



NOTA DE ORIENTAÇÃO TÉCNICA Nº 02/2012

AUTOR DA CONSULTA: Olyntho Garcia de Oliveira Neto, Secretário de Estado da Juventude e dos Esportes, nos termos do OFÍCIO/SEJUVES/GASEC nº 45/2012.

TEOR DA CONSULTA: Esclarecimentos acerca da existência de obrigatoriedade de realização de licitação por entidades privadas receptoras de repasse de convênio.

RESPOSTA:

A matéria é regida pelas disposições contidas na Lei Federal nº 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, bem como na Portaria Interministerial MPOG/MF/CGU Nº 507/11, que regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos e no Decreto Federal nº 6.170/07, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União.

2. Por intermédio do expediente supracitado, o órgão consulente manifesta sua dúvida acerca da existência de obrigatoriedade para as entidades privadas de realizarem licitação na aplicação de recursos provenientes de convênios com a Administração Pública.

3. Tal questionamento guarda amparo na interpretação do art. 116 da Lei Federal nº 8.666/93, que ao dispor que os regramentos relativos às licitações e contratos, no que couber, devem ser aplicados aos convênios, deixou a cargo de outros diplomas legais e da interpretação jurisprudencial a plena interpretação de quais situações se adequam à norma.

4. De início, o que se observa é que por longa data tal matéria foi objeto de controvérsia pelo próprio Tribunal de Contas da União. A tese de que entidades privadas estariam obrigadas a licitar, corroborada inclusive pelas disposições do Decreto Federal nº 5.504/05, prevaleceu em decisões daquela corte, como pode ser observado por exemplo no voto do Ministro-Relator do Acórdão 1070/2003 – Plenário, parcialmente transcrito a seguir:

"(...) No entanto, o particular, ao firmar convênio com a administração pública, assume todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público, estando, como este, sujeito aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e dos demais princípios informadores da gestão da coisa pública, dentre os quais destacamos o da licitação e o do dever de prestar contas, insculpidos no art. 37, inciso XXI, e art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, respectivamente.

(...)

Não tenho dúvida, existem entidades privadas que, por alguma razão, podem se ver impossibilitada de aplicar, de forma plena, a Lei de Licitações. **Entretanto, a regra é a utilização da Lei 8.666/93 e as exceções devem ser devidamente justificadas para cada caso concreto.**" (grifamos)

4. Muito embora tal posicionamento tenha sido adotado pelo Tribunal de Contas da União, a questão se mostrou controversa, haja vista que o resultado da votação foi de 4 (quatro) votos a 3 (três). Em fundamentação do Ministro Benjamim Zymler, de posição contrária, pode ser observada a patente divergência:



(...) **considero incabível o exercício das prerrogativas da Lei 8.666/93 por entes privados, uma vez que, dada a natureza dos mesmos, somente entes públicos podem exercê-las.** A Lei em questão prevê, por exemplo, a aplicação de multas, a rescisão unilateral de contratos e a declaração de inidoneidade de licitantes, prerrogativas que são expressões concretas do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ademais, a observância de todos os dispositivos da Lei das Licitações por entes privados imporá a elevação dos custos operacionais daqueles, que passariam a necessitar de pessoal especificamente qualificado para a condução de licitações.

5. Embora a demonstração de tal discussão seja importante para a compreensão das razões que marcaram a evolução do entendimento acerca da matéria, atualmente há maior pacificação no ordenamento jurídico e nos tribunais, vez que o Decreto Federal nº 6.170/07 trouxe importantes disposições objetivando diferenciar as peculiaridades da administração Pública e das entidades privadas. Nos termos do art. 11 do referido diploma:

“Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.”

6. Objetivando a simplificação dos procedimentos de contratação pelas entidades privadas, o novel regulamento trouxe diferente parâmetro para a análise da aplicação da Lei nº 8.666/93, especificando que tais entes não necessariamente estariam obrigados a realizar licitação para utilizarem recursos oriundos de convênios com a Administração Pública.

7. Todavia, se preocupa em explicitar que os princípios que norteiam as atividades do poder público devem ser observados, e vai além: estipula procedimento mínimo a ser observado em contratações com recursos públicos, qual seja a cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

8. Tal posicionamento foi adotado inclusive pelo Tribunal de Contas da União, vez que aduz em seu domínio virtual¹ que as regras que disponham em contrário, quais sejam as disposições do Decreto Federal nº 5.504/05, devem ser consideradas tacitamente revogadas, conforme pode ser vislumbrado pela leitura do fragmento:

“4.1 – Há necessidade das entidades privadas sem fins lucrativos realizarem pregão para selecionar os terceiros com quem irão contratar?”

R: Em razão do disposto no art. 11 do Decreto nº 6.170 de 2007, entende-se existir uma revogação tácita do art. 1º, § 1º do Decreto nº 5.504 de 2005. Assim, além dos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, nos moldes dos artigos 45 a 47 da Portaria nº 127 de 2008. Enquanto o SICONV não permite a realização da cotação prévia, ou seja, até 1º de janeiro de 2009.

¹ <https://www.convenios.gov.br/portal/FAQLegislacao.html#41>, acesso em 23 de janeiro de 2012, às 11h25min.



as entidades privadas sem fins lucrativos farão a cotação de preços no mercado, mediante a apresentação de no mínimo três orçamentos. Este foi o entendimento solidificado no art. 49 da Portaria 342/2008."

9. Nota-se, por todo o exposto, que amplos estudos e discussões acerca da situação em tela culminaram com a normatização específica e pacificação dos entendimentos anteriormente conflitantes.

10. Assim, esclarecemos que as entidades privadas de que trata o Decreto Federal nº 6.170/07 (aplicável também em sede estadual) não estão obrigadas a realização de procedimento licitatório ao realizarem contratações com recursos públicos advindos de convênio.

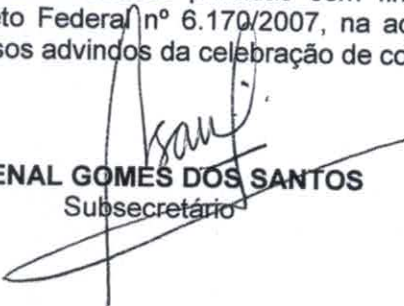
11. No entanto, o procedimento simplificado de cotação de preços para a contratação deve ser observado, vez se tratar de instrumento chave para a preservação da impessoalidade, moralidade e economicidade, princípios fundamentais na utilização da coisa pública.

DIRETORIA DE ACOMPANHAMENTO DE NORMAS E PROCEDIMENTOS, aos 13 dias do mês de fevereiro de 2012.


ROGÉRIO RODRIGO FERREIRA MOTA
Coordenador de Acompanhamento de Normas


ELIANA RODRIGUES DA SILVA
Diretora de Acompanhamento de Normas e Procedimentos

I – De acordo;
II – Considerando os fundamentos explicitados na presente peça vestibular, sugere-se o encaminhamento do expediente à Secretaria da Juventude e dos Esportes, opinando-se pela observância pelas entidades privadas sem fins lucrativos das medidas preconizadas no art. 11 do Decreto Federal nº 6.170/2007, na aquisição de produtos e na contratação de serviços com recursos advindos da celebração de convênios.


JUVENAL GOMES DOS SANTOS
Subsecretário

I – De acordo;
II – Encaminhe-se à Secretaria da Juventude e dos Esportes, na forma sugerida, cumprindo-se os preceitos legais e éticos.


ÉLDON MANOEL BARBOSA CARVALHO
Secretário-Chefe