio, sob pena de agir ao arrepio do preceituado no Decreto Estadual 43.635/2003.

Noutras palavras, para a contratação indireta deve a municipalidade observar as normas da legislação federal e estadual pertinentes à espécie, notadamente no que se refere aos processos licitatórios e atendimento ao Decreto 43.635/2003, abertura e **manutenção** dos recursos em **conta própria**.

Por outro vértice, com relação ao questionamento acerca da prestação de contas, a se prevalecer os dois instrumentos celebrados, convênio e termo de parceria, necessário se faz a prestação de contas distintas, uma delas relativa ao convênio entre o Estado e o Município de Medina, nos termos do art. 27 do Decreto Estadual 43.635/03e a outra prestação de contas deverá ser relativa ao Termo de parceria firmado entre o município e a OSCIP, nos termos do Decreto Estadual nº 43.749/04 que trata das referidas organizações.

No entanto, sendo coincidente o objeto de ambos instrumentos celebrados, - termo de parceria e convênio para a construção de matadouro municipal - , entende-se que a prestação de contas a ser apresentada pela OSCIP possa ser aceita e aproveitada pelo Município de Medina para fins de prestação de contas do próprio município, **desde que adequada aos requisitos exigidos no art. 25 do Decreto nº 43.635/2003**.

Tal entendimento está em estrita consonância com as normas legais, ressalvando que em hipóteses fáticas, como a presente, a realização de procedimentos revestidos de formalidade, visam a possibilitar o efetivo controle dos recursos transferidos através do convênio, fazendo com que as relações pactuadas sejam transparentes, possibilitando, assim, seja alcançado o interesse público.

CONCLUSÃO

Entende-se que o Termo de Parceria apresenta a natureza de contrato administrativo, o que obriga o município, no momento de firmá-lo com entidades privadas, a observar as normas gerais incidentes por força dos artigos 22, XXVII e 37, XXI da Constituição da República. Isto porque, a despeito de haver o interesse comum na cooperação, é certo que o Poder Público busca o atingimento dos resultados e a entidade privada pretende usufruir dos incentivos viabilizados pelo Estado, sejam os mesmos de natureza econômica, pessoa, financeira ou patrimonial. A oposição dos objetivos perseguidos pelas partes evidencia a natureza

contratual do vínculo, o que torna clara a necessidade de se realizar procedimento licitatório.

Por isso, o Termo de Parceria firmado não pode ser aceito diante da ausência de comprovação do necessário concurso para escolha da OSCIP a ser contratada, fato que por si só, encerraria a consulta formulada.

Apenas para não deixar de responder aos questionamentos formulados, e na hipótese de validade do Termo de Parceria conclui-se que:

-os recursos repassados pela SEAPA ao município de Medina, nos termos do convênio firmado, deverão ser mantidos em conta específica em cumprimento da norma do art. 25, do Decreto Estadual 43.635/03, que exige a manutenção em conta bancária específica e vinculada, em nome do convenente, somente sendo permitidos saques para o pagamento de despesas previstas no plano de trabalho, mediante ordem de pagamento ou cheque nominativo ao credor, assinados em conjunto por dois dirigentes do convenente ou para aplicação, no mercado financeiro. Assim, o município deverá repassar, na forma legal, os recursos à empresa vencedora.

-com relação à obrigação de licitar, têm-se que as normas gerais de licitação e contratos editadas pela União com fulcro no artigo 22, XXVII da CR vinculam a Administração Direta e Indireta de todos os níveis da federação, consoante determina o artigo 37, XXI da Constituição, sem estendê-las às entidades do Terceiro Setor.

- o Município pode se valer da prestação de contas a ser apresentada pela OSCIP ao fim do cumprimento do Termo de Parceria celebrado, desde que seja devidamente adequado e apresentado em prestação própria, atendo-se estritamente aos requisitos exigidos nos artigos 26 e seguintes do Capítulo VIII, 'da Prestação de Contas' do Decreto nº 43.635/2003 que rege o convênio celebrado.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 25 de janeiro de 2008

Ana Paula Muggler Rodarte
Procuradora do Estado
Masp 598204.6 - OAB/MG 68.212

