

PROC. 3168/2010



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS

REPRESENTAÇÃO Nº 51 /2010-MP-EFCLP

3168/2010

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, por intermédio de seus procuradores signatários, no desempenho de sua missão institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático, a guarda da Lei e a fiscalização de sua execução, no uso de suas atribuições constitucionais e legais e com base no disposto nos artigos 54, I e 288 da Resolução nº 04/2002-TCE/AM e tendo em vista a competência positivada no artigo 54, III, VIII e IX da Constituição Amazonense, vem perante Vossa Excelência oferecer a presente **REPRESENTAÇÃO** para apurar possíveis ilegalidades na contratação do Instituto de Preservação Ambiental Social, Desportiva Ecológico do Amazonas – IPASDEAM, pelos Termos de Parceria nº 03/2009, 04/2009 e 02/2010.

Com fundamentos nos artigos 93 c/c 88 da Constituição Estadual, no parágrafo único do art. 116 da Lei 2.423/96 e no art. 55 do Regimento Interno, este *Parquet* de Contas requisitou ao Ilustríssimo Secretário Executivo da Secretaria de Estado da Juventude, Desporto e Lazer - SEJEL, Sr. José Raimundo Siqueira, documentos acerca dos ajustes supracitados, destacando-se notícia dos mesmos em publicação do Diário Oficial do Estado de 29 de abril de 2010.

Em resposta, mediante Ofício nº 570/2010-GS EXEC. ADJ/SEJEL, encaminhou-se documentação relativa aos ajustes questionados, além de justificativa



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

quanto à escolha da instituição privada, indicando ter sido o IPASDEAM escolhido em detrimento das demais entidades cadastradas na secretaria em virtude dos relevantes serviços prestados pelo instituto ao Governo do Estado do Amazonas.

A parceria, para Maria Silvia Zanella Di Pietro¹, designa “todas as formas de sociedade que, sem formar nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para satisfação de interesses públicos (...)”.

Vê-se, desse conceito, servir a parceria entre o Poder Público e entidades privadas a diversos objetivos, sempre voltados ao desenvolvimento de atividades com algum coeficiente de interesse geral; e, na medida em que essa parceria envolve o repasse de recursos públicos, revela-se imperioso o controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas.

O primeiro traço de controle da Administração Pública é a eleição de critérios objetivos para a escolha da entidade privada; daí ser indispensável proceder à celebração de termo de parceria do chamamento ao público, para, mediante concurso, selecionar projetos de interesse social sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza, em homenagem aos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, todos com assento no art. 37, da Constituição Brasileira.

Portanto, por se tratar de parcerias que repassam ao todo o montante equivalente a R\$ 5.446.429,00 (cinco milhões, quatrocentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e vinte e nove reais), merecem ter celebração e execução investigados.

¹ Parcerias na Administração Pública. Concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª Ed. Atlas: São Paulo. 2006. p. 40.



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Examinando o termo formalizado, constatou-se como principal irregularidade a contratação do Instituto IPASDEAM, sendo os termos não resultantes de licitação.

Considerando-se o montante repassado, a seleção de instituição privada para firmar termo de parceria deve dar-se por meio da modalidade de concorrência, prevista no art. 22, § 1º da Lei nº 8.666/93, por ser a mais adequada dentre as previstas em lei, possibilitando a participação de quaisquer interessados que, na fase de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação, e que atendam os demais requisitos previstos objetivamente no edital de licitação.

O ilustre autor Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12ª ed., p. 38, afirmando a necessidade de procedimento licitatório, assevera:

É obrigatória a adoção de procedimento licitatório para realização tanto do contrato de gestão como do termo de parceria. Não é facultativo 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 à 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. (grifou-se)

Sendo assim, torna-se necessário realizar procedimento licitatório para a escolha da entidade parceira.



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

No Amazonas, a Lei nº 3.017, de 21/12/2005, além de fixar os requisitos para a qualificação de entidades privadas como OSCIPs, disciplina o procedimento de formalização e de execução dos termos de parceria, tendo o art. 9º instituído o termo de parceria, conforme se verifica a seguir:

Lei nº 3.017, de 21/12/2005

Art. 9.º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o **instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público**, destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público, previstas no art. 3.º desta Lei. (grifou-se)

Sendo assim, para a formalização de termo de parceria, deve-se demonstrar a qualificação da entidade privada sem fins lucrativos como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

Insta salientar que o art. 6º confere à Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos a atribuição de avaliar a requisição da entidade privada sem fins lucrativos interessada em obter a qualificação instituída pela mencionada Lei, procedendo-se à verificação objetiva dos requisitos exigidos para o deferimento de tal qualificação, conforme se vê abaixo:

Lei nº 3.017, de 21/12/2005

Art. 6.º Recebido o requerimento previsto no artigo anterior, **a Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos decidirá**, no prazo de trinta dias, **deferindo ou não o pedido**. (grifou-se)



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Dessa forma, há que se questionar a razão pela qual se firmou termo de parceria com entidade que, conforme documentação apresentada, não possui a qualificação exigida pela legislação específica instituidora do instrumento firmado, contrariando o mandamento legal.

Acrescente-se que, não sendo a entidade recebedora dos recursos qualificada como OSCIP, o instrumento firmado pode ser formalizado por meio de convênio, atendendo-se aos ditames legalmente estabelecidos para sua formalização

Há que se indagar, ainda, o motivo pelo qual existe previsão de taxa de administração nos termos de parceria e respectivos aditivos, uma contraprestação, obrigação financeira para o órgão repassador dos recursos, dado a entidade não possuir finalidade lucrativa.

Ora, convênio não é contrato, somente se aplicando a ele as regras gerais deste, no que couber, segundo disposição do artigo 116 da Lei nº 8.666/93.

O convênio é considerado como simples cooperação associativa, com o objetivo de realização de interesses comuns entre os convenientes. O contrato, em contrapartida, caracteriza-se pelos interesses opostos e diversos.

O mestre Hely Lopes Meirelles, em seu livro de *Direito Administrativo Brasileiro* (20ª edição, 1995, p. 354), demonstra de forma precisa essa distinção, aduzindo que “no contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço, etc), a outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões.”



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Ademais, observa-se que o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666/93 dispõe que para os fins da Lei de Licitação contrato é 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.

Os contratos exigem, via de regra, a realização de procedimento licitatório prévio, consoante impõe o art. 2º da Lei nº 8.666/93. Já os convênios, por envolverem mútua cooperação, prescindem de procedimento licitatório, visto que a competição, nessa situação, torna-se inviável.

Convênio é, dessa forma, todo ajuste celebrado entre entidades da Administração Pública ou entre essas e organizações particulares, tendo por objeto a realização de interesses comuns. É, portanto, uma associação cooperativa, em que as partes, ou melhor, partícipes se unem para a consecução de um fim comum.

Como se vê, no convênio não há que se falar em **prestação** ou **contraprestação**, mas em união de esforços. A obtenção, por uma das partes, de vantagem que exceda o limite do interesse na execução do objeto desconfigura o convênio. Nesse caso, será hipótese de contrato, devendo ser precedido de licitação, salvo se for caso de dispensa ou inexigibilidade, nos termos da Lei nº 8.666/93.

A obtenção de vantagem econômica, ainda que indireta, desconfigura o convênio, exigindo, em regra, a realização de certame licitatório.

Nos contratos em exame, ocorreu cobrança de uma taxa de administração sobre o valor repassado, para dar cumprimento ao objeto conveniado. Na esteira da exposição sobredita, verifica-se que a cobrança dessa taxa de administração desnatura o



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

convênio, caracterizando relação tipicamente contratual, a qual, em regra, deve ser precedida de licitação.

Corroborando esse entendimento, vale lembrar que existe expressa prescrição na Instrução Normativa nº 01, da Secretaria do Tesouro Nacional, de 15/01/1997, que regula a celebração de convênios de natureza financeira que tenha por objeto a execução de projetos ou realização de eventos, vedando a inclusão, tolerância ou admissão, nos convênios, sob pena de nulidade do ato de responsabilidade do agente, de realização de despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar (artigo 8º, inciso I).

Em nível de Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, o artigo 5º, VII, da Resolução nº 03/1998, veda expressamente criação de obrigações financeiras para o órgão repassador de recursos, *in fine*:

Art. 5º - Constitui cláusulas essenciais ou necessárias em todo convênio e outros instrumentos congêneres as que estabeleçam:

VI – a forma de liberação das parcelas, que deverão ser em estrita conformidade com o cronograma de desembolso, **sendo vedado a criação de obrigações financeiras para a Entidade repassadora do recurso no ato da assinatura;** “ (grifo)

Portanto, dadas as características do caso em concreto, como tais ajustes envolvem contraprestação da SEJEL, o que se tem, em verdade, é um contrato, e não um convênio, impondo-se, como regra geral, o dever de licitar.

Outro ponto deve ser realçado: a contratação de terceiros para realização de atividades inerentes à finalidade da Secretaria contratante, o que tão-somente evidencia a



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

necessidade de realização de concurso público, configurando burla à exigência constitucional prevista expressamente no art. 37, II, da nossa atual Carta Suprema².

As tarefas exercidas pelos profissionais contratados por meio da OSCIP normalmente correspondem às funções de cargos públicos, sem contar que traduzem atividade-fim na área de atuação da Secretaria. Desta feita, tendo o Estado cargos com atribuições semelhantes àquelas a serem desenvolvidas pelo parceiro escolhido e sendo tais atribuições desenvolvidas de forma permanente pela Administração - já que a própria parceira desenvolve as atividades objeto da parceria, deve o Gestor promover a realização de concurso público, respeitando as exigências legais pertinentes.

Por analogia, relativamente às contratações de cooperativas, insta observar que a Justiça Trabalhista rotineiramente tem atribuído ao Estado do Amazonas responsabilidade subsidiária, ao considerar que tal espécie de contratação encobre uma contratação irregular³. Além disso, o egrégio TCU, ao se manifestar sobre o tema, disse:

“9.3.1.1. se, pela natureza da atividade ou pelo modo como é usualmente executada no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem assim de pessoalidade e

² 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: II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

³ “NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. COOPERATIVA. DESVIRTUAMENTO DO CONTRATO. DECISÃO QUE AFASTOU O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO COM O ESTADO DO AMAZONAS, MAS MANTEVE A SUA CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA AO PAGAMENTO DAS VERBAS TRABALHISTAS OBJETO DA CONDENAÇÃO IMPOSTA À COOPERATIVA, PRESTADORA DE SERVIÇOS. A c. Turma de origem não conheceu do recurso de revista do reclamado, mantendo as decisões das instâncias ordinárias que afastaram a relação de emprego diretamente com o Estado do Amazonas e a anotação da CTPS, em respeito ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, mantendo a sua condenação subsidiária quanto ao pagamento das verbas trabalhistas decorrentes do desvirtuamento da contratação de cooperativado, em fraude à legislação trabalhista. Decisão conforme os itens II e IV da Súmula n.º 331 do c. TST. Embargos não conhecidos.” (TST-SBDI-1, ERR 720.035/2000.0, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 16.04.2007, não conheceram, v.u., DJ 27.04.2007).



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

habitualidade, deve ser vedada a participação de sociedades cooperativas, pois, por definição, não existe vínculo de emprego entre essas entidades e seus associados; 9.3.1.2. **se houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o tomador de serviços, bem assim de pessoalidade e habitualidade, a terceirização será ilícita, tornando-se imperativa a realização de concurso público**, ainda que não se trate de atividade-fim da contratante;” (TCU-Pleno, Proc. 016.860/2002.0, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 26.11.2003, julgaram parcialmente procedente a representação, DOU 09.12.2003).

Acrescenta Maria Sylvia Z. Di Pietro⁴:

“Na realidade, referidas Cooperativas estão desempenhando, em relação aos serviços municipais de saúde, o mesmo papel que desempenham as fundações de apoio [...]: **elas vivem exclusivamente em função do vínculo com o Município; não têm patrimônio próprio; utilizam as instalações públicas com todos os equipamentos públicos;** grande parte dos cooperados são servidores públicos afastados ou exonerados, que apenas mudam o título sob o qual prestam o serviço e deixam de se submeter às normas constitucionais e infraconstitucionais sobre servidores públicos; seus salários também não sofrem mais as limitações constitucionais próprias dos servidores; já não estão sujeitos à proibição de acumular cargos, empregos e funções; não mais oneram a folha de pagamento de servidores do Município; no entanto, continuam a receber salários provenientes dos cofres públicos; deixa de aplicar-se a lei de licitações e contratos”

⁴ Parceiras na Administração Pública, 4.ª edição, Atlas, São Paulo, 2002, p. 237.



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Deve-se atentar, outrossim, à necessidade de prestação de contas tanto ao órgão repassador quanto a esta Corte, por se tratar de recursos públicos, o que pode resultar, inclusive, na instauração de tomada de contas.

Pelo exposto, diante das considerações feitas, o Ministério Público de Contas requer ao colendo Tribunal:

- 1) Determinar à SEJEL que realize procedimento licitatório para escolha da entidade privada parceira, com vistas ao atendimento da Impessoalidade, Moralidade e Eficiência administrativas;
- 2) Questionar a SEJEL acerca da formalização de termos de parceria com entidade sem a demonstração da qualificação como OSCIP;
- 3) Questionar a SEJEL acerca da previsão de taxa de administração a ser paga à instituição, uma vez que a entidade não possui fins lucrativos;
- 4) Indagar a SEJEL sobre se houve prestação de contas dos recursos públicos já recebidos pelo IPASDEAM; e, na hipótese de ausência, instaurar tomada de contas;
- 5) Determinar a SEJEL que não promova ajustes, visando à terceirização de mão-de-obra, sob pena de tais atos serem julgados ilegais, com possíveis implicações civis e penais;
- 6) Determinar a SEJEL que, identificando insuficiência de pessoal, promova a realização de concurso público para o Quadro Permanente de Pessoal do Instituto, nos termos legais, conforme exigência constitucional (artigo 37, II, CF);



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

- 7) Determinar a SEJEL que, em não havendo cargos suficientes para atender à demanda de profissionais especializados, proponha, mediante projeto de lei, a criação dos cargos necessários;
- 8) Apurar o fato, mediante identificação de possível ilegalidade na celebração dos Termos de Parceria nº 03/2009, 04/2009 e 02/2010, determinando instrução e emissão de relatório conclusivo;
- 9) Dar ciência a este Ministério Público acerca das providências adotadas e resultados alcançados.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, em Manaus, 14 de junho de 2010.



Evelyn Freire de Carvalho Langaro Pareja

Procuradora de Contas



Ruy Marcelo Alencar de Mendonça

Procurador de Contas