



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE SANT'ANA DO LIVRAMENTO
“Palácio Moisés Viana”
Unidade Central de Controle Interno

PARECER Nº 065/2005

ORIGEM: Secretaria da Administração

ASSUNTO: Parecer

FINALIDADE: Análise e parecer sobre possibilidade de convênio para desconto em folha de servidores

No cumprimento das atribuições estabelecidas nos Arts. 70 e 76 da Constituição Estadual, na Lei 4.242 de 27 de setembro de 2001, e demais normas que regulam as atribuições do Sistema de Controle Interno, referentes ao exercício do controle prévio e concomitante dos atos de gestão, e visando a orientar o Administrador Público, expedimos a seguir nossas considerações:

Vem a parecer da UCCI, na área jurídica, solicitação para “*manifestação quanto à minuta do Convênio a ser firmado com o G., para desconto em folha dos servidores desta municipalidade*”. A consulta é solicitada, em caráter genérico, pois não pede qualquer esclarecimento pontual. Visa orientar, o Exmo. Sr. Prefeito, quanto aos aspectos que podem vir a afetar a Administração, motivo pelo qual esta UCCI expedirá considerações tanto no que tange ao caráter legal, como na oportunidade e conveniência da assinatura do respectivo instrumento.

LEGISLAÇÃO:

Lei Orgânica Municipal:

*“Art. 73. É de competência exclusiva da Câmara Municipal:
(...)
V – autorizar convênios e contratos do interesse municipal
(...)”*

Lei de Licitações – Art. 116

DO MÉRITO:

Antes de mais nada, é preciso que se ressalte algumas diferenças conceituais, para

que não se incorra em grave equívoco na escolha dos instrumentos a serem utilizados pela Administração Municipal. É imprescindível destacar que os institutos do Convênio e do Contrato Administrativos não se confundem. Saliente-se que existem preceitos legais importantes, como a motivação dos atos administrativos, a força vinculante dos contratos e da licitação, o princípio da legalidade e, **principalmente, o interesse público** que preservam uma posição contratual equilibrada, dos quais a Administração na pode se furtar.

Diante dessa gama de regras diferenciadas, a observação legal dos contratos administrativos, assim como das cláusulas e termos dos instrumentos a serem celebrados com a Administração Pública, pode e deve se revelar crucial para a correta execução e gerenciamento do contrato ou convênio, conforme os interesses postos em jogo.

Conforme a feliz colocação da doutrina vigente, o *“acompanhamento legal periódico da execução contratual possibilita ao particular um “retrato” de sua situação no contrato, diagnosticando as eventuais falhas para que as partes possam proceder às revisões contratuais destinadas a salvaguardar o contrato”*.

As negociações com a Administração Pública, sejam elas preventivas ou corretivas, podem se demonstrar um terreno árido, quando contratando com o particular, em desatenção às normas e princípios administrativos, razão pela qual é imprescindível que se atente, tanto para o momento da confecção do instrumento a ser utilizado, como para o acompanhamento legal durante a fase de execução contratual a qual poderá ser decisiva no momento de fazer cumprir o que está avençado pelas partes no contrato, ou pelos interessados no convênio. Isto porque o contrato administrativo, além das peculiaridades mencionadas, recebe uma forte influência das políticas contratuais adotadas por cada órgão público que contrata.

Sem dúvida alguma existe uma forma própria de gestão de um contrato público, tais como a elaboração dentro das formalidades legais, cumprimento de determinações, observância de cláusulas extravagantes, cuja observância deverá ser fiscalizada por esta UCCI, com o fito de esclarecer e orientar o Gestor na forma de assessoria especializada. Para tanto, faz-se necessário a observância dos preceitos norteadores dos respectivos institutos, o que fica cristalino diante do ensinamento do insigne mestre de Direito Administrativo Hel Lopes Meireles:

“... Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes.

***Convênio é acordo, mas não é contrato.** No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no contrato há sempre duas partes, uma que pretende o objeto do ajuste, outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço ou a vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos.*

Diante dessa igualdade jurídica de todos os signatários do convênio e da ausência de vinculação contratual entre eles, qualquer partícipe pode denunciá-lo e retirar sua cooperação quando o desejar; só ficando responsável pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participou voluntariamente do acordo. A liberdade de ingresso e retirada dos partícipes do convênio é traço característico dessa cooperação associativa, e, por isso mesmo,

não admite cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes. Nossas Administrações, entretanto, têm confundido, em muitos casos, o convênio com o contrato administrativo, realizando este em lugar e com a denominação daquele, o que dificulta sua interpretação e execução.

Os convênios, entre nós, não adquirem personalidade jurídica, permanecendo como simples aquiescência dos partícipes para a persecução de objetivos comuns, o que nos leva a considera-los, tão somente, uma cooperação associativa, livre de vínculos contratuais.”

Portanto, não poderia estar mais clara, a lição do Mestre, supracitado. Não importa o nome que se tenha dado ao instrumento, o fato é que diante das cláusulas existentes no documento sob análise, percebe-se claramente maquiado com a denominação de “convênio” o que, na verdade, é um contrato, no qual a Administração aparece como “intermediária entre o G e SEUS ASSOCIADOS”, revestindo a qualidade de “fiadora” do servidor em contrato que pode ser celebrado diretamente entre a entidade e o contratante.

É cristalina a existência de cláusulas que obrigam o dito “conveniado” a assumir responsabilidades que não apresentam, nem de longe, qualquer interesse público, ao contrário, trata-se de responsabilização por parte do “conveniado” em caso de “eventuais inadimplências decorrentes de qualquer impossibilidade de efetivação dos descontos em folha de pagamento”.

Ora, sabe-se que a gama de situações que podem dar causa a impedimentos de descontos em folha de pagamento é inumerável, desde uma determinação Judiciária até a própria vontade do servidor, que pode não desejar mais ter seus descontos feitos, diretamente na folha.

De outra forma, fica claro, para esta UCCI, s.m.j., tratar-se de um “contrato administrativo”, pois, na cláusula décima, está estampado: “**REMUNERAÇÃO DO ÓRGÃO CONVENIADO**”, onde está estabelecida a forma como o *conveniado* será remunerado por sua *intermediação*.

O registro é indispensável, haja vista que sobre os contratos administrativos, especialmente no que se refere à integração planejamento-orçamento, às licitações públicas, aos convênios, freqüentemente, esta UCCI, se ampara sobre o texto legal das Leis n.ºs 4.320/64 e 8.666/93, ou com base em fundamentação jurídico-doutrinária para favorecer a compreensão daqueles que se deparam cotidianamente com o assunto nos órgãos sistêmicos da Administração Pública, nas comissões de licitação, nos setores de compras, na gestão de contratos, nas áreas de planejamento e de formulação de políticas públicas, motivos que levam constantemente a apontamentos em auditorias regulares, realizadas pela Unidade de Controle Interno e Externo do TCE.

Nesse sentido, este Órgão Central de Controle, incumbido de orientar e fiscalizar os atos administrativos, atribuições estas indissociáveis que são, diante das funções da UCCI e, segundo entendimento do Tribunal de Contas do Estado, como fator preponderante, deve ser observado com a máxima atenção o interesse em jogo, na medida em que se procura descortinar, ao Exmo. Sr. Prefeito, os riscos de uma futura despesa pública, onde a Administração aparece como “fiadora” diante de contratos particulares de servidores municipais com a entidade, livres de qualquer interesse maior, qual seja, o interesse público.

Nesse momento é importante que se repise o fato de que os convênios e consórcios administrativos são instrumentos que permitem a uma determinada pessoa jurídica de direito público, conjugar esforços com outros entes, **com vistas à realização de um determinado**

objetivo que diz com o interesse público, o que não é o caso. Os convênios são os instrumentos jurídicos que permitem com que o Município aliando-se a outros, ou com entidades privadas realizem esforços conjuntos na realização do interesse público. Tanto nas áreas que a Constituição indicou a competência concorrente de todos ou de dois dos entes públicos, quanto naquelas em que, embora a norma de competência indique um ente como responsável, **a realização material da finalidade pública diz com o interesse geral**.

Os atos administrativos são amostras de comportamento que traduzem a consciência social de um povo e de um anseio e devem se harmonizar com as realidades que se apresentam, para não se apartar da vontade da maioria, vez que denotam o interesse geral da comunidade. No instrumento sob análise, o qual visa beneficiar algumas pessoas dentro de uma classe, nos leva ao entendimento de que, s.m.j., no contexto atual, seria mais apropriado que o referido “*Convênio*” fosse celebrado com o órgão de classe, ou seja, o Sindicato dos Servidores Municipais.

Cabe ainda a esta Unidade de Controle trazer a baila o importante aspecto relacionado à necessidade de observância da Lei 8.666/93, pois parece residir aí a preocupação do Exmo. Sr. Prefeito, quando de sua consulta. **É indiscutível a necessidade de observância do processo de licitação para escolha da entidade a ser conveniada** com o Município, haja vista a impossibilidade do administrador usar de valores subjetivos para a escolha da parceira, o que, **dentro dos princípios da Administração Pública, é ilegal**.

A licitação é, em regra, obrigatória para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, assim o estabelece o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, “*in verbis*”:

“Art. 37 (...):

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”.

Sua finalidade básica é coibir o mau uso da máquina administrativa, dificultando favorecimentos pessoais e abrindo para todos os interessados a possibilidade de contratar com a Administração Pública.

Na lição da ilustre professora Maria Zanella DI PIETRO, em sua obra DIREITO ADMINISTRATIVO, 1991, p. 227:

“A licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato”.

Assim, conforme já foi referido em vários Pareceres desta UCCI, a finalidade precípua da licitação é abrir a todos os interessados a oportunidade de contratar com o poder público. Por oportuno, ressalta-se que a proposta mais conveniente, referida pela autora da citação, não diz respeito ao administrador. **A proposta deverá ser escolhida de acordo com o interesse coletivo**, ou seja, aquela que proporcionará melhores condições contratuais em prol da Administração Pública. Nesta mesma linha de raciocínio, **é inaceitável dispensar a licitação quando se tratar da formação convênios**, “*principalmente, quando se tratam de contratos.*”

Com efeito, esta é outra das finalidades da licitação, como já foi repisado, dificultar fraudes por parte da administração na escolha da entidade a ser contratada. Em suma, **a licitação é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público** e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha da contratante (cf. DI PIETRO, 1991, p. 230).

No mesmo sentido, preconiza a doutrina quando ressalta que:

“... ora, criada a norma (Lei n.º 8.666/93) e o instituto (licitação) para disciplinar as relações do poder público, com o nítido objetivo de coibir a arbitrariedade do administrador na escolha das empresas com que irá contratar, não se explica (como argüido por alguns) o fato de o convênio abrir uma exceção, proporcionando ao administrador a faculdade de, às suas próprias razões e vontades, contratar com quem desejar; em detrimento dos direitos de participação dos demais administrados nas relações do poder público, com visível violação do princípio da impessoalidade, o qual rege a Administração Pública de um modo geral.

Exatamente como argüido pela professora ODETE MEDAUAR, é perfeitamente admissível o posicionamento de que a licitação para os convênios somente poderá ser dispensada, dispensável ou inexigível, nos casos legalmente previstos, ou seja, conforme estabelecido pela Lei 8.666/93.

Da forma que prevê o artigo 17 da Lei 8.666/93, nos seus incisos I e II, a licitação está dispensada:

"Com relação a imóveis: nos casos de doação em pagamento; investidura; venda ou doação a outro órgão público; alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de habitações de interesse social. Com relação a móveis: nos casos de doação, permuta, venda de ações e títulos, venda de bens produzidos ou comercializados por órgão ou entidades da Administração e venda de materiais e equipamentos insersíveis, atendidos os requisitos e condições previstas nas alíneas do inciso II do citado artigo 17. A doação com encargo, salvo no caso de interesse público, é passível de licitação (art. 17, § 4º)" (Helly Lopes Meirelles, 2002, p. 266)."

CONCLUSÃO:

Diante do objeto de estudo aqui apresentado, infere-se que a matéria é bastante delicada tanto em doutrina quanto em jurisprudência, vez que lida com demasiados conceitos do sistema jurídico, tais como do Direito Constitucional, Orçamentário, Administrativo e a própria Lei de Licitações.

Em vista das controvérsias existentes a respeito da matéria, após realizado estudo mais aprofundado e por demais minucioso, entende esta UCCI que o presente parecer, apesar de conciso sobre os principais aspectos relevantes da matéria, s.m.j, atentou para a observância dos princípios administrativos, onde se deve observar que, apesar de levar o nome de *Convênio*, trata-se de um contrato, ou, ainda que fosse um *convênio*, não estando elencado nos incisos que dispensam a licitação, previstos na Lei 8.666/93, deverá se submeter ao devido processo licitatório.

Por derradeiro, a própria lei, no seu artigo 116, refere que:

"... aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração".

Mesmo que o instrumento sob análise seja visto sob o prisma de “convênio”, de acordo com o entendimento supra, embora ambos, convênio e contrato, sejam um acordo de vontades, no contrato exige-se obrigações recíprocas, enquanto no convênio não; no contrato há interesses opostos, enquanto que no convênio há interesses convergentes; no contrato uma parte pretende o objeto, a outra o preço, e no convênio visam ambas as entidades ao mesmo fim, qual seja, **o bem público**. Conclui-se, portanto, que, se a lei não permite dispensar a licitação para formação de convênios, e estes são submissos às disposições da Lei, a licitação é requisito

indispensável para este instituto.

Ainda: para que não reste dúvidas, quanto à análise prestada, é imprescindível que se registre que, para existência de uma licitação é requisito que a Administração demonstre necessidade do serviço e que este serviço seja de interesse público, sem o qual será considerado sem finalidade e ilegal.

Face ao exposto, em atendimento a presente consulta, s.m.j., somos do parecer que a Administração deve manter-se dentro dos ditames constitucionais e dos princípios de direito, bem como ao disposto na Legislação Municipal, abstendo-se de, no caso sob análise, efetivar a contratação com a entidade proponente, tendo em vista que:

- trata-se de Contrato Administrativo;
- por ser passível de apontamento em Auditoria Regular pelo TCE, no que tange ao descumprimento da Lei de Licitações;
- e, finalmente, por atentar contra a exigibilidade de interesse público.

É o parecer.

S. Livramento, 22 de março de 2005.

Teddi Willian Ferreira Vieira – **OAB/RS 54.868**

Tec.de Controle Interno. - UCCI