



Processo: 414384/03
Interessado: MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA
Assunto: CONSULTA

PARECER

45/04

EMENTA. Consulta. Convênio. Sociedade de Economia Mista. Licitação. Inadequação do projeto básico ao objeto social da empresa.

1 – Trata-se de consulta formulada pelo digníssimo Prefeito do Município de PONTA GROSSA, Sr. Péricles de Holleben Mello.

2 – Considerando o *intuito* do Município celebrar *convênio* com a Agência de Fomento Econômico de Ponta Grossa (AFEPON) para **(a)** a *execução de serviços de roçadas e limpeza de terrenos não edificadas, mediante cobrança*; **(b)** *gerenciamento e administração de serviços de limpeza de vias públicas* e **(c)** *execução de obras de pavimentação, drenagem e galeria de águas pluviais*, pergunta-se:

- *Cabe a aplicação de convênio para a prestação de serviços e execução das obras citadas?*

3 – Na seqüência esclareceu-se que “os valores a serem repassados à AFEPON pelo Município serão calculados através de planilha elaboradas pelo mesmo, não consignando qualquer valor como remuneração ou lucro para a execução dos serviços e/ou obras” (fls. 03).



4 – O Parecer Jurídico do Município (fls. 04/10) após analisar os institutos da dispensa (art. 24, VIII) e inexigibilidade de licitação (art. 25, II), concluiu por sua *inaplicabilidade* uma vez que os serviços em tela não se enquadram nas hipóteses do artigo 13 da Lei 8666/93 (para os fins de inexigibilidade) e não há como subsumir o fato à regra do artigo 24, VIII (dispensa), pois a AFEPON foi constituída após a vigência da Lei de Licitações e Contratos (LLC). Contudo, perfilando a natureza jurídica do *convênio* e sua distinção do instituto *contrato* (em que há a persecução do lucro), afirmou o parecerista do município pela *possibilidade* de se firmar convênio com a AFEPON, *não se exigindo licitação*, pois há uma confluência de objetivos (cooperação) entre aquela empresa e o Município para a execução dos fins propostos no *projeto básico* (que se considera de *interesse público*). De outro lado, também consignou o consultor *inexistir* vantagem econômica para a AFEPON, afastando-se, assim, elemento *nuclear* constitutivo da figura do *contrato*. Por fim, apontou-se a necessidade de se observar, estritamente, o disposto no artigo 116 da LLC, destacando-se algumas medidas de ordem administrativa para a efetivação do acordo.

5 – A douta Diretoria de Contas Municipais entendeu preenchidos os requisitos para a admissibilidade da consulta, respondendo ***negativamente*** a pergunta formulada (fls. 15) uma vez constatada a ***incompatibilidade*** do *objeto* do pretendido convênio com as *finalidades* da AFEPON (os serviços de roçada e limpeza de terrenos



baldios; gerenciamento e administração de limpeza de vias públicas e drenagem **não** se amoldam completamente à *finalidade institucional* da AFEPON: fomento; pavimentação; galerias de águas pluviais e iluminação pública). Examinando a Lei Orgânica Municipal (artigos 88, 89 e 90), a DCM, *de lege ferenda*, entendeu, em tese (*procedendo-se as alterações legais pertinentes*), possível a celebração do convênio (fls. 16). Em relação ao fato de se tratar a AFEPOM de uma Sociedade de Economia Mista (e, assim, perseguir, obrigatoriamente, o *lucro* – art. 2.º da Lei 6404/76 - LSA) ponderou a DCM que o artigo 154, § 4.º (LSA) permite sua descaracterização desde que não acarrete prejuízos aos seus acionistas. De outro lado, a *inexistência* de taxa de administração ou qualquer figura remuneratória similar deve ficar patente para que seja viável o ajuste.

6 – Abstraindo a questão fática subjacente fazemos as seguintes observações de ordem legal.

7 – Em primeiro ponto cumpre destacar que, em nosso entendimento, por expressa determinação da Lei 8666/93 (art. 116), ao convênio administrativo aplicam-se, guardadas as proporções, todas as regras referentes aos requisitos e formalidades para a celebração de um contrato administrativo. Nesse sentido Antonio Roque CITADINI:

“Os convênios, quando firmados entre órgãos públicos e entidades particulares



obedecerão às normas aqui previstas [Lei 8666/93 – art. 116], acrescidas de que sua inicial pactuação deverá obedecer aos princípios gerais da contratação pública, em especial as de impessoalidade, igualdade dos particulares perante a Administração Pública e publicidade administrativa, sem os quais o convênio não poderá ser realizado”¹

8 – Em relação à natureza jurídica do *convênio* é de se destacar *fundamentada* divergência na doutrina acerca de sua distinção da figura *contratual*². Para muitos, interpretando-se o artigo 2.º, parágrafo único, da Lei de Licitações, fica fácil perceber que o *convênio* também seria uma modalidade de *contrato administrativo* (ou, quando muito, seria figura extremamente próxima)³.

9 – Socorrendo-se de síntese realizada por Jorge Ulisses JACOBY FERNANDES⁴ em torno de algumas lições de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, podemos assim enumerar algumas distinções entre convênios e contratos:

¹ CITADINI, Antonio Roque. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3.º ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

² Odete MEDAUAR chega a afirmar: “A dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual.” (*Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, RT, 1998, p. 250)

³ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. In: ILC n.º 99 – maio de 2002 – p. 334.

⁴ In: ILC n.º 99 – maio de 2002 – p. 346.



- *o termo convênio deve ter utilização restrita aos casos em que o interesse dos signatários seja absolutamente concorrente, um objetivo comum, ao contrário do que ocorre no contrato, em que o interesse dos que o firmam é diverso e contraposto;*
- *por almejarem o mesmo objetivo, os signatários não são, a rigor, partes, e não cobram taxa ou remuneração entre si;*
- *no convênio, descabe a aplicação de penalidade por rescisão, bastando não haver mais interesse na sua continuação para que se promova a sua denúncia. É possível, porém, a aplicação de penalidade pela aplicação irregular de recursos;*
- *com referência a uma particular hipótese em que a administração seja usuária do serviço público, há norma expressa recomendando a utilização do contrato, conforme dispõe o art. 62, § 3.º, II da Lei 8.666/93. Nos demais casos, os parâmetros aqui delineados indicam quando deve ser utilizado o convênio ou o contrato;*
- *não há amparo jurídico para o ajuste de convênios em que a parte responsável pela execução dos serviços ou obras possa subempreitar ou subcontratar totalmente a execução do objeto (...);*
- *o uso de convênio, quando cabível o contrato, não pode ser considerado mero erro de forma, uma vez que o regramento entre ambos é bastante diverso e a ação dos órgãos de controle é menos intensa no convênio. Subjacente ao interesse em não adotar o instrumento de contrato, poderá ficar caracterizada motivação de mitigar a ação de controle, podendo fazer*



exsurgir, para a autoridade que empregou o meio diverso para formalizar o ajuste, a responsabilidade nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, art. 10, inc. II, ou 11, inc. I.

10 – Portanto, o uso do convênio quando se deveria utilizar o contrato [objetivando-se (I) *burlar* a realização de processo licitatório ou (II) realizar pagamento antecipado de objetos não executados] deve ser, de plano, rechaçado. Em regra, o convênio encerra ou a inviabilidade jurídica de competição (recaindo-se na norma geral do artigo 25 da LLC) ou a ausência de despesas de qualquer natureza entre os órgão públicos (*atos de colaboração*).

11 – Com essas observações iniciais, cumpre destacar que a possibilidade de *convênio* aqui discutida envolve, de um lado, um ente federativo (o Município de Ponta Grossa) e, de outro, uma Sociedade de Economia Mista a ele ligada (AFEPON).

12 – Lição notória é a de que as Sociedades de Economia Mista são pessoas jurídicas criadas por lei, possuem **personalidade jurídica de Direito Privado** e objetivam, no mais das vezes, a realização de uma *ação governamental* (ação do Estado). Assim, dada a sua *função social* (art. 173, § 1.º, I – CF/88), é possível o comprometimento de recursos em “*atividades relativamente deficitárias, importando em diminuição global do lucro líquido da sociedade, em virtude da realização do bem comum que inspirou a sua constituição.*”⁵ Deste

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 13.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 222/223.



modo, lastreados ainda nos termos do artigo 238 da Lei 6404/76, não vemos óbices no fato da sociedade poder prestar serviços sem remuneração ou lucro.

13 – O que há de se destacar, contudo, é que quando o Estado resolve criar uma sociedade de economia mista (SEM) ou uma empresa pública (e, não, por exemplo, uma fundação pública ou uma autarquia), explorando diretamente uma atividade econômica, o faz ciente de que tal ingerência na *ordem econômica e financeira* só lhe será permitida: 1) quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou 2) por relevância do interesse coletivo (art. 173 – CF/88), **submetendo-se**, de outro lado, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

14 – Vê-se, portanto, que a SEM pode prestar algumas espécies de serviços ditos “públicos” sem que isto signifique a retirada da livre ação de outras pessoas privadas do âmbito dessa atividade, ou que sobre ela não haja uma acirrada competitividade (face ao seu interesse econômico). Daí ser necessária uma rápida distinção entre os conceitos de “**serviço público**” e “**serviço de relevância pública**”. Para tanto, valemo-nos do seguinte magistério do Prof. Paulo MODESTO⁶: *o conceito jurídico de serviço público não é um conceito naturalístico ou existencial. Antes, é objetivo e restrito e pressupõe a conjugação de diversos elementos de caracterização: exige a determinação de um específico regime jurídico e a*

⁶ In: Revista Trimestral de Direito Público (RTDP), n.º 28. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 109/108.



demarcação de um campo material onde o regime encontre aplicação. Assim, temos como pressupostos:

- *exige-se que a atividade corresponda ao desempenho de uma ‘prestação administrativa’, vale dizer, ao oferecimento de uma utilidade concreta fruível direta ou indiretamente pelo administrado, mas imediatamente a cargo do Estado ou de seus delegados, realizada no exercício da função administrativa;*
- *a assunção pelo Estado da titularidade exclusiva dessa atividade (publicatio), mediante prescrição legal ou constitucional;*
- *a submissão total ou parcial dessa atividade ao regime jurídico de direito público e a princípios específicos (continuidade, mutabilidade, igualdade, obrigatoriedade, entre outros) e*
- *a exclusão da livre ação das pessoas privadas no âmbito dessa atividade, ressalvada a possibilidade de atuarem como delegados do Poder Público.*⁷

Por outro lado, continua o renomado jurista baiano: *o conceito de relevância pública é menos exigente. São relevantes em termos públicos as atividades consideradas essenciais e prioritárias à comunidade, que transcendem à dimensão individual e repercutem*

⁷ Observa o autor em nota de rodapé: “Essa diretriz não impede, entretanto, que se estenda o regime do serviço público para atividades não privativas ou reservadas desempenhadas pelo aparato administrativo público, quando o sistema legal assim o estabeleça por razões de conveniência ou para ampliação das garantias dos administrados.” (*op. cit*)



necessariamente sobre a coletividade, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso. Não há aqui exigência de aplicação necessária do regime jurídico público. Nem titularidade exclusiva desses interesses pelo Estado, admitindo-se a livre atuação privada.

15 – De outro lado, conforme muito bem destacou a DCM, o objeto que se almeja conveniar (propósito da presente *consulta*) é extremamente amplo e não se enquadra nos fins legalmente previstos para a atuação da AFEPON⁸. Assim, temos por prejudicada qualquer conclusão *de lege ferenda* sobre o tema, o que, aliás, revestir-se-ia de uma verdadeira solução para o **caso concreto** (escopo incompatível com as finalidades de uma consulta dirigida a esta Corte de Contas).

⁸ Trata-se do princípio da *vinculação legal* do objeto social. Sobre o tema, consulte-se o seguinte escólio de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito Administrativo*. 3.^a ed. Atlas: São Paulo, 1992. p. 286): "Finalmente a *vinculação dos fins definidos na lei instituidora* é traço comum todas as entidades da Administração Indireta e que diz respeito ao princípio da especialização e ao próprio princípio da legalidade; se a lei as criou, fixou-lhes determinado objetivo, destinando-lhes um patrimônio afetado a esse objetivo, não pode a entidade, por sua própria vontade, usar esse patrimônio para atender a finalidade diversa.

Com relação à sociedade de economia mista, existe norma expressa nesse sentido no artigo 237 da Lei das S. A.: 'a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição'. Somente por outra lei é que poderão ser alterados esses objetivos. Segundo Paulo B. de Araújo Lima (1980:58-9), "a lei especial, ao autorizar a criação de uma sociedade, dispondo certas regras, tais como a fixação da sede e do objetivo social, e outros componentes de estrutura administrativa, não está evidentemente autorizando o sócio fundador - a Administração Pública - a negociar com outros sócios a prevalência daquelas regras nos estatutos sociais. Ao contrário, está impondo legalmente tais regras, até pela mais elementar das razões de que quase sempre, como nos casos de nomeação ou de imposição de limites à circulação de títulos, refogem elas ao sistema da lei geral e, a não ser que tenham vigência por diploma específico, serão nulas de pleno direito caso sejam puramente negociadas. Não são objetos, portanto, de contrato que constitui a sociedade, mas sim de comandos legais. Pela mesma razão, não pode o Executivo, por meio de ato próprio, baixar normas dirigidas a essas entidades, concitando com os objetivos ou com outros elementos definidos na lei instituidora; isto ocorre, na prática, sem que haja impugnação pela entidade, normalmente dirigida por pessoa da confiança do Chefe do Executivo; caberia ao acionista minoritário essa impugnação, inclusive perante o Poder Judiciário."



16 – *Em tese*⁹, para se saber se é possível a celebração de convênio na forma do artigo 116 da Lei 8.666/93 (garantindo-se a transparência, economicidade e controle social da prestação dos serviços¹⁰), faz-se necessário que o **administrador perquiria sobre a viabilidade de competição** (licitação) naquelas áreas em que o setor privado poderia prestar os serviços em melhores condições, conforme o caso (sendo que alguns dos serviços mencionados na prefacial parecem aqui se incluir). Chegando-se à conclusão oposta a esta, estariamos frente à regra geral do artigo 25 da Lei 8.666/93¹¹. De outro lado, debruçando-se sobre a natureza dos serviços postos em análise (que demandam uma **continuidade** na prestação) vê-se que não permitem, s.m.j., uma definição temporal e quantitativa exata das utilidades materiais que serão prestadas¹², podendo existir na esfera privada outras entidades aptas e interessadas em executá-las.

17 – Em relação à aventada intenção de se realizar execução de serviços de roçadas e limpeza de terrenos não edificadas¹³ mediante cobrança, temos a esclarecer que referida exação reveste-se de caráter tributário (taxa). As *taxas*, por sua vez, são obrigações *ex lege* e que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal *diretamente*

⁹ desconsiderando-se totalmente os objetos postos concretamente em análise nesta consulta.

¹⁰ No convênio, além da já destacada **inexistência de taxa de administração ou qualquer outra figura remuneratória**, os valores em jogo devem sempre ser comprovadamente **menos onerosos** segundo **pesquisas periodicamente realizadas** (influenciando este cálculo a existência de qualquer outra espécie de subsídio que a SEM receba do município para o desempenho de suas atividades, demandando-se, de outro lado, o desenvolvimento de um **forte controle interno** pela administração municipal).

¹¹ Não se nega a possibilidade de se encarar as SEM's como *Administração Pública* em sentido *subjetivo* e, assim, livres para diretamente celebrar *atos de colaboração* com o Poder Público (v. item 10 *supra*). Deve-se, porém, ser observados *estritamente* os pontos destacados no item 9 deste parecer, bem como os princípios acima delineados.

¹² comum nos convênios.

¹³ *objeto* que não integra as finalidades da AFEFON.



referida ao contribuinte (no caso, um *serviço público* cf. art. 145, II da CF/88)¹⁴. Este *serviço público* (vide conceituação no item 14, *supra*¹⁵ e sua distinção dos *serviços de relevância pública*) não pode, segundo magistério de Roque Antonio CARRAZZA, ser produzido “*por particulares ou empresas privadas, mas, tão-somente, pelo Estado, mediante determinação legal. Sem lei, ele não pode nem prestar serviços públicos, nem exercitar o poder de polícia*”. E continua: “*Logo, para que a tributação por via de taxas ocorra validamente, é preciso sejam editadas duas leis: uma, de natureza administrativa, regulando o exercício do poder de polícia ou a prestação do serviço público, e outra, de índole tributária, qualificando estas atuações estatais e atribuindo-lhes o efeito de, uma vez realizadas, darem nascimento, in concreto, à modalidade de tributo ora em estudo*”.¹⁶ Assim entendida, a *taxa* submete-se a todos os princípios tributários, destacando-se os da *legalidade* (previsão em *lei específica*), *anterioridade* e, particularmente, ao da *retributividade* (ou seja, não pode o Poder Público fixar o valor que quiser para este tributo. **A taxa remunera o serviço prestado**, não servido para carrear dinheiro para os cofres públicos. Deve *aproximar-se*, portanto, do valor de custo da prestação)¹⁷.

¹⁴ de modo contrário (encarando-se a cobrança sobre o prisma contratual privado), não poderia ser imposto aos proprietários de terrenos não edificadas o seu pagamento.

¹⁵ Ou, no conceito clássico de *serviço público* de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “é a prestação de utilidade material, fruível individualmente, sob o regime de direito público”. Assim, **apenas o serviço público específico e divisível** pode ser objeto da taxa (v. art. 145, II da CF/88).

¹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 15.^a ed. São Paulo: RT, 2000. p. 370.

¹⁷ Outra questão que deverá ser enfrentada pelo município (se o caso) é a da viabilidade, ou não, de se deslocar a competência para a arrecadação do tributo (conforme as regras e limites encontrados no ordenamento pátrio).



18 – Diante do exposto, considerando-se **(i)** ser a AFEPON uma sociedade com *personalidade jurídica de direito privado*; **(ii)** a garantia aos princípios constitucionais da ordem econômica e financeira; **(iii)** a inexistência de vedação à livre iniciativa para a prestação dos serviços/obras ora analisados; **(iv)** a preservação do princípio da igualdade face à viabilidade, *em tese*, de competição e **(v)** não contemplar, *totalmente*, o objeto social da AFEPON os serviços/obras mencionados às fls. 02, **respondemos negativamente** à possibilidade de realização do ajuste *sem* o devido procedimento licitatório¹⁸.

É o parecer.

Curitiba, 12 de janeiro de 2004.

Michael Richard Reiner
- Procurador -

¹⁸ O que, de qualquer forma, pressuporia os ajustes legais e estatutários pertinentes – v. nota de rodapé n.º 8. Contudo, cabe questionar: estariam estas alterações em sintonia com o artigo 173 da CF/88?