Número 7 – agosto/setembro/outubro de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

VERTENTES NA ESTRUTURA DA CONTRATAÇÃO DAS ENTIDADES PRIVADAS, BENEFICIADAS COM RECURSOS PÚBLICOS*

Prof. Carlos Pinto Coelho Motta

Advogado pela Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG; Administrador de Empresas pela FUMEC/MG; Professor Adjunto (licenciado) de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/MG; Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB; Professor do Curso de Especialização em Controle Externo da Escola de Contas do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (Direito Administrativo Aplicado); Professor do Curso de Direito de Empresa do Instituto de Educação Continuada da PUC/MG (Direito Administrativo Aplicado); Procurador aposentado do IPSEMG.

SUMÁRIO: 1. Prólogo; 2. Entidades beneficiadas por recursos públicos e a obrigatoriedade da prestação de contas; 3. Entidades de direito privado destinatárias de repasses públicos: abrangência da Lei de licitações; 4. Concepção ampla de controle, fiscalização e licitação; 5. Possíveis alternativas flexibilizadoras do processo licitatório;

1. PRÓLOGO

Apraz-me, inicialmente, agradecer à Editora Fórum, na pessoa de seu editor responsável, Dr. Luís Cláudio Rodrigues Faria, e à nossa conceituada Associação ddos Membros dos Tribunais de Contas – ATRICON - , na pessoa de seu Presidente, Conselheiro Carlos Pinna de Assis, pelo honrosa convite que me foi feito, para integrar esta plêiade de eminentes juristas que compõem o I Fórum

---

* I Fórum Brasileiro De Controle Da Administração Pública, Hotel Glória, Rio De Janeiro, Agosto / 2004

Brasileiro de Controle da Administração Pública. Não poderia deixar de registrar minha plena satisfação em prestar minha modesta colaboração a este evento, eminentemente voltado para as desafiantes questões que gravitam em torno das atribuições e responsabilidades das Cortes de Contas em nosso País.

Cabe lembrar que, por ocasião da marcante e iluminada gestão do Conselheiro Flávio Régis de Moura e Castro na presidência da ATRICON, tive o privilégio de percorrer todos os Tribunais de Contas estaduais e municipais, em companhia de pequeno grupo de estudiosos, debatendo e apregoando a então recente Lei Complementar 101/00, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Nos dias correntes, a doutrina do direito administrativo contemporâneo rende o devido louvor à essencialidade das decisões das egrégias Cortes de Contas. Muitos autores, com pena de ouro, fizeram justiça à ampla dimensão do acervo contributivo dos TC's e à solidez de seus subsídios ao Poder Judiciário e às mais decisivas questões de Estado.1 A exemplo, o Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto focalizou, com propriedade, os avanços e as verdadeiras "mutações" que se têm processado nos órgãos de controle externo, afirmando:

> *"Em suma... os órgãos de contas alcançaram indubitavelmente sua maturidade e máxima prestância deixando de ser apenas órgãos de Estado para serem órgãos da sociedade no Estado, pois a ela servem não apenas indiretamente, no exercício de suas funções de controle externo, em auxílio da totalidade dos entes e dos órgãos conformadores do aparelho do Estado, como diretamente à sociedade, por sua acrescida e nobre função de canal de controle social, o que os situa como órgãos de vanguarda dos Estados policráticos e democráticos que adentram o século XXI."2*

Ainda como preliminar, permito-me a grata satisfação de saudar os eminentes colegas painelistas: Professora Leila Vasconcellos Ferreira, Professor Evandro Martins Guerra e Professor Toshio Mukai. Peço licença para manifestar especial deferência ao Professor Toshio Mukai, pela sua destacada e reconhecida posição no direito público e pela solidariedade que manifestou a este signatário, com relação à função do advogado, nosso precípuo mister.

2. Entidades beneficiadas por recursos públicos e a obrigatoriedade da prestação de contas

A Administração Pública, em suas diversas esferas de governo, em face de múltiplas diretrizes orçamentárias, vê-se obrigada ao cumprimento de um programa específico que regula a transferência de recursos financeiros para as entidades privadas. Tais entidades, uma vez beneficiadas por recursos públicos,

---

1 Essa afirmativa é fortalecida pela monografia do eminente e consagrado Ministro Benjamin Zymler: A visão dos Tribunais de Contas sobre os contratos administrativos. FCGP, ano 3, n. 30, jun. 2004, p. 3863-3878.

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: SOUSA, Alfredo José de, et al.. O novo Tribunal de Contas – Órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 85-86.

obrigam-se por convênio ao cumprimento de metas e objetivos previamente definidos (art. 70, parágrafo único da Constituição Federal; arts. 99 e 102 da Lei Federal 10.707/03, LDO para 2004).3

A obrigatoriedade da prestação de contas das entidades privadas, quando lidam com recursos públicos transferidos, tem um fundamento político liminarmente claro e assente no próprio regime republicano, em que os bens e valores públicos são indisponíveis. Esse fundamento é o mesmo de dois outros institutos da Administração: o da licitação para fornecimento de bens, e o do concurso público para preenchimento de cargos.

Em decorrência do princípio republicano, a transferência de recursos que beneficiem essas entidades fica condicionada à efetiva prestação de contas e consequente fiscalização por parte dos órgãos de controle. Cabe citação literal de dispositivos legais que sustentam essa assertiva:

> *"Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.*
>
> *Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária."*

Em nível infraconstitucional, inicialmente, cite-se a Lei 10. 707/03, arts. 99 e 102:

> *"Art. 99. Todos os atos e fatos relativos a pagamento ou transferência de recursos financeiros para outra esfera de governo ou entidade privada, registrados no Siafi, conterão, obrigatoriamente, referência ao programa de trabalho correspondente ao respectivo crédito orçamentário no detalhamento existente na lei orçamentária."*
>
> *"Art. 102. As entidades privadas beneficiadas com recursos públicos a qualquer título submeter-se-ão à fiscalização do Poder Público, com a finalidade de verificar o cumprimento de metas e objetivos para os quais receberam os recursos.*
>
> *Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União adotará, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação desta Lei, as providências para instituir uma sistemática de acompanhamento do cumprimento das metas e objetivos de que trata o caput deste artigo."*

Tais artigos não constituem inovação nas LDOs, em se tratando de transferência de recursos financeiros para entidades privadas. A última LDO editada, para o ano de 2005, repete exatamente esse teor.

---

3 Vide: Brasil.Tribunal de Contas da União. Convênios e outros repasses. Brasília: TCU, Gabinete da Presidência, 2003.

Efetivamente, a caracterização de uma entidade como de direito privado não lhe retira o dever republicano e ético de prestar contas do dinheiro público, como determinam as normas legais em vigor. É certo que tal dever se estende a todo particular que se encontre nas condições descritas no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, acima transcrito. E observe-se que o dever de prestar contas não é apenas da entidade, mas também da pessoa física responsável por bens e valores públicos.4 Cabe lembrar o comentário do Prof. Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES:

> *"O dever de prestar contas é uma obrigação constitucional de quem trabalha com recursos públicos, na sua mais lata acepção, assim entendidos os que provêm do erário ou pela sua natureza têm origem a tanto equiparada, como ocorre com as contribuições parafiscais."5*

Em tempo, registrem-se os pertinentes conceitos: por prestação de contas, entende-se "o ato pelo qual a pessoa vem demonstrar, por sua vontade ou por exigência de outrem, a situação das contas dos negócios que estavam sob sua administração, gerência ou gestão."6 E, por fiscalização, "toda vigilância e controle acerca de determinados fatos administrativos, designando, ao mesmo tempo, o próprio órgão colegial ou o aparelhamento administrativo a quem são atribuídas as funções ou os encargos de fiscalizar."7

A Lei de Responsabilidade Fiscal – LC 101/00 – grande instrumento normativo – quando regula a transferência voluntária e a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de auxílio, cooperação ou assistência, fixou (aí, sim) inovadoras exigências, delineadas em seu art. 25.8 Ali são estebelecidas condicionantes específicas, dentre elas a contrapartida (art. 25, § 1º, IV, "d").

Outra determinação importante situa-se no art. 116 da Lei Nacional de Licitações, que se aplica, "no que couber", aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração, e exige várias informações e providências por parte do destinatário do repasse financeiro. Aplicam-se a todos os convenentes, sem exceção, os múltiplos parágrafos e respectivos incisos que integram o artigo, pois constituem matéria de direito financeiro propriamente dito, e ocupam-se especificamente dos requisitos indispensáveis à "celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública" (§ 1º).

---

4 STF, MS 21.644-1-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 8/11/96, e na íntegra: RDA n. 207, p. 265. Vide ainda FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tomada de Contas especial. 2a. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 80 e 83.

5 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. cit., p. 37; e, do mesmo autor: Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 441-443.

6 DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico, vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 439.

7 Op. cit., vol. II, p. 305.

8 Quanto a esse dispositivo, o Tribunal de Contas já se posicionou, no discutido Acórdão 1640/03.

Ao longo do extenso artigo, arrolam-se as condições precípuas, sem as quais não poderá existir convênio:

- a prévia aprovação do plano de trabalho (§ 1º, I a VII);
- a informação ao Poder Legislativo (§ 2º);
- no caso de obra ou serviço de engenharia, a comprovação de que os recursos estão assegurados (§ 3º);
- a liberação das parcelas em conformidade com o referido plano (§ 3º);
- as hipóteses de retenção de parcelas (incisos I a III);
- o destino dos saldos e das receitas financeiros (parágrafos 4º, 5º e 6º).

São, enfim, regras taxativas, vinculadas e dirigidas ao processo de formalização e gestão do pacto em si.

Aprofundando-se o nível de detalhamento, tem-se a Instrução Normativa nº 1/97, da Secretaria do Tesouro Nacional, e suas posteriores alterações, que disciplinam o convênio de natureza financeira que tenha por objeto a execução de projetos ou realização de eventos.9

Enfim – e aí reside o ponto central de nossa intervenção neste consagrado evento – coloca-se a questão relativa à alteração produzida pela Instrução Normativa nº 3 da Secretaria do Tesouro Nacional, de 25/9/2003. Esta IN alterou o texto do art. 27 da IN nº 1/97, com importantes consequências.

3. Entidades de direito privado destinatárias de repasses públicos: abrangência da Lei de licitações.

Em março de 2002, tivemos a oportunidade de examinar esta questão, em trabalho elaborado anteriormente à Instrução Normativa nº 3/03 da STN.10 Nos dias de hoje, pode-se afirmar que as premissas daquele estudo restaram radicalmente alteradas pela superveniência da citada norma regulamentar.

Em tese, as entidades de direito privado beneficiadas por recursos públicos, até o advento da IN/STN nº 3/03, efetivamente não eram alcançadas pelas diretrizes estritas da Lei Nacional de Licitações, na contratação de obras e serviços e na aquisição de bens. Isto porque, em decorrência do art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal, a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação refere-se às Administrações

9 O texto da IN nº 1/97, devidamente consolidado, incluindo as últimas modificações, foi publicado no ILC, ano XI, n. 112, mar. 2004, p. 259-275. Após a citada, arrolam-se as Instruções Normativas: nº 6, de 1/11/2001; nº 1, de 1/11/2001; nº 2, de 25/3/2002; e nºs 3 e 4, de 4/2/03.

10 Vide, nosso: Entidades de direito privado: diretrizes referentes à fiscalização de convênio. BLC n. 3, mar. 2004, p. 159.

Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A abrangência da obrigatoriedade de licitar e contratar, com base em ordenamento legal albergando a Administração direta e indireta dos entes da Federação, encontra-se, ademais, claramente explicitada no art. 37 da mesma Carta e no seu inciso XXI.

O art. 1º, e parágrafo único, da Lei 8.666/93, prosseguem e sublinham o regramento constitucional:

> *"Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.*
>
> *Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

Como se vê, o alcance das regras para realizar obras, serviços, compras, alienações, locações e publicidade, no conceito lato de Administração Pública (conforme muito bem define o art. 6º, XI da Lei 8.666/93) não inclui pessoas jurídicas de direito privado.11

Nesta linha, cumpre lembrar que o Supremo Tribunal Federal entendeu que os bens e direitos de sociedade de economia mista não são bens públicos, mas privados:

> *"Concluindo o julgamento de dois mandados de segurança (v. Informativo 250), o Tribunal. por maioria, decidiu que não é aplicável o instituto da tomada de contas especial ao Banco do Brasil S/A, sociedade de economia mista. Tratava-se, na espécie, de julgamento conjunto de dois mandados de segurança impetrados pelo Banco do Brasil S/A contra atos do Tribunal de Contas da União – TCU (Decisões 854/97 e 664/98) que determinaram ao mesmo Banco que instaurasse, contra seus empregados, tomada de contas especial visando a apuração de fatos, identificação de responsáveis e quantificação de dano aos próprios cofres relativamente à assunção, por agência, de dívida pessoal de ex-gerente, e ao prejuízo causado em decorrência de operações realizadas no mercado de futuro de índices BOVESPA. O Tribunal entendeu que os bens e direitos das sociedades de economia mista não são bens públicos, mas bens privados que não se confundem com os bens do Estado, de modo que não se aplica à espécie o art. 72, II, da CF, que fixa a competência do TCU para julgar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos." (g.n.) 12*

---

11 O Código Civil define sociedades empresárias e não-empresárias nos arts. 966, 982, 983, 1.39 e 1092.

12 MS 23.627-DF e MS 23.875-DF, rel orig. Min. Carlos Velloso, red. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão, 7.3.2002. Informativo STF n. 259, mar. 2002. Ainda quanto à exclusão da aplicação da Lei 8.666/93 a entidades de direito privado, vide nosso, Eficácia nas licitações e contratos. 9a. ed.,

Em consonância com tal princípio, até 25/9/2003, o texto da IN nº 1/97 (parágrafo único do art. 27) afirmava que a entidade privada, como tal, não se sujeitaria à Lei 8.666/93 para a realização de compras, serviços e fornecimentos com recursos públicos transferidos; mas deveria apenas "adotar procedimentos análogos ao estabelecido pela referida lei." A IN nº 3/93 acrescentou, no art. 2º, os § § 9º e 10, e alterou o art. 27, excluindo o seu discutido parágrafo único.

O eminente Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, no curso de inspirado voto, registra o entendimento do Tribunal de Contas da União com relação ao histórico da importante mudança operada no art. 27 da IN nº 1/97, e sintetiza a evolução daquela Corte com relação à obrigatoriedade do procedimento licitatório por parte da empresa privada:

> "4. Em relação à falta de licitação para a contratação de serviços, quitados com recursos do convênio, a Secex/MG, acompanhada pelo MP/TCU, manifesta a conclusão, com espeque na jurisprudência predominante no Tribunal, de que mesmo as entidades privadas, nos termos do art. 116 da Lei 8.666/93, têm o dever de observar, no que couber, os ditames dessa Lei, quando estiverem gerindo recursos públicos repassados mediante convênio ou instrumento congênere.
>
> 5. Estou de acordo com esse entendimento, porém, julgo que tal posicionamento, no caso em análise, não pode ser aplicado. Lembro que o convênio em tela foi celebrado sob a égide da IN/STN nº 02/93. De acordo com precedentes nesta Casa (Acórdão 552/2001 – 2a. Câmara, Acórdão 178/2002 – 1a. Câmara), verifica-se que o inciso X do art. 20 dessa norma estabelecia a obrigação de licitar apenas aos órgãos integrantes da Administração. Com a entrada em vigor da IN/STN nº 1/97, a questão continuou controvertida, pois o parágrafo único do art. 27 estabelecia a obrigação de o convenente, quando fosse entidade privada, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos pela Lei nº 8.666/93. Assim, à época dos fatos apontados nos autos, persistiam interpretações controvertidas quanto à obrigatoriedade de um ente privado licitar quando estivesse gerindo recursos públicos.
>
> 6. Diante de juízos divergentes, o Tribunal, ao adotar o Acórdão nº 1.070/2003 – Plenário, em 06/08/2003, fixou o entendimento de que as entidades privadas são obrigadas a licitar quando estiverem gerindo recursos públicos e determinou à Secretaria do Tesouro Nacional que procedesse à adequação da IN/STN nº 1/97 ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, pacificando, dessa forma, a controvérsia em comento. Por conseguinte, a STN editou a Instrução Normativa nº 03/2003 em cumprimento à determinação do TCU, alterando a redação do art. 27 da IN/STN nº 1/97, que passou a vigorar assim:
>
> 'Art. 27. O convenente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação à licitação e

---

Belo Horizonte: Del Rey, 2002, especificamente no exame dos arts. 1º, 2º e 116.

contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.'"13

Como se pôde observar, há razões para se afirmar que a alteração da IN/STN afetou de modos diferentes a estrutura da contratação nas entidades privadas: de um lado, quanto a obras e serviços de engenharia; e de outro, quanto a compras. Veja-se, mais uma vez, que a referida IN/STN nº 3/03 optou por afirmar: "admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica."

Realmente, uma solução de grande resolutividade é a operacionalização da modalidade pregão, regulada por essa Lei. Entretanto, sabe-se que o referido texto legal e seus Decretos regulamentares especificam apenas objetos definidos como "bens e serviços comuns" – excluindo obras e serviços de engenharia.

Para estas últimas, a alteração enquadrada pela IN nº 3/03 deixa fundadas dúvidas; ou seja: as entidades destinatárias de recursos públicos neste escopo devem, ou não, adotar in toto o regime da Lei 8.666/93?

Em busca dessa verdade empenham-se o legislador, o estudioso da doutrina e os magistrados, em sua indagação de como proceder para atender os ordenamentos relativos ao repasse de recursos públicos sem que índole jurídica da empresa privada, e seu regime próprio, venham a se desintegrar nesse processo, em face ao risco sintetizado no ameaçador adágio: "A Administração publiciza tudo o que toca".

Cumpre, pois, redescobrir a norma, buscando uma solução conciliatória para as situações que envolvem objetos relativos a obras e serviços de engenharia. Os elementos trazidos até o momento fazem ressaltar a crucial necessidade de se pensar a norma, nunca como abstração ou arquétipo, mas adequada ao plano dos fatos e às variáveis concretas de uma dada situação.

4. Concepção ampla de controle, fiscalização e licitação

O próprio fortalecimento da noção de controle estatal do emprego de recursos traz em seu bojo, delineada pela palavra constitucional, a distinção básica entre espécies ou gradações de controle. No que diz respeito a entidades do setor privado, o controle estrito dos processos de licitação, e a contratação firmemente algemada a tais processos, cede lugar ao controle mais lato, relativo ao destino dos recursos repassados.14

Essa concepção de fiscalização, em consonância com os dispositivos

---

13 TC 011.877/2002-4, Acórdão 172/2004, DOU de 9/7/04, p. 196. Vide ainda TC 001.484/2003-1, Acórdão 946/2004, DOU de 23/7/04 (Apenso: TC 009.575/2002-6).

14 Vide, a propósito dessa concepção: FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 440-442. Vide ainda art. 35 da Lei 8.443/93; art. 18 da Lei 4.320/64; art. 1º da Lei 4.717/65; Acórdãos 1070/03, 1611/03 e 10707/03 do TCU.

legais arrolados, preocupa-se com o cumprimento dos objetivos e metas aos quais foram vinculados os recursos, incorporando, para esse fim, os dados e especificações constantes do Plano de Trabalho que caracterizam, de modo suficiente, a obra ou serviço projetados.

O acompanhamento de metas e objetivos é atividade destinada a verificar se os recursos repassados foram devidamente aplicados nas finalidades respectivas, expressas no termo de cooperação técnica e no convênio. Como ilustração, cabe trazer importante trecho do voto do Ministro do Tribunal de Contas da União, Walton Alencar Rodrigues:

> *"A jurisprudência deste Tribunal está consolidada no sentido de considerar grave a aplicação de recursos públicos federais, repassados mediante convênio ou instrumentos similares, em finalidade diversa da pactuada. Para esses casos, o Tribunal tem entendido que o responsável deve ser apenado com multa e ter suas contas julgadas irregulares."15*

Não seria preciso, realmente, promover o procedimento licitatório em todos os seus detalhes para (i) selecionar um contratante em função de objetivos predeterminados; (ii) demonstrar que a avença cogitada será vantajosa e contribuirá para o alcance de resultados; (iii) comprovar que a isonomia do conhecimento e a igualdade de oportunidades foram efetivadas; (iv) averiguar o alcance das metas e objetivos para os quais ocorreram os repasses.

Sob esse prisma, em inspirado artigo, o Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz pertinente distinção entre simplicidade e simplismo, distinção que, segundo ele, nem sempre é percebida nos domínios da Administração Pública. Observa que "o simplismo retira sua sedução dessa enganosa proximidade com a simplicidade". E aponta, como mal a ser evitado pelos administradores e intérpretes, a aplicação direta de um princípio legal – a exemplo, a licitação – como se fosse "diretriz radical, absoluta e inamovível, que a tudo deva sacrificar em aras de uma modalidade formal abstrata que se apresenta como suficiente justificativa".

O eminente autor segue explicitando que o princípio licitatório é apenas um comando de otimização relativo; que deve ser temperado pelos legisladores competentes para cada tipo de serviço, como ressalva o artigo constitucional 37, XXI; e que as circunstâncias e peculiaridades de sua aplicação devem ser definidas pelo legislador e pelo administrador, os quais o constituinte jamais teve a intenção de substituir. Expressa, enfim, sua convicção de que

> *"[...]se legisladores e administradores, federais, estaduais ou municipais, e muito por acomodação, ignorarem essas peculiaridades e circunstâncias, e se omitirem em flexibilizar a regra licitatória sempre e quando devam fazê-lo, não terão, nesses casos, apenas legislado ou administrado mal, mas terão, sobretudo, descumprido seu mandato político, tanto ao renunciar ao devido exercício da autonomia federativa (artigo 18 da Constituição) como ao falhar na mínima observância da eficiência administrativa (artigo 37 da Constituição). A realidade*

15TC 300.178/1995-6, Acórdão 17/2000, Plenário, DOU de 7/8/2001, p. 51. Na mesma linha: TC 928.839/1998-2, Decisão n. 210/2000, DOU de 25/4/2000, p. 56.

administrativa é complexa e demandante."16

Da mesma forma que o gestor da licitação, o gestor-analista do contrato público deve ser um intérprete da lei e um observador atento da realidade factual. Não pode agir da forma que o consagrado Prof. Moreira Neto definiu como "simplista", optando por desconhecer, em cada situação, a lógica interna dos fatos substanciais e intervenientes.

A alteração do art. 27 da IN nº 1/97, com a nova redação dada pela IN nº 3/03 (seguindo aliás determinação da própria Corte de Contas) poderia então, sob essa lógica, ser interpretada segundo o ensinamento do clássico Carlos Maximiliano:

> *"O elemento supletório de maior valor é a analogia, que desenvolve o espírito das disposições existentes e o aplica a relações semelhantes na essência. Tal processo prevalece no Direito pátrio desde época remota. [...]*
>
> *Descoberta a razão íntima, fundamental, decisiva de um dispositivo, o processo analógico transporta-lhe o efeito e a sanção a hipóteses não previstas, se nas mesmas se encontram elementos idênticos aos que condicionam a regra positiva. Há, portanto, semelhança de casos concretos e identidade de substância jurídica." (g.n.)17*

É possível, pois, ser aplicada a analogia e não a mera literalidade na interpretação. Tal afirmativa é fortalecida pelo fato de que, na votação do Tribunal de Contas que determinou a modificação da referida IN/STN, os eminentes Ministros Benjamin Zymler e o Procurador Geral, Prof. Lucas Rocha Furtado, divergiram na decisão, contribuindo tal debate para o entendimento de que, quanto a obras e serviços de engenharia, estariam as entidades privadas autorizadas a flexibilizar seus procedimentos de licitação.18 Lembremos trechos do instigante Acórdão:

> *"No mérito, 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-los. 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. Não poderia um ente privado, em decorrência de simples pactuação de convênio com a Administração Pública, investir-se de tais poderes. São estes reservados aos agentes públicos investidos em cargos, empregos ou funções. [...]*
>
> *Ademais, a observância de todos os dispositivos da Lei de Licitações por entes privados imporia a elevação dos custos operacionais daqueles, que passariam a necessitar de pessoal especificamente qualificado para a condução de licitações. Por exemplo, exigiria a criação e manutenção de cadastros de empresas para o*

---

16 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Exageros nas licitações. Jornal do Brasil, 21/01/02, p. 7.

17 MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 13a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 208-210.

18 TC 003.361/2002-2, Acórdão 1.070, DOU de 18/8/2003, p. 96; e TC 006.219/2002-7.

aperfeiçoamento da modalidade tomada de preços. Além disso, não haveria espaço para se exigir a existência de dotações orçamentárias como condição prévia para a licitação. [...]

Uma vez que a aludida Lei regulamente um dispositivo constitucional, a sua abrangência está indissociavelmente ligada ao escopo de aplicabilidade da norma constitucional que a rege. [...]

Entendo que o poder constituinte, sempre que desejou estender aos agentes privados regramentos típicos do setor público, o fez expressamente, como temos no parágrafo único do art. 70, que estende o dever de prestar contas a todos os que manuseiam recursos públicos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas."19

Além dos obstáculos de interpretação apontados, tais entidades enfrentariam sem dúvida inúmeras outras dificuldades operacionais na aplicação literal e estrita da Lei 8.666/93. Cabe citar, a propósito, pertinente artigo subscrito pela equipe de redação do Informativo de Licitações e Contratos:

"Por primeiro, pode-se mencionar a necessidade de disciplinar como ocorreria o cumprimento da Lei nº 8.666/93 no setor privado: realização da fase interna e externa, agentes competentes a desempenhar os diversos atos do procedimento (análise e aprovação do edital, homologação, adjudicação etc.), contratação dos serviços de publicidade dos atos licitatórios, etc.

Ainda, haveria a necessidade de preparar pessoal para licitar e contratar seguindo rigorosamente a Lei de Licitações, situação que ensejaria o aumento de gastos para a execução do convênio, os quais, por consequência, seriam arcados pelo próprio ente repassador dos recursos. Ora, se a licitação pelo particular se impõe por causa do convênio, logicamente as despesas tidas com a realização do certame deverão ser arcadas com os próprios recursos destinados a ele.

Também, a Administração convenente teria o dever de controlar o exato cumprimento da Lei nº 8.666/93 pelo licitador privado, para evitar apontamentos futuros ao convênio por parte da respectiva Corte de Contas.

Essa situação acabaria ensejando o aumento dos encargos não só do particular convenente, mas à própria Administração. [...]

De fato, por estarem gerindo recursos públicos, tais pessoas deverão ser obrigadas, quando da execução de despesas, a realizar um procedimento prévio de escolha dos futuros contratados, em que seja dada ampla publicidade, sejam analisadas as condições de habilitação desses e que existam critérios objetivos de julgamento das propostas. Os princípios da indisponibilidade de interesses e bens públicos e da isonomia impõem tal conduta. O que se questiona é a pertinência da incidência integral da Lei nº 8.666/93.

Talvez a solução mais acertada seja criar um regime especial para essas hipóteses, com regras mais flexíveis."20

---

19 TC 003.361/2002-2, Acórdão 1.070, DOU de 18/8/2003, p. 96.

20 Equipe de Redação do ILC. Art. 27 da IN/STN nº 01/97: Discutindo a necessidade das

Vale salientar que, embora os destinatários e aplicadores diretos da Lei 8.666/93 sejam essencialmente, os órgãos e entidades da Administração Pública, o princípio da licitação tem base orgânica na economicidade e impessoalidade inerentes à concepção republicana, desde a sua origem. Essa base orgânica – despida dos rituais processualísticos típicos da licitação pública tradicional – aplica-se, sim, às entidades de direito privado, sendo que as modalidades, procedimentos e ritos exigidos pela Lei de Licitações podem ser simplificados, adaptados ou substituídos por outros equivalentes.

5. Possíveis alternativas flexibilizadoras do processo licitatório

Ademais, temos presenciado nos últimos tempos, até mesmo no setor público e entidades controladas, um extraordinário surto de racionalização e simplificação de processos competitivos, com a criação de rotinas alternativas, das quais a Lei 10.520/02 é apenas um exemplo.

Sabemos, entratanto, que a praxis do setor público exige categorias fixas e em si inalteráveis; e que não pode o intérprete da lei criar outras. Todavia, a entidade privada tem suficiente liberdade operacional para estabelecer figuras como "licitação informal" ou "procedimento seletivo simplificado."

É certo que objetos excluídos do rol da Lei 10.520/02 devam obedecer, basicamente, à Lei 8.666/93; entretanto, uma solução juridicamente viável, e operacional, seria a flexibilização dos processos licitatórios, com a adoção de procedimentos analógicos e simplificados.

Ademais, a própria legislação, voltada para setores públicos específicos, tem-se encarregado de racionalizar ao máximo as modalidades estabelecidas, objetivando a redução de controles e simplificação das rotinas na licitação. Esse vetor já se tem tornado visível com uma série de textos normativos relativamente recentes. Lembraríamos a criação das Agências Regulatórias, iniciada pela Agência Nacional de Telecomunicações -- ANATEL (art. 8º da Lei 9.472 de 16/7/97) que expressamente admitiu, para contratação de obras e serviços, utilização de procedimentos como a consulta e o próprio pregão (arts. 54 a 59 da Lei 9.472/97), posteriormente extensivos a todas as Agências criadas.21

Mais ainda, no art. 210, a mesma Lei 9.472/97 expressamente exclui, para as permissões, concessões e autorizações do serviço de telecomunicações, a aplicação das Leis 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95, colocando-se como texto único de regência da matéria e estabelecendo, para os serviços de telecomunicações,

---

entidades privadas contratarem seguindo rigorosamente a lei de licitações. ILC, ano XI, n. 120, vev. 2004, p. 148-149.

21 A alteração do Decreto 3.555/00 pelo Decreto 3.693 de 20/12/00 explicita a utilização do pregão para serviços de telefonia fixa, telefonia móvel e serviços de fornecimento de energia elétrica, entre inúmeras outras aplicações. Vide ainda o Decreto 3.697, de 21/12/00, que regulamenta o chamado "pregão eletrônico", processado por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação.

procedimento licitatório específico, tendo em conta a natureza destes serviços.22 Por sua vez, a Agência Nacional de Petróleo – ANP (art. 7º da Lei citada) permitiu a adoção, pela Petrobras, de procedimento simplificado. A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANSS (art. 1º da Lei 9.961 de 28/1/00), também em nome da racionalização, adotou o pregão e a consulta, pela Resolução RDC nº 9, de 18/2/00.23

A busca de depuração e maior racionalidade da Lei 8.666/93 tem sido, pois, uma constante, sendo exemplo recente parecer da Advocacia Geral da União, que versa sobre o cabimento da extensividade do procedimento licitatório simplificado a subsidiárias da Petrobras. Questão importante, dada a decisão anterior do Tribunal da Contas da União que havia considerado inconstitucionais a Lei nº 9.478/97 e o Decreto nº 2.745/98, que versam sobre a matéria. O parecer da AGU/GV conclui pela aplicabilidade do procedimento licitatório simplificado, também, a subsidiárias da Petrobras, devendo a estatal continuar aplicando a sua Lei e seu Decreto, visto que somente a instância específica (o Supremo Tribunal Federal) poderá, ou não, declarar, em tempo próprio, a inconstitucionalidade.24

Prosseguindo o rol dos exemplos, a consulta de preço é uma formalidade simples e funcional, em nítida analogia com o "convite" convencional da Lei de Licitações, adotada em muitas empresas privadas, logicamente sem os rígidos limites de valor que caracterizam aquele.

Outra alternativa interessante é a inversão de fases (primeiro a proposta, depois a habilitação apenas para as melhores ofertas), largamente adotada pelo Regulamento do chamado "Sistema S". As principais vantagens que se podem aquilatar seriam: a redução de tempo e de custos, e certamente o incremento do número de concorrentes. O procedimento é aprovado pelo TCU.25

Já a disputa verbal, típica do pregão, favorece a constrição dos preços, com maior flexibilidade de documentação e eliminação de ritos. Os questionamentos acadêmicos cedem, portanto, lugar à concreta redução das rotinas e aos bons resultados no que tange à eficiência.

Ainda a propósito da verbalização das propostas nos certames, cumpre trazer à colação o magistério do Prof. Sérgio Resende de Barros, que, com extrema lucidez, delineia uma visão crítica da licitação pública clássica. Ele propõe uma expressão interessante: a "dialicitação". Em face do incremento do poder gerencial e discricionariedade administrativa proporcionado pela condição de entidade privada, abre-se, in casu, um campo promissor de experimentação e

---

22 Vide ADInMC 1.668-DF, 20/8/98, Informativo STF n. 119, ago./1998, g.n.

23 DOU de 22/2/00.

24 Parecer AGU/GV 01/2003, DOU de 19/7/04. Entretanto, lembro – com a devida vênia da douta Advocacia Geral da União – que, efetivamente, o TCU, diante da Súmula 347, examina a constitucionalidade das normas que lhe são próprias. Sobre o tema, vide nosso: Regime das licitações na Petrobras e a posição do Tribunal de Contas da União. BLC n. 2, 2003, p. 101; e FCGP, ano 1, n. 10, out. 2002, p. 1115.

25 TC 675.330.96, Decisão 249/98; Decisão 907/97; e TC 014238/ 94-2, BDA n. 8, 1999, p. 539.

criação de alternativas, no qual se podem alojar os oportunos comentários desse jusfilósofo:

> *"Em licitação por edital como por convite, no momento efetivo da seleção todos ficam adstritos às propostas oferecidas isoladamente pelos licitantes, entre as quais nem sempre está a solução mais adequada. Esta, não raro, seria a fusão de duas ou mais propostas apresentadas. Ou uma outra opção que só surge ou é enxergada no curso e por obra da própria licitação.*
>
> *Com frequência, como atestam as licitações promovidas por empresas privadas, a melhor solução nasce do diálogo franco, sem formalismo, dos concorrentes entre si e com os administradores. Portanto, não convém obstruir o diálogo por regramento cerrado formalista, mas tão-somente discipliná-lo por parâmetros gerais não-formalistas.*
>
> *Pelo que, para ser licitação-diálogo no conteúdo, a dialicitação chega a ser licitação-parâmetro na forma. Somando aquela conveniência de franquear a esta exigência de parametrar o diálogo, chega-se à essência da dialicitação, que é a de ser licitação-negociação." (grifos originais)26*

Acrescente-se, como variável concomitante, a universalização do meio eletrônico, e notadamente da "tecnologia da informação" (art. 2º, § único, da Lei 10.520/02), instrumentos que vêm concretizar as profecias sobre a redução do modelo burocrático em suas disfuncionalidades.

O essencial, destarte, não seria formalizar o procedimento licitatório como um fim em si mesmo, mas demonstrar que a contratação é vantajosa, que o convênio foi cumprido fielmente e o dinheiro público aplicado com eficácia.

A execução convenial obrigará a empresa a demonstrar, nos termos dos arts. 87 da Lei 10.266/01 e 14 da Lei 10.407/02 o cumprimento do objeto, das metas e das ações explicitadas no ajuste. O convênio deve ser executado como se programou. Enfatize-se, neste aspecto, a preocupação de verificar se os valores gastos na construção correspondem aos parâmetros e valores do mercado. Tal verificação deve evidenciar também a transparência da gestão, permitindo amplo acesso da sociedade ao cálculo de custo-benefício do empreendimento acobertado por recurso público (Resolução nº 2/2003 do Senado Federal).27

Uma consideração final que ousaríamos fazer – caso efetivamente se busque solução normativa conciliatória – é a de incluir-se a situação de resguardo a convênios em execução, e anteriores à IN/STN nº 3/03. A justificativa é simples: deve-se ressalvar o princípio da intangibilidade de convênios já celebrados, entendidos como atos jurídicos perfeitos (art. 5º, XXXVI da Constituição Federal), ainda que se considere a tese da aplicação imediata de

---

26 BARROS, Sérgio Resende de. Liberdade e contrato: a crise da licitação. Piracicaba: Unimep, 1995, p. 187.

27 DOU de 14/11/03.

normas de direito financeiro.28

Ressalte-se que os Tribunal de Contas da União e as Cortes Estaduais, até mesmo em virtude de seus programas permanentes de diálogo público, e de sua caracterização (na lavra do Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto) como órgãos da sociedade, por certo não deverão equiparar, em suas orientações e decisões, sociedades privadas aos órgãos e entidades da Administração Pública.

Como consideração final, cremos que, no aguardo de um feliz epílogo legislativo, possam ser úteis os estudos e debates que se vão processando sobre o tema. Neste ínterim, as entidades privadas que eventualmente sejam beneficiadas por repasses de recursos federais, no escopo de obras e serviços de engenharia, poderão, para ressalva de direitos, formular consulta ao TCU, indagando como proceder diante da redação imprecisa do art. 27 da IN/STN nº 1/97 dada pela IN/STN nº 3/03.29

De fato, a sociedade brasileira clama por resultados, "e não apenas pela correta aplicação dos dinheiros públicos"; é o que afirmou o Conselheiro Carlos Pinna de Assis, na apresentação do livro O novo Tribunal de Contas.30

Em 29 de julho de 2004 Carlos Pinto Coelho Motta

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Vertentes na Estrutura da Contratação das Entidades Privadas, Beneficiadas com Recursos Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 7, ago/set/out de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível

28 Vide, a propósito, nosso Eficácia nas licitações e contratos. 9a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 571-572, NRs 1026, 1027 e 1028.

29 Exemplo de Consulta: TC 003.995/2004-0, Acórdão 935/2004, DOU de 23/7/04.

30 Op. cit., p. 9.