



PARECER N.º 102/2014/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO N.º 00688.001565/201355

INTERESSADA: Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

ASSUNTO: Obrigatoriedade ou não de observância de procedimento licitatório por parte de entidades privadas sem fins lucrativos no caso da contratação de obras custeadas pela União

ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS. CONTRATAÇÃO DE OBRAS PERANTE TERCEIROS COM RECURSOS DA UNIÃO. DESNECESSIDADE DE LICITAÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E DA REALIZAÇÃO DE COTAÇÃO PRÉVIA DE PREÇOS. PREVALÊNCIA DO ART. 11 DO DECRETO N.º 6.170/2007 SOBRE O DECRETO N.º 5.504/2005 NO QUE DIZ RESPEITO ÀS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS. EXTENSÃO, VIA ANALOGIA LEGIS, DA DISPENSA LICITATÓRIA PREVISTA NO ART. 14 DA LEI N.º 9.790/99. SUGESTÃO DE CONSULTA AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

I – As entidades privadas sem fins lucrativos não qualificadas como Organizações Sociais nem Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não estão obrigadas a seguir as regras de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 10.520/2002 no caso da contratação de obras com recursos disponibilizados pela União.

II – Diante da relevância da matéria, é recomendável a formulação de consulta ao Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 1.º, XVII, da Lei n.º 8.443/92, e dos arts. 1.º, XXV; 15, I, “o” e 264, III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

Senhor Coordenador-Geral de Orientação,

1 - O processo em epígrafe cuida da obrigatoriedade ou não de observância de procedimento licitatório por parte de entidades privadas sem fins lucrativos ao contratar obras

com recursos da União.

2 - A Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sustenta no Parecer n.º 7344.5/2013/DOL/CONJURMP/CGU/AGU, de 18/06/2013, a necessidade de licitação para a contratação de obras por entidades privadas sem fins lucrativos que tenham recebido recursos da União para tal fim e remete os autos a este Departamento para uniformização de entendimento (fls. 02/07):

8. Verificase, portanto, que as entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas tanto como Organizações Sociais quanto Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, por força de mandamento legal, podem editar regulamento próprio dispondo de compras, de contratação de serviços ou até mesmo de contratação de obras com o emprego de recursos provenientes do Poder Público.

9. Em nível regulamentar, o Decreto n.º 5.504/05, o qual estabeleceu a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos (...)

10. O Decreto n.º 6.170/07, posterior, que dispôs sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse (...)

11. Percebase que o Decreto n.º 6.170/07 excepcionou as entidades privadas sem fins lucrativos da obrigatoriedade de realizar licitação apenas na aquisição de produtos e na contratação de serviços. Poderia ter sido expresso, mas não o foi, também em relação a obras, as quais têm conceito distinto do de serviços, a teor do artigo 6.º, incisos I e II, do Estatuto Licitatório. (...)

13. Denotase, portanto, na esteira do contido no Decreto n.º 6.170/07, a aludida Portaria Interministerial [507/2011] se refere, em seu artigo 6.º, inciso VII, à obrigatoriedade de realização do competente procedimento licitatório pelo conveniente, nos termos da Lei n.º 8.666/93, e das demais normas pertinentes à matéria, devendo ser assegurada a correção dos procedimentos legais. Em acréscimo, o artigo 1.º, § 2.º, inciso II, minudencia que o termo 'conveniente' se refere a órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, a consórcio público ou a entidade privada sem fins lucrativos.

14. Nessa toada, o mesmo artigo 6.º, inciso VII, da Portaria Interministerial n.º 507/11, excepciona de tal regramento as disposições do art. 57 do mesmo diploma. Tal artigo é expresso em mencionar a necessidade de realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, apenas no tocante à aquisição de bens e à contratação de serviços pelas entidades privadas sem fins lucrativos. Não se incluiu em tal exceção a contratação de obras, inclusive, observando o regramento disposto no Decreto n.º 6.170/07. Se doutra forma procedesse o regramento interministerial, desbordaria dos limites estabelecidos pelo decreto presidencial, hierarquicamente superior.

(...)

15. Nessa linha, é o posicionamento da Assessoria Jurídica da Caixa, que se pronunciou no seguinte sentido (fls. 4/5):

Embora este dispositivo tenha retirado o rigor referente à aquisição de produtos e à contratação de serviços, não modificou a exigência relativa a obras, permanecendo a



condição de se seguir o estabelecido na legislação federal pertinente [...]

16. O TCU já se pronunciou pela necessidade de deflagração de procedimento licitatório no bojo dos Acórdãos n.º 1070/03 e 353/05, proferidos em momento em que ainda não vigiam as disposições regulamentares atualmente em vigor.

17. Por outro prisma, Ilustríssimo Senhor Consultor Jurídico do Ministério da Saúde concluiu (fls. 33/43) sobre o tema em debate que:

[...] as entidades privadas sem fins lucrativos, na contratação de obras para execução de recursos da União em convênios, devem observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, com a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços no mercado para a celebração dos contratos.

18. Com a devida vênia ao posicionamento acima esposado, entendo que o caso em tela é de estabelecimento pelo artigo 11 do Decreto n.º 6.170/07 de uma exceção ao princípio da licitação. Tal ressalva foi observada pelo regramento contido na Portaria Interministerial n.º 507/11. Ambos os diplomas limitaram-se a excepcionar a regra do procedimento licitatório apenas a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos, mas não a contratação de obras.

19. É cediço que as exceções interpretam-se restritivamente, mormente, quando se trata de regra constitucional relativa à alocação de recursos públicos.

20. Caso desejasse o legislador excepcionar a contratação de obras pelas entidades privadas sem fins lucrativos, com recursos oriundos do Orçamento Público, do princípio da licitação, deveria tê-lo feito expressamente.

21. Acrescentese que consta também dos autos pronunciamiento desta Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, exarado no ano de 2008, com o qual expressamos nossa concordância, haja vista que, no que tange às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais – Oss ou Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs, prevalecem, respectivamente, as disposições contidas no artigo 17 da Lei n.º 9.637/98 e nos artigos 4.º, inciso I, e 14, da Lei n.º 9.790/99. Nesse sentido, poderão tais organizações adotar regulamento próprio atinente às contratações com recursos provenientes do Poder Público, inclusive no que tange à contratação de obras.

22. Por fim, não se nos afigura que o Decreto n.º 6.170/07 tenha regulado inteiramente a matéria de que tratava o Decreto n.º 5.504/05, anterior. Trata-se, em verdade, de diploma posterior incompatível, em parte, com o anterior, nos moldes do artigo 2.º, § 1.º, do DecretoLei n.º 4.657/42 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

23. É tanto que o Decreto n.º 5.504/05 dispôs sobre o estabelecimento da exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Já o Decreto n.º 6.170/07 concerne às normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências.

24. Percebase, por exemplo, que o Decreto n.º 6.170/07 não tratou de consórcios públicos. Para evitar a presente celeuma, deveria o legislador ter revogado expressamente o Decreto n.º 5.504/2005, quando editou o Decreto n.º 6.170/07, se o desejasse. Porém, assim não procedeu.

25. Nessa esteira, recomendase a adoção do competente procedimento licitatório, em se

tratando de contratação de obras pelas entidades privadas sem fins lucrativos, quando do envolvimento de recursos oriundos do Poder Público, excepcionando-se a situação das OSs e das OSCIPs, as quais, podem, em virtude de mandamento legal, editar regulamento próprio para as contratações inclusive de obras nos casos acima descritos.

26. Ante o exposto, sugere-se:

a) em se tratando de entidades qualificadas como Organizações Sociais, observe-se o contido no art. 17 da Lei n.º 9.637/98;

b) no que concerne às pessoas jurídicas de direito privado qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, atenda-se ao disposto nos artigos 4.º, inciso I, e 14, da Lei n.º 9.790/99;

c) no que pertine às pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos não qualificadas na forma das alíneas 'a' e 'b', observe-se o competente procedimento licitatório até eventual disposição regulamentar que altere o conteúdo do artigo 11 do Decreto n.º 6.170/07, e/ou do artigo 1.º do Decreto n.º 5.504/05, naquilo em que conflitem, para que expressamente se inclua a contratação de obras no bojo da aludida exceção;

d) considerando que a posição esposta por esta Consultoria é divergente daquela adotada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (Parecer n.º 467/2013/CONJURMS/CGU/AGU), nos termos do inciso XI do artigo 4.º da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, recomendo a remessa de cópia deste parecer e do processo à Advocacia Geral da União, via Departamento de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos da Consultoria Geral da União – DECOR/AGU, para emissão de posicionamento de pacificação da matéria; (...)

3 - Por sua vez, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde defende justamente o contrário no Parecer n.º 467/2013/CONJURMS/CGU/AGU, de 02/04/2013, ou seja, entende que as entidades privadas sem fins lucrativos só precisam observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, com a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços no mercado para a celebração de seus contratos, na forma do art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 (fls. 41/51):

(...)

5. O fundamento desta posição, à qual digo antecipadamente que adiro, é a de que 'a base atual para contratação de terceiros por entidades privadas, quando do recebimento de transferências voluntárias é o Decreto n.º 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Adiantando-se as consequências deste normativo, entendese que com sua entrada em vigor as entidades privadas sem fins lucrativos não estão mais submetidas aos ditames da Lei 8.666/1993, nem da Lei 10.520/2002. Em outros termos, não estão mais obrigadas a realizar as modalidades previstas nesses normativos' (fls. 25).

6. Com efeito, a questão se cinge à interpretação do ordenamento jurídico vigente em relação ao tema: ainda estaria vigente o Decreto n.º 5.504, de 2005, que estabeleceu a obrigatoriedade dos instrumentos de repasse conterem cláusula que determinasse a realização de licitação? Ou suas normas estariam revogadas tacitamente pelo Decreto n.º 6.170, de 2007, que disciplinou integralmente a matéria sobre repasses da União a entidades públicas e privadas sem fins lucrativos?

7. Inicialmente, cumpre advertir que, ainda que se considere a obrigatoriedade de licitação no caso, tal seria derivada de expressa previsão normativa decorrente da regulamentação do art. 116 da Lei n.º 8.666, de 1993. Ou seja, não seria o próprio art. 116 da



Lei 8.666/93 quem obrigaria a licitação, norma de eficácia limitada que é, mas sim a sua necessária regulamentação, caso assim previsse. E nem do próprio texto constitucional (art. 37, XXI) como equivocadamente, s.m.j., sustentam até hoje alguns doutrinadores.

8. Essa tese está consagrada pelo TCU no Acórdão 1.934, de 2005 (DOU 18/04/2005), que reformou em parte o Acórdão 1.070, de 2003, superando o entendimento anterior que derivava a necessidade de realização de licitação pelo particular conveniente diretamente do texto constitucional (entendimento este que, data vênua, ainda é reproduzido por parte da doutrina de forma, a meu juízo, irrefletida) (...)

9. Com tal posicionamento do TCU, torne-se necessária a regulamentação, via instrumento normativo constitucional competente – decreto presidencial –, das disposições da Lei n.º 8.666/93 que seriam aplicadas aos convênios e instrumentos congêneres, especificamente, no que interessa para o caso, em se tratando de particulares convenientes. Assim, não era mais suficiente, na regulamentação da matéria a IN n.º 3, de 25/09/2003, da Secretaria do Tesouro Nacional, que, por conta do Acórdão anterior do TCU (n.º 1.070, de 2003), dera nova redação ao art. 27 da IN/STN n.º 01/97, para determinar a obrigatoriedade, inclusive do particular conveniente, em realizar licitação para a execução de recursos da União transferidos.

10. É por tal razão que foi editado em 05 de agosto de 2005 o Decreto Federal n.º 5.504, no qual se estabeleceu que ‘Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.’ (art. 1.º, grifo nosso).

11. É importante ressaltar que, obedecendo a competência normativa regulamentar e adotando uma técnica jurídica exemplar, o Decreto, ao invés de estabelecer diretamente a obrigação, remetia para o instrumento a obrigatoriedade de conter cláusula determinante de licitação pública, de acordo com a legislação. Desse modo, não havia mais o que se questionar em relação à matéria.

12. Entretanto, posteriormente, publicouse o Decreto Federal n.º 6.170/2007 que regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União’ (art. 1.º, com redação dada pelo Decreto n.º 6.428, de 2008), e em seu artigo 11 assim dispõe:

‘Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 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.’

13. Como se pode notar, a recente legislação tratou de forma diferente a execução dos recursos da União transferidos aos particulares. É certo que não se utilizou de todos os termos anteriormente previstos – obras, compras, serviços e alienações –, o que tem ensejado a presente questão, revelando-se uma lacuna importante, mas tão somente falou em aquisição de produtos e a contratação de serviços.

14. Contudo, é preciso advertir que o Decreto n.º 6.170/07 é mais amplo e preciso na regulamentação da matéria relativa às transferências da União mediante convênios e

instrumentos congêneres. Pode haver supostas lacunas, mas a matéria relativa a convênios foi tratada integralmente, em detalhes. Sua ementa é definidora de sua abrangência, ao estabelecer que ele 'dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse'. Bem por isso, seu art. 1.º revela a intenção totalizadora sobre a matéria (...)

15. Cabe enfatizar que o Decreto n.º 6.170/2007, em seu artigo 11 citado, diferentemente do decreto anterior, faz menção expressa ao artigo 116 da Lei de Licitações e seus outros artigos estabelecem de forma exaustiva as normas de regência da matéria.

16. Assim, ainda que não tenha dito expressamente, o Decreto n.º 6.170, de 2007, por regular inteiramente a matéria, e nos termos do § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DecretoLei n.º 4.657, de 1942, com a redação dada pela Lei n.º 12.376, de 2010) revogou o Decreto Federal n.º 5.504, de 2005.

17. O fato é que esse aparente conflito normativo – aparente, pois houve revogação tácita –, é verdade, tem ensejado dificuldades na execução de convênios, notadamente no tema ora tratado, como se pode observar no Parecer 0594AL4.2/2008, da lavra da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (em anexo a este parecer).

18. Dito isso, importa destacar que, em decorrência de determinação do próprio Decreto n.º 6.170/2007, art. 18, foi editada Portaria Interministerial para disciplinar ao nível do detalhe mais operacional, como devem ser realizados os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação com órgãos públicos e entidades privadas sem fins lucrativos. A Portaria atualmente em vigor é a Portaria Interministerial CGU/MF/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão n.º 507, de 24 de novembro de 2011.

19. Referida portaria, por diversas vezes, reforça o argumento aqui defendido. Em sua disciplina, não há regras diferentes quanto ao modelo adotado para a execução dos recursos pelas entidades privadas, independentemente do objeto da contratação, sejam obras, bens ou serviços. Dessa forma, inclusive, colmatou qualquer lacuna existente no Decreto n.º 6.170/07, adotando as mesmas regras gerais (arts. 57 a 61), salvo especificidades, para os diversos objetos possíveis – bens, serviços e obras – de serem contratados pelas entidades privadas na execução dos recursos públicos, em nada os distinguindo.

20. Pela importância, cabe aqui a transcrição dos artigos, com especial atenção para os trechos negritados e sublinhados [arts. 57, caput, 58, § 1.º, I, 59, caput, e 61], que demonstram a inclusão das obras no regime da Portaria Interministerial CGU/MF/MPOG n.º 507/2011 (...)

21. Sob o mesmo ponto de vista, interessante trazer à fundamentação o fato de que tanto o decreto atual quanto a portaria interministerial seguem a sistemática da Lei de Licitações que, em seu Capítulo I, inclui numa mesma seção obras e serviços (Seção III – Das Obras e Serviços), a demonstrar a similitude, para fins de licitação, de ambos os objetos.

22. Assim, não parece razoável a interpretação de que o Decreto n.º 6.170/2007 teria adotado outra regra apenas para serviços e aquisições, mantendose a exigência da licitação pública apenas para o caso de contratação de obras. Seria um contrassenso, dado o alto valor dos princípios da licitação, da impessoalidade e da indisponibilidade do interesse público, que se fizesse uma distinção no plano jurídico-positivo de situações que se podem dizer idênticas do ponto de vista lógico-jurídico. Se há interesse público inafastável na realização de licitação pública na execução de recursos públicos por entidade privada conveniente na contratação de obra, por qual razão na contratação de serviços ou aquisição de bens seria possível tão somente a cotação prévia de preços? Aqui se aplica com razão o princípio segundo o qual havendo a mesma razão jurídica, deve se adotar a mesma solução normativa: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio.*



(...)

24. Em conclusão (...) o entendimento deste Consultor é o de que as entidades privadas sem fins lucrativos, na contratação de obras para execução de recursos da União em convênios, devem observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, com a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços no mercado para a celebração dos contratos.

(...)

4 - Por fim, parece útil transcrever parcialmente o Parecer n.º MP/CONJUR/AL n.º 594-4.2/2008, de 05/06/2008, no qual a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão examinou o conflito existente entre os Decretos n.ºs 5.504/2005 e 6.170/2007 (fls. 52/57):

1. Tratase de consulta formulada pela Secretaria de Gestão deste Ministério (...) sobre a antinomia entre o Decreto n.º 5.504, de 5 de agosto de 2005, e o Decreto n.º 6.170, de 15 de julho de 2007, no que tange aos procedimentos a serem adotados pelas entidades privadas sem fins lucrativos, por ocasião da contratação de serviços e aquisição de produtos com recursos oriundos da União, especialmente em relação às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

(...)

5. Cotejando ambos os dispositivos [art. 1.º, §§ 1.º e 5.º, do Decreto n.º 5.504/2005, e art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007], verificase que há aparente conflito, eis que, por ocasião da contratação de serviços e aquisição de produtos com recursos oriundos da União, o primeiro decreto impõe para aquelas entidades o emprego de licitação e, para aquisição de bens e serviços comuns, o uso da modalidade pregão, enquanto que o segundo determina apenas cotação prévia de preços.

6. De início, insta observar que não houve revogação expressa de qualquer dispositivo de ambos os decretos (...)

(...) vêse que para solucionar essa antinomia aparente é suficiente utilizar o critério cronológico, eis que o Decreto n.º 6.170, de 2007, disciplinou a matéria de modo inteiramente novo, conferindo, portanto, outra regulamentação ao assunto.

(...) é forçoso concluir que o Decreto n.º 6.170, de 2007, revogará tacitamente o § 5.º do art. 1.º do Decreto n.º 5.504, de 2005, sem, todavia, observar o art. 9.º da Lei Complementar n.º 95, de 1998 (...) fato este que, a tempo e modo, deve ser retificado pela Administração.

11. No que tange ao art. 17 da Lei n.º 9.637, de 1998, não se vislumbra qualquer afronta ao dispositivo que determina que as organizações sociais terão regulamento próprio contendo os procedimentos para a contratação de obras, serviços e compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público. É de se entender que, na espécie, a mera determinação de que se faça cotação prévia afigurase como corolário do interesse público que norteia a matéria, notadamente por se tratar de utilização de recursos públicos. A toda evidência, a mera exigência de cotação prévia é o mínimo necessário e imprescindível em toda e qualquer aquisição de bens e serviços, na hipótese da contratação ocorrer com recursos da União.

12. Por isso, adotase o critério cronológico para solução da aparente antinomia e, conseqüentemente, temse por derogado o Decreto n.º 5.504, de 2005, no tocante ao § 5.º.

art. 1.º, e a respectiva aplicação às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, reconhecendo-se como aplicável à espécie o art. 11 do Decreto n.º 6.170, de 2007 (...)

É o relatório. Passase a opinar.

II – Objeto

5 - De início, vale frisar que aqui será examinada a questão da submissão ou não das entidades privadas sem fins lucrativos não qualificadas como Organizações Sociais nem Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público às regras de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 10.520/2002 no caso da contratação de obras com recursos disponibilizados pela União.

6 - Como visto no relatório, já há duas teses desenvolvidas sobre o tema.

7 - De um lado, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão sustenta a necessidade de licitação para a contratação de obras por entidades privadas sem fins lucrativos que tenham recebido recursos da União para tal fim. Afirma que o art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005 não foi inteiramente revogado pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 na medida em que o novo regulamento nada diz sobre obras.

8 - De outro, aparece a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde defendendo que as entidades privadas sem fins lucrativos só precisam observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, com a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços no mercado para a celebração de seus contratos, na forma do art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007, uma vez que este novo regulamento aborda inteiramente a matéria anteriormente tratada pelo art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005. Fundamenta tal tese na ausência de razoabilidade em dispensar a licitação apenas para aquisição de produtos e contratação de serviços, mas a exigir em relação a obras. O objeto da contratação não seria parâmetro capaz, por si só, de determinar a necessidade ou não de licitação.

III – A legislação pertinente

9 - Antes de examinar a controvérsia apontada acima, convém transcrever algumas normas que devem ser lembradas ao se estudar o assunto em tela.

10 - Eis o que a Constituição Republicana de 1988 diz sobre licitação pública:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

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.

(...)

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

11 - A Lei n.º 8.666/93, ao regulamentar o inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, assim definiu seu alcance e lançou algumas normas sobre os convênios:

Art. 1.º 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.

(...)

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

(...)

§ 1.º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Adminis-

tração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

(...)

12 - A Lei n.º 10.520/2002 criou a modalidade denominada pregão e o art. 1.º do Decreto n.º 5.450/2005 assim disciplinou o pregão eletrônico:

Art. 1.º A modalidade de licitação pregão, na forma eletrônica, de acordo com o disposto no § 1o do art. 2o da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, destinase à aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito da União, e submetese ao regulamento estabelecido neste Decreto.

Parágrafo único. Subordinamse ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

13 - O Decreto n.º 5.504/2005 determinou a obrigatoriedade de licitação pública para os casos em que entidades privadas realizassem obras, compras, serviços e alienações com recursos repassados pela União:

Art. 1.º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1.º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2.º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

§ 3.º Os órgãos, entes e entidades privadas sem fins lucrativos, convenientes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros.

§ 4.º Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade.

§ 5.º Aplicase o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei n.º 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.



14 - Por sua vez, o Decreto n.º 6.170/2007 assim regulou as transferências de recursos da União por intermédio de convênios:

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União. (Redação dada pelo Decreto n.º 8.180, de 2013)

(...)

Art. 3º As entidades privadas sem fins lucrativos que pretendam celebrar convênio ou contrato de repasse com órgãos e entidades da administração pública federal deverão realizar cadastro prévio no Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse SICONV, conforme normas do órgão central do sistema. (Redação dada pelo Decreto n.º 6.428, de 2008.)

(...)

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 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.

(...)

Art. 18 Os Ministros de Estado da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministro de Estado Chefe da Controladoria Geral da União editarão ato conjunto para execução do disposto neste Decreto. (Redação dada pelo Decreto n.º 8.244, de 2014).

Parágrafo único. O ato conjunto previsto no caput poderá dispor sobre regime de procedimento específico de acompanhamento e fiscalização de obras e serviços de engenharia de pequeno valor, aplicável àqueles de até R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais). (Incluído pelo Decreto n.º 7.594, de 2011)

(...)

15 - Por fim, a Portaria Interministerial n.º 507/2011, editada pelos Ministros do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria Geral da União, tratou da contratação por entidades privadas sem fins lucrativos nos seguintes termos:

Seção I

DA CONTRATAÇÃO POR ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS

Art. 57. Para a aquisição de bens e contratação de serviços, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

Parágrafo único. A entidade privada sem fins lucrativos deverá contratar empresas que

tenham participado da cotação prévia de preços, ressalvados os casos em que não acudirem interessados à cotação, quando será exigida pesquisa ao mercado prévia à contratação, que será registrada no SICONV e deverá conter, no mínimo, orçamentos de três fornecedores.

Art. 58. A cotação prévia de preços prevista no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, será realizada por intermédio do SICONV, conforme os seguintes procedimentos:

(...)

§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária:

I quando o valor for inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço ou compra ou ainda para obras, serviços e compras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; e

(...)

Art. 59. Cada processo de compras e contratações de bens, obras e serviços das entidades sem fins lucrativos deverá ser realizado ou registrado no SICONV contendo, no mínimo, os seguintes elementos:

(...)

Art. 61. Nas contratações de bens, obras e serviços as entidades privadas sem fins lucrativos poderão utilizar-se do sistema de registro de preços dos entes federados.

IV – Desnecessidade de licitação pública por parte de entidades privadas sem fins lucrativos ao contratar obras com recursos da União

16 - Observadas a controvérsia e a legislação de regência, partese para a busca da solução jurídica do caso sob exame.

17 - Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que as entidades privadas sem fins lucrativos receptoras de recursos da União aqui estudadas são integrantes do Terceiro Setor. Isso significa que não integram a Administração Pública, mas desempenham alguma atividade de interesse público.

18 - Podese dizer que se encontram em um estágio anterior àquele ocupado pelas Organizações Sociais e pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, uma vez que dependem do preenchimento de alguns requisitos legais para alcançar, se desejarem, àquelas qualificações.

19 - Todavia, em essência, uma entidade privada sem fins lucrativos receptora de recursos da União não difere de uma Organização Social ou de uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Um cidadão ao receber os serviços prestados por uma dessas três entidades dificilmente perceberá distinção.

20 - Tomada como premissa essa semelhança entre as entidades do Terceiro Setor, convém dizer que até pouco tempo o Tribunal de Contas da União afastava a necessidade de licitação por parte das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, mas incompreensivelmente a



exigia em relação às Organizações Sociais.

21 - Tal incongruência foi exposta no Parecer n.º 81/2011/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Exmo. Sr. Consultor Geral da União em 21/10/2011, no qual o subscritor da presente peça jurídica se manifestou em relação à desnecessidade de licitação e pela obediência das Organizações Sociais ao art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007:

(...)

50. Diante do exposto, seguindo posição externada pela autoridade máxima desta Advocacia Geral da União na ADI n.º 1923/DF, entendese que:

a) por conta da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas, ratificada, in casu, pelo indeferimento de medida cautelar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1923/DF, os arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98 vigem plenamente e estipulam que as organizações sociais devem observar seus regulamentos próprios ao contratar com terceiros, consistindo tal previsão legal em exceção válida ao princípio licitatório, nos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República;

b) o Decreto n.º 5.504/2005 é absolutamente incompatível com os arts. 4.º, VIII, e 17 da Lei n.º 9.637/98, não sendo, assim, aplicável às organizações sociais;

c) o Decreto n.º 6.170/2007, por outro lado, é aplicável às organizações sociais e determina a observância de princípios essenciais ao trato dos recursos públicos quando da produção do regulamento específico relativo à contratação de bens e serviços pelas organizações sociais;

d) a tese firmada no Acórdão n.º 601/2007 – 1.ª Câmara e repetida no Acórdão n.º 2.569/2011 – 2.ª Câmara do Tribunal de Contas da União merece ser revista; e

e) nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição de 1988, é inafastável o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União sobre as contas das organizações sociais que recebem recursos federais.

22 - Mais adiante, em sessão realizada em 27/11/2013, o Plenário do Tribunal de Contas da União assim revisou seu entendimento sobre as Organizações Sociais (Acórdão n.º 3.239/2013 – Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues):

RELATÓRIO DE AUDITORIA OPERACIONAL. TRANSFERÊNCIA DO GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE A ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. FALHAS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES. MONITORAMENTO.

(...)

5. As organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado.

(...) Relatório:

Adoto, como relatório, a instrução peça 59, da lavra da Secex/Saúde, in verbis:

(...)

Realização de licitação pelas OS

Na visão daqueles que defendem que as organizações sociais estariam sujeitas aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, tais entidades também deveriam seguir a Lei Federal 8.666/1993 e realizar procedimento licitatório quando aplicassem recursos públicos na aquisição de bens e serviços.

A Lei Federal 9.637/1998 determina que as OS elaborem regulamento próprio com os procedimentos para contratação de obras e serviços e para a aquisição de bens, regulamento que deveria ser aprovado pelo Conselho de Administração da entidade [art. 17] (...)

Já o Decreto 5.504, de 5/8/2005, estabeleceu a exigência de utilização do pregão para entes públicos ou privados nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, tendo estendido tal exigência para as OSs e Oscips [art. 1.º, caput, e §§ 1.º e 5.º] (...)

Mais recentemente, o Decreto 6.170/2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, definiu que:

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.

Portanto, não se pode considerar como válida a exigência de pregão para organizações sociais e Oscips. Primeiro porque a Lei Federal 9.637/1998 exige das organizações sociais a elaboração de regulamento próprio de contratação de obras e serviços e aquisição de bens, e um Decreto, a princípio, não poderia dispor de forma divergente de lei ordinária. Segundo, porque o Decreto 6.170/2007, posterior, trouxe nova normatização acerca do mesmo tema, retirando a necessidade de pregão eletrônico para as transferências voluntárias, o que se aplica também às OSs. Entretanto, a necessidade de realização de procedimento licitatório pelas OSs ainda é tema polêmico dentro desta Corte de Contas. No Acórdão 1.070/2003TCU Plenário, o Tribunal seguiu o entendimento do Ministro-Relator Ubiratan Aguiar e firmou o entendimento de que as entidades privadas devem obedecer a Lei de Licitações e Contratos na realização de despesas feitas com recursos advindos de convênios. Todavia, após pedido de reexame do MPTCU, o Plenário acolheu proposta do Ministro Walton Alencar Rodrigues no sentido de firmar novo entendimento:

9.2. firmar o entendimento de que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações, ex vi do art. 116 da Lei 8.666/93;

Em 2005, o Tribunal julgou relatório de auditoria realizada no Termo de Parceria firmado entre o Ministério do Planejamento e a Oscip Rede Brasileira de Promoção de Investimentos. No julgamento foi discutida a aplicabilidade da Lei de Licitações a este tipo de entidade. O relator do processo, Ministro Marcos Vinícios Vilaça, havia entendido que a Lei Federal 8.666/1993 não seria aplicável, pois as Oscips são entidades privadas, que não fazem parte da administração pública direta ou indireta, seguindo o mesmo entendimento da Decisão 907/1997TCU Plenário, que havia estabelecido que as entidades integrantes do sistema 'S', apesar de manejarem recursos públicos, não precisariam seguir os estritos termos da Lei Federal 8.666/1993.

O Ministro Revisor, Ubiratan Aguiar, discordou de tal posicionamento, defendendo que os recursos transferidos para as Oscips não perderiam o caráter público, por isso sua aplicação deveria respeitar os princípios constitucionais do art. 37, inclusive a realização de procedimento licitatório.

Foi acolhida a proposta do Ministro Relator, no sentido de que as Oscips não se submetem à Lei de Licitações, mas sim ao regulamento próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência.

Todavia, entendimento diferente foi proferido em relação às organizações sociais no Acórdão 601/2007TCU1ª Câmara, que julgou recurso de reconsideração de OS, em cujo julgamento das contas havia sido determinado que atentasse para o §5º do art. 1º do Decreto 5.504/2005. O auditor responsável pela análise do recurso procurou demonstrar que a lógica do Acórdão TCU 1.777/2005Plenário, que firmou o entendimento de que as Oscips sujeitavam-se ao regulamento próprio, não se aplicava às organizações sociais.

O primeiro argumento levantado pelo auditor é de que o regime jurídico das OSs teria uma 'maior densidade publicista (...), parcialmente flexibilizado por regras de direito privado'. Já o regime jurídico das Oscips seria 'mais aproximado do direito privado (...), minimamente derogado por regras de direito público no que toca à aplicação dos recursos públicos obtidos por meio do termo de parceria'. Isso seria observado no maior controle do Poder Público sobre as OSs do que sobre as Oscips, na participação de agentes do Poder Público na estrutura da entidade, na permissão de uso de bem público.

Há de se concordar com o auditor quando ele diferencia o regime jurídico das OSs e das Oscip a partir da noção de que o primeiro seria mais publicista. A doutrina diferencia os dois tipos de entidades, principalmente, a partir da relação com o poder público. Enquanto as OSs normalmente assumem um serviço que antes era prestado pelo Estado, muitas vezes gerenciando servidores e patrimônio público, as Oscips normalmente passam a receber um suporte financeiro para prestar um serviço que já vinham prestando anteriormente.

No entanto, tal diferença entre os regimes jurídicos não justifica um entendimento diferente do proferido no Acórdão 1.777/2005TCUPlenário. O Plenário havia decidido que as Oscips estavam sujeitas ao regulamento próprio porque não faziam parte da administração direta ou indireta, o mesmo ocorrendo com as OSs. Apesar de o regime mais publicista, as organizações sociais ainda são entidades privadas, e não públicas.

O Ministro Relator do Acórdão 1.777/2005TCUPlenário entendeu que 'o Decreto [5.504/2005] não se harmoniza com a Lei 9.790/1999 nem com o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Para mim, entidades privadas, mesmo no manejo de recursos públicos, não precisam observar a Lei 8.666/93, pelas razões já expostas neste Voto'. O entendimento do relator também pode ser alicado às OSs, mesmo com um regime jurídico mais publicista, pois o Decreto 5.504/2005 também não se harmoniza com a Lei 9.637/1998.

O Acórdão 601/2007TCU1ª Câmara seguiu o auditor e firmou o entendimento de que 'as organizações sociais estão sujeitas às normas gerais de licitação e de administração financeira do poder público'.

Há de se ressaltar que este Acórdão é anterior ao Decreto 6.170/2007. No Acórdão 114/2010TCUPlenário, o Ministro Relator Benjamin Zymler não acolheu as determinações da equipe de auditoria para que uma Oscip seguisse as determinações da Lei Federal 8.666/1993. Foi proferida a seguinte determinação à entidade:

9.1. determinar à Fundação Instituto de Hospitalidade que, quando da gestão de recursos públicos federais recebidos mediante transferências voluntárias, observe os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, além da cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato, de acordo com o art. 11, do Decreto nº 6.170/2007;

Já o Acórdão 710/2010TCU^{2ª} Câmara alertou a uma organização social que ela deveria utilizar o pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns com recursos federais transferidos mediante contrato de gestão.

Por fim, o Acórdão 3.373/2012TCU Plenário, que apreciou auditoria operacional na SPDM, fez uma série de determinações à entidade no sentido de que seus procedimentos de contratação atendessem aos princípios da isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, bem como os preceitos gerais da Lei de Licitações, mas sem aplicar diretamente a lei nas aquisições da entidade.

Tendo em vista que este é um tema ainda cercado de polêmica dentro do Tribunal, o que pode levar a uma insegurança jurídica ao modelo das organizações sociais, propõe-se que o TCU firme o entendimento de que as organizações sociais submetem-se ao regulamento próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

(...)

Voto:

(...)

IV

Merecem registro duas questões concernentes a atuação das OSs mencionadas no relatório de auditoria: obrigatoriedade de realização de concursos públicos e observância da Lei 8.666/1993.

(...)

A jurisprudência desta Corte de Contas tem se inclinado a considerar que aquisição de produtos e contratação de serviços por organizações sociais não precisam seguir os estritos termos da Lei Federal 8.666/1993, sujeitando-se ao regulamento próprio sobre os procedimentos para compras e contratação de obras e serviços com recursos provenientes do Poder Público, que deve observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços (Acórdãos 353/2005, 114/2010 e 3.373/2012, do Plenário, e 601/2007, da 1ª Câmara).

Esse entendimento decorre diretamente do teor do caput do art. 116 da Lei 8.666/1993, que estabelece que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres deve atender, no que couber, às disposições da Lei de Licitações.

Os arts. 4º, VIII, e 17 da Lei 9.637/98 autorizam a organização social a elaborar 'regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações'. Entretanto, por se tratarem de regulamentos, devem possuir consonância com a norma verticalmente superior, que, no caso de utilização de recursos públicos federais, é a Lei 8.666/93 e, sobretudo, o disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal.

(...)



Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de auditoria operacional a respeito da transferência do gerenciamento de unidades públicas a entidades privadas;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fulcro no art. 250, incisos II e III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, em:

(...)

9.8. determinar ao Ministério da Saúde que, no prazo de 90 (noventa) dias:

(...)

9.8.2.5. as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado;

23 - Sem dúvida alguma, o Parecer n.º 81/2011/DECOR/CGU/AGU e o Acórdão n.º 3.239/2013 – Plenário do TCU inspiram o conteúdo da presente manifestação, já que as sutis distinções entre as entidades do Terceiro Setor não recomendam a diferenciação no regime de contratação perante terceiros, mesmo que haja verbas da União envolvidas.

24. Relembrese que uma das finalidades da execução de tarefas públicas pelo Terceiro Setor é o aproveitamento da maior flexibilidade das entidades privadas nas contratações, o que seria extremamente prejudicado pela obediência estrita à Lei n.º 8.666/93 e à Lei n.º 10.520/2002.

25. Pois bem. O conflito entre o art. 1.º, *caput* e § 1.º, do Decreto n.º 5.504/2005 e o art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 é claro.

26. A primeira norma cuida de “obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União” e exige licitação pública para a celebração desses contratos.

27. Já a segunda dispõe sobre a “aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos” e impõe apenas a realização de cotação prévia de preços e observância dos princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade na celebração desses contratos privados firmados pelas entidades privadas sem fins lucrativos.

28. Como se percebe, o art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 trata especificamente das entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos da União para a aquisição de produtos e a contratação de serviços. É norma específica sobre as entidades privadas sem fins lucrativos.

29. Diversamente, o art. 1.º, *caput*, do Decreto n.º 5.504/2005 cuida genericamente de contratos firmados por entes públicos ou privados que recebem recursos da União.

30. Desse modo, afirmase a aplicação do art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 às entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos da União. O art. 1.º, *caput* e § 1.º, do Decreto n.º 5.504/2005 não terá vez quando se tratar de entidades privadas sem fins

lucrativos que recebem recursos da União. Nos casos em que essas entidades não estiverem envolvidas, poderá ter lugar o art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005.

31. Por outro lado, é verdade que os termos utilizados em relação ao objeto das contratações foram diferentes nos Decretos n.ºs 5.504/2005 (obras, compras, serviços e alienações) e 6.170/2007 (aquisição de produtos e a contratação de serviços). Daí a interpretação realizada pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que pretende aproveitar o Decreto n.º 5.504/2005 no que se refere a obras.

32. Pelo que já disse até o momento, não parece adequado aproveitar o Decreto n.º 5.504/2005. Existe lacuna. O Decreto n.º 6.170/2007 regulou inteiramente a questão no que se refere às entidades privadas sem fins lucrativos, mas nada disse sobre as obras. Como resolver essa situação?

33. Diante da apontada lacuna, vale anotar que a analogia surge como método integrativo possível no Direito Administrativo. Nesse sentido, são as lições de Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida no seu espírito; a interpretação extensiva, que negamos possa ser aplicada ao Direito Administrativo, é a que estende um entendimento do Direito Privado, não expresso no texto administrativo, nem compreendido no seu espírito, criando norma administrativa nova. A distinção é sutil, mas existente (...) [1]

Há dois tipos de aplicação analógica: a *analogia legis* e a *analogia juris*. Na primeira, procurase estender uma regra existente a um caso de características afins; na segunda, procurase aplicar, ao caso não previsto, uma norma não existente, mas que se formula a partir da integralidade do sistema jurídico.

Dada a dupla e simultânea vocação peculiar do Direito Administrativo, à garantia da preservação da segurança jurídica, nas relações entre o Estado e a sociedade, e a instrumentar a satisfação do interesse público, só será admissível a aplicação da analogia legis quando a norma similar for também de Direito Administrativo, porque apenas assim terseá preservada a inteireza daquela missão.

A *analogia juris*, a que se aplica com a criação de uma norma analógica, a partir de todo o sistema jurídico, parecemos impraticável na disciplina, ainda porque refugiria ao sistema rígido de reserva legal da ação do Estado, que é o adotado na ordem jurídica brasileira, no qual as competências administrativas só podem estar expressas na lei. [2]

34. E haverá alguma regra de Direito Administrativo possível de ser aplicada pela via da *analogia legis* ao presente caso?

35. Eis o art. 14 da Lei n.º 9.790/99, que cuidou especificamente das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público:

Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4.º desta Lei.



36. O mencionado art. 14 prevê um regulamento próprio para a contratação de obras, serviços e compras, ou seja, dispensa a licitação pública. E isso pode ser aplicado ao presente caso com temperamentos.

37. In casu, a aplicação analógica do art. 14 da Lei n.º 9.790/99 tem de ser combinada com o art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007. Dessa forma, admite-se procedimento simplificado para as contratações realizadas pelas entidades privadas sem fins lucrativos independentemente do objeto da contratação.

38. Como muito bem anotado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, não há como sustentar a necessidade de licitação em relação a obras e dispensá-la quando se está diante de bens e serviços. Não há justificativa racional para essa distinção.

39. No plano normativo, também seguindo a tese desenvolvida no âmbito da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, ainda aparece outro fundamento para afastar a licitação. Trata-se da Portaria Interministerial n.º 507/2011, editada pelos Ministros do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria Geral da União, que em seus arts. 58, § 1.º, I, 59, *caput*, e 61 afastaram a licitação pública por parte das entidades privadas sem fins lucrativos também em relação à contratação de obras.

40. Além do que já foi dito, pode-se afirmar que o art. 116 da Lei n.º 8.666/93 não determina a aplicação de todas as suas normas aos convênios. Utilizou-se a expressão “no que couber” e isso deve ser considerado.

41. Retomando o conflito direto entre os Decretos n.ºs 5.504/2005 e 6.170/2007, cabe destacar que a doutrina já o apreciou em algumas oportunidades.

42. Muitos doutrinadores têm proclamado a revogação do art. 1.º, *caput* e § 1.º, do Decreto n.º 5.504/2005 pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007.

43. Ronaldo Quintanilha da Silva visualiza a revogação tácita do art. 1.º, § 1.º, do Decreto n.º 5.504/2005 pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007:

11 A simplificação trazida pelo Decreto n.º 6.170/2007 (Cotação prévia de preços)

O Decreto n.º 6.170/2007 dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências. Adiantando-se as consequências deste normativo, entendese que com sua entrada em vigor as entidades privadas sem fins lucrativos não estão mais submetidas aos ditames da Lei n.º 8.666/1993, nem da Lei n.º 10.520/2002. Em outros termos, não estão mais obrigadas a realizar as modalidades previstas nesses normativos. O que foi imposto pela IN n.º 3/2003, após quase uma década, está desfeito. Citase o art. 11 do Decreto, que nos leva a tal conclusão;

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 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. (...)

Esse artigo ampara-se no art. 116 da Lei n.º 8.666/1993 e dispensa as entidades privadas sem fins lucrativos da realização de processo licitatório nos moldes das leis men-

cionadas, quando da gestão das transferências voluntárias disciplinadas pelo Decreto nº 6.170/2007. Esse Decreto institui o procedimento simplificado, ou seja, a realização de cotação prévia de preços no mercado, além de mencionar o dever de seguir os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

O Decreto nº 6.170/2007 traz diversos dispositivos, além do citado acima, que tratam da matéria, a saber: conceitos, inclusive incluindo as entidades privadas sem fins lucrativos, que como visto no tópico 5 não se fazia menção; normas de celebração, acompanhamento e prestação de contas; Siconv (Sistema de convênios e contratos de repasse).

Na Exposição de Motivos nº 00142/2007/MP do referido Decreto, acessada na tese defendida por Salinas, 2008, o objetivo básico é declarado, como sendo a alteração da sistemática de formalização, acompanhamento e prestação de contas dos recursos transferidos, tornando-a mais eficiente e transparente, em atendimento às determinações do Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 788/2006 – Plenário. O TCU surge, mais uma vez, como indutor de mudanças na Administração Pública.

(...)

Portanto, entendese que ocorreu a revogação tácita do Decreto nº 5.504/2005, da mesma forma é o posicionamento do MPOG, exposto no sítio na internet (www.convenio.gov.br), cujos esclarecimentos às entidades privadas sem fins lucrativos a respeito do Decreto nº 6.170/2007 e da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008, assim se apresentam:

Esclarecemos que, em razão do disposto no art. 11 do Decreto nº 6.170, de 2007, entendese existir uma revogação tácita do art. 1º, §1º do Decreto nº 5.504, de 2005, ou seja, inexistência de necessidade das entidades privadas sem fins lucrativos realizarem pregão para selecionar os terceiros com quem irão contratar. (...)

Em 2010, a Comissão Gestora do Siconv passou a disponibilizar no Portal dos Convênios as diretrizes sobre temas polêmicos ou esclarecimentos necessários. A Diretriz nº 006/2010 – Contratação de Terceiros orienta ao uso da cotação prévia de preços.

(...)

12 Conclusão (...)

No emaranhado de legislação existente, há comandos que determinam a realização de processo licitatório, com base na Lei nº 8.666/1993 e outros que o dispensam, bastando uma cotação prévia de preços, este é o caso do Decreto nº 6.170/2007. Portanto, a pergunta que se faz é como as entidades sem fins lucrativos devem proceder na aquisição de bens e contratação de serviços?

(...)

Diante disso, o primeiro ponto que nos conduz nessa discussão é o âmbito de incidências das Leis nºs 8666/1993 e 10.520/2002 que não trazem em seus comandos as entidades privadas sem fins lucrativos. A primeira menciona as empresas públicas e as sociedades de economia mista, para as quais inclusive são permitidas edições de regulamentos próprios, nos termos do art. 119 da Lei nº 8.666/1993.

As entidades privadas sem fins lucrativos não estão submetidas a esses regramentos.

(...)[3]

44. Maria Tereza Fonseca Dias, ao examinar a questão em relação às Organizações Sociais e às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, é verdade, afirma a revogação

tácita do Decreto n.º 5.504/2005 e cita interessante julgado do Tribunal de Contas da União:

No caso das entidades do Terceiro Setor, é ainda mais fácil o reconhecimento da regra que determina a edição de regulamentos próprios para suas contratações, uma vez que tais entidades não integram a Administração Pública.

Diversamente de tais regras, entretanto, foram editados regulamentos federais, tais como: Decreto n.º 5.504, de 5 de agosto de 2005 (art. 1.º, §§1.º e 5.º), Decreto n.º 6.170, de 25 de julho de 2007 (art.

11) e Portaria Interministerial n.º 127/2008 (esta para os convênios), que passaram a exigir ora a realização de pregão, ora a realização de cotação prévia de preços no mercado, para que as entidades do Terceiro Setor realizem suas contratações com os recursos recebidos da Administração Pública. Assim, a pergunta posta diante dessa legislação é a existência de uma eventual contradição entre as normas citadas, na tentativa de se definir qual regime jurídico será aplicado nas contratações das entidades do Terceiro Setor que firmaram ajustes administrativos com a Administração Pública.

A questão de incompatibilidade normativa colocale notadamente em relação ao conteúdo do Decreto n.º 5.504/2005, que não só determina a realização de licitação para essas entidades, como ainda estabelece a obrigatoriedade de utilização da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns. Gustavo Justino de Oliveira, desde a edição desse Decreto, já advogava a sua ilegalidade em face da legislação sobre o Terceiro Setor editada e transcrita anteriormente, que estabelecia a edição do regulamento próprio. Após a Edição do Decreto n.º 6.170/2007 e da Portaria Interministerial n.º 127/2007, determinando apenas a cotação prévia dos preços, entende-se que houve a revogação tácita do Decreto n.º 5.504/2005.

Sobre o Decreto n.º 6.170/2008, confirase decisão do TCU no Acórdão n.º 114/2010, que tratado alcance de seu conteúdo, nos termos do voto do Ministro Ubiratan Aguiar:

‘Nesse Decreto, o art. 11, para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 8.666/1993, estabelece que as entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos da União mediante convênio 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.

Entendo, portanto, que essa deve ser a extensão da aplicação do Estatuto das Licitações pelas entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos mediante transferências voluntárias da União.

Nesse sentido, reputo desnecessárias determinações que se refiram à aplicabilidade da Lei n.º 8.666/1993 por parte da multicitada Fundação, por ser uma OSCIP, tampouco acolhimento das audiências propostas em virtude de inobservância desse normativo.’

Em que pese à existência de divergência quanto à aplicabilidade da Lei n.º 8.666/93 aos contratos firmados pelas entidades do Terceiro Setor, o fato é que começa a se firmar o entendimento que ditos regulamentos estão albergados pela ordem jurídica nacional e que as entidades privadas sem fins lucrativos não se submetem ao regime da Lei n.º 8.666/93, desde que, conforme ressalva feita por Lucas Rocha Furtado, os regulamentos sejam compatíveis com os princípios da Administração Pública e os parâmetros definidos pela Lei Geral de Licitações.[4]

45. Luciano Ferraz admite que as entidades do Terceiro Setor realizem apenas a cotação prévia antes de suas contratações e declara a revogação parcial do art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005:

3 Do dever de licitar das entidades do terceiro setor que recebem recursos públicos

Além do aspecto relativo à seleção das entidades do terceiro setor que estabelecerão os vínculos cooperativos com o Poder Público (contratos de gestão, termos de parceria e convênios), também desperta interesse a questão referente à aplicação dos recursos públicos por parte dessas entidades.

O dever de prestar contas, estabelecido no parágrafo único do art. 70 da Constituição tem natureza jurídica de obrigação pública. Por óbvio, aquele que presta contas de recursos públicos tem o dever de demonstrar sua boa aplicação: o uso correto e adequado das verbas públicas é correlativo da incidência dos princípios constitucionais da legalidade, legitimidade e economicidade (caput do art. 70). Como decorrência, entendese haver dever implícito de licitar, ainda que em termos diversos do que é prescrito aos órgãos e entidades públicas.

É dizer: as entidades que recebem recursos públicos podem e devem se submeter a rito licitatório para efeito de contratação, rito este que pode ser diferente do que é previsto pelas Leis n.ºs 8.666/93 e 10.520/02.

Não obstante, o Decreto Federal n.º 5.504/05, afastandose desse entendimento, havia estabelecido que os entes públicos ou privados que recebessem recursos da União deveriam contratar mediante a abertura de um procedimento de licitação, 'de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente'. Tais disposições seriam aplicáveis também às OS e OSCIPS:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

[...]

§ 5º Aplicase o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei no 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Considero que o art. 1º do Decreto é ilegal. Ele é norma de segunda estirpe e não pode contrariar instrumento normativo superior. O Decreto fere a norma do art. 116 da Lei n.º 8.666/93, que estabelece sua aplicação aos convênios apenas 'no que couber'. Fere também a Lei n.º 9.637/98, relativamente às OS, e a Lei n.º 9.790/99, relativamente às OSCIPS, já que ditas entidades devem possuir, na forma do art. 17 da Lei n.º 9.637/98 e art. 14 da Lei n.º 9.790/99, regulamentos próprios de licitações e contratos.

Em boa hora foi editado o Decreto Federal n.º 6.170/07,3 que revogou parcialmente o art. 1º do

Decreto n.º 5.504/05, passando a dispor:

Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei n.º 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.



O art. 11 do Decreto Federal nº 6.170/07 foi regulamentado pela Portaria nº 127/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que prevê uma espécie de 'licitação virtual', realizada por meio de um sistema da União denominado SINCOV (ligado ao SICAF) que realizará a cotação de preço em benefício das entidades sem fins lucrativos (art. 45 et. seq.).

Tocante ao regulamento próprio a que se submetem, por força de lei, as OS e as OSCIPS, ressalta-se que não se trata de regulamento geral aplicável a todas as entidades. Trata-se, em verdade, de específico regulamento para cada entidade, posição que se assemelha à adotada pelo TCU para as licitações das entidades do 'Sistema S'.

Por derradeiro, cabe mencionar que o anteprojeto de lei substitutivo do DecretoLei nº 200/67 antes mencionado prevê (art. 80, §3º) que a entidade não estatal deverá observar, para fins de dispêndio de recursos públicos, procedimentos concorrenciais peculiares.

4 À guisa de conclusão

A realização do interesse público não é predicado da pessoa jurídica do Estado e de entidades que lhe pertencem. Particulares também desempenham tarefas públicas, mediante vínculos jurídicos firmados com o Estado. É o caso das entidades do terceiro setor.

A história brasileira é rica em exemplos bem sucedidos de parcerias entre o setor público e o setor privado. Nas últimas décadas instrumentos legislativos estabeleceram marcos legais das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/98) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790/99), sem prejuízo da tradicional transferência de recursos públicos para entidades sem fins lucrativos, mediante convênios e instrumentos congêneres.

A seleção das entidades beneficiárias segue regras distintas a depender do seu tipo, mas a incidência dos princípios da Administração Pública recomenda, sempre que possível, a instalação de procedimentos competitivos, como demonstra o esboço apresentado neste ensaio.

Quando as entidades do terceiro setor lidam com recursos públicos terminam por se submeter a regime jurídico 'publicizado', o que não quer significar necessariamente regime jurídico idêntico ao que se aplica aos órgãos e entidades da Administração Pública.

Por força da legislação pertinente, as OS (art. 17 da Lei nº 9.637/98) e as OSCIPS (art. 14 da Lei nº 9.790/99) possuem estatutos próprios de licitação e contratos, afigurando-se ilegais atos regulamentares e normativos que pretendam lhes aplicar o disposto na Lei nº 8.666/93. As entidades conveniadas, ao seu turno, mercê do que dispõe o art. 116 da Lei nº 8.666/93, regulamentado pelo Decreto nº 6.170/07, devem seguir princípios da Administração Pública, submetendo-se a coleta de preços pelo SICONV ou fora dele, porém nele registradas.

A nova sistemática legal é mais adequada e apropriada à natureza finalística das entidades privadas sem fins lucrativos, por não submetê-las por completo à rigidez do regime jurídico de direito público e assegurar, por força dos procedimentos adotados, o respeito aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública.[5]

46. Pericles Ferreira de Almeida traça um panorama do histórico normativo e jurisprudencial bastante interessante sobre a superação do Decreto nº 5.504/2005:

2 Contratação por entidade privada com recursos repassados

Omisso o antigo Decreto nº 93.872/1986 — na parte que trata de convênios revogado

pelo Decreto nº 6.170/2007 —, a Instrução Normativa STN nº 01/1997 determinou que as entidades privadas, na execução de despesas com recursos recebidos por convênio, deveriam adotar procedimentos análogos aos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993 (art. 27, parágrafo único).

Firmando posição de crítica a tal norma, no Acórdão nº 1.070/2003, o Tribunal de Contas da União entendeu que os parceiros privados, ao firmarem convênio, assumem integralmente os deveres impostos aos entes públicos, notadamente o de promover licitação nos exatos termos da Lei nº 8.666/93 e, por força dessa premissa, determinou à Secretaria do Tesouro Nacional que reformulasse a redação do parágrafo único do art. 27 da IN STN nº 01/97 para exigir das entidades privadas, quando da aplicação de recursos públicos repassados, a observância da Lei de Licitações.

Daí seguiu-se a edição da IN STN nº 03/2003, alterando o precitado art. 27 para impor a realização de licitação aos entes privados.

Pouco depois, no entanto, a Corte de Contas da União reviu sua jurisprudência no julgamento registrado no Acórdão nº 353/2005 — pedido de reexame interposto em desfavor do Acórdão nº 1.070/03 —, decidindo por recomendar à Presidência da República que procedesse à regulamentação do art. 116 da Lei nº 8.666/93, para explicitar quais disposições dessa Lei devem ser seguidas pelo particular partícipe de convênio nas hipóteses de execução de despesa com recursos públicos repassados, sugerindo no corpo da decisão que as normas gerais de licitação devem se aplicar aos entes privados, nesses casos, apenas no que couber.

Essa orientação, aparentemente, influenciou a edição do Decreto nº 5.504/2005. Contudo, surpreendeu a solução acolhida tenha sido, ao contrário do sugerido no bojo do Acórdão nº 353/05, estabelecer nos instrumentos de formalização de convênios e congêneres cláusula que determine que as contratações realizadas por entes privados com recursos ou bens repassados sejam precedidas de licitação pública, preferencialmente por pregão na forma eletrônica, ressalvados apenas os casos de dispensa e inexigibilidade, ainda assim cumpridos os requisitos legais para sua formalização (art. 1º).

Curioso, de resto, tenha a mesma imposição sido alastrada às Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) (art. 1º, §5º). Isto porque já ao tempo do nascimento do Decreto encontravam-se vigentes, respectivamente, as Leis nº 9.637/1998 (art. 17) e nº 9.790/1999 (art. 14) determinando que as contratações efetuadas por essas entidades com recursos provenientes do Poder Público devem respeitar regulamento próprio contendo procedimentos fixados com base nos princípios da Administração Pública, previamente publicado. Retornaremos a este ponto linhas adiante.

Apenas com o Decreto nº 6.170/07, que atualmente regulamenta os convênios para transferência de recursos, foi retomado o caminho adequado, abandonandose a exigência de licitação para se permitir, desde então, seja realizada no mínimo cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade (art. 11). A Portaria Interministerial MPOG/MF/MCT nº 127/2008 complementou a regra, impondo para a cotação prévia, em especial, rito próprio com a utilização do SICONV (arts. 45 a 48). Com o advento da Portaria Interministerial nº 527/2011, que revogou a PI nº 127/08, a disciplina do tema foi praticamente mantida na íntegra (arts. 57 a 61).[6]

47. Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Paganini de Souza enfatizam a prevalência do regime de direito privado nas contratações realizadas pelo Terceiro Setor, mesmo nos casos de recebimento de recursos públicos, e também se posicionam pela derrogação do art. 1º do Decreto nº 5.504/2005:



5 Equiparação das entidades do Terceiro Setor a entidades estatais

Outro exemplo de norma de equiparação do Terceiro Setor ao Estado foi a resultante do art. 1º do

Decreto Federal nº 5.504/2005. (...)

Como se vê, dessas disposições extrai-se norma exigindo a realização de licitação pública para as contratações de serviços e obras, bem como para as compras e alienações, feitas com utilização de recursos repassados pela União mediante parcerias. Para a contratação de bens e serviços comuns com uso desses recursos, exigia-se a licitação na modalidade de pregão, preferencialmente na sua forma eletrônica. E — o que era curioso — tais providências eram exigidas, inclusive, das entidades privadas sem fins lucrativos.

Tais normas, contudo, foram longe demais na pretendida equiparação e, com razão, tiveram que ser derogadas. A derrogação ficou a cargo do Decreto nº 6.170/2007 que, ao instituir o novo regime regulamentar para as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, previu a regra constante de seu art. 11, a saber:

Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007

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.

Veja-se que, de acordo com a nova regra, as entidades privadas sem fins lucrativos, para a contratação de bens e serviços com recursos oriundos da União, sujeitam-se apenas ao dever, que é próprio de qualquer administrador diligente, de cotação prévia de preços no mercado. Não mais se lhes impõe o dever de realização de licitação na modalidade de pregão, como se fossem típicas repartições de Estado. A norma do art. 1º do Decreto nº 5.504/2005 foi tacitamente derogada no que tange às entidades privadas sem fins lucrativos, passando a aplicar-se apenas às entidades estatais que recebam recursos da União (ou seja, os Municípios, Estados, o Distrito Federal e as entidades pertencentes às respectivas Administrações Indiretas).

Veja-se como o derogado art. 1º do Decreto nº 5.504/2005 partia do equivocado pressuposto de que, para atender a uma exigência de licitação supostamente constante do art. 116 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos (disse '[p]ara efeito do disposto no art. 116...'), as entidades privadas sem fins lucrativos teriam que licitar. Ora, o aludido art. 116 não leva e jamais levou a uma exigência nesse sentido — ele diz apenas que as normas da Lei nº 8.666/93 aplicam-se 'no que couber' aos convênios e instrumentos congêneres, sendo certo que as normas da Lei nº 8.666/93, ao imporem o dever de licitar, o fazem dirigindo-se apenas, como é apropriado, a entes e entidades estatais, integrantes do aparelho administrativo do Estado — jamais se dirigem a entidades não estatais. A imposição legal do dever de licitar dirige-se a organismos estatais até mesmo pelo fato de a lei servir para regulamentar esse dever que é antes constitucional, sendo certo que, já na sua conformação constitucional, o dever se reporta, sem sombra de dúvidas, ao Estado. Não caberia nem cabe supor que o art. 116 da Lei nº 8.666/93 estaria a exigir das entidades não estatais qualquer mimetismo de Estado, qualquer dever de licitar como se repartições públicas fossem.

Tanto era excessiva a exigência de pregão para as entidades sem fins lucrativos que acabou derogada, sendo substituída por uma norma — a que exige cotação prévia de preços no mercado

— finalmente consentânea com o regime de direito privado, apropriado à atividade de

gestão privada de recursos privados (ainda que para fins públicos) que se passa nestas entidades.[7]

48. Márcia Lima de Aquino também aponta a desnecessidade de procedimento licitatório:

(...)

O art. 11 do Decreto 6.170/2007 estabelece que para efeito do disposto no art. 116 da Lei 8.666/93, 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 por ocasião da celebração do contrato.

Conforme já mencionado anteriormente, o art. 116 da lei de licitações estatui que:

Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Inferese, assim, que, o Decreto 6.170/2007 esclareceu a abrangência do termo 'no que couber' expressa na Lei 8.666/93, dúvida suscitada no processo que originou o Acórdão 1.070/2003 Plenário, do Tribunal de Contas da União, tendo sido, inclusive, objeto de recomendação dirigida à Presidência da República, como será visto mais adiante.

Em outra frente, note-se que, em razão do disposto no art. 11 do Decreto 6.170/2007, o art. 1º, § 1º do Decreto 5.504/2005 foi revogado tacitamente, estando as entidades privadas sem fins lucrativos desobrigadas de utilizar a modalidade.

(...)

Conclusão

(...)

Antes da edição do Decreto 6.170/2007, havia incertezas quanto à obrigatoriedade de que as entidades privadas, ao gerir recursos públicos oriundos de convênios, observassem plenamente a Lei 8.666/93.

O Tribunal de Contas da União, orientando e disciplinando o assunto, primeiramente reputou inadequada a permissão contida na IN STN 1/97, que autorizava que o conveniente privado adotasse procedimentos análogos ao estabelecido na Lei de Licitações.

Como consequência, o Tesouro Nacional alterou o referido normativo, que passou a dispor que o conveniente, ainda que entidade privada, sujeitasse, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei 8.666/93, especialmente em relação à licitação e contrato.

Em seguida, a compreensão sobre o tema foi alterada pelo Tribunal, firmandose o entendimento que a aplicação de recursos públicos geridos por particular em decorrência de convenio deve atender, no que couber, a Lei de Licitações. Naquela mesma oportunidade, foi dirigida recomendação à Presidência da República para que regulamentasse o art. 116 da Lei 8.666/93, de forma a estabelecer os dispositivos da Lei 8.666/93 que deviam ser seguidos pelo particular partícipe de convênio, o que veio a ser implementado por meio do Decreto Federal 6.170/2007, que dispôs, entre outras matérias, sobre a exigência de que as entidades privadas sem fins lucrativos realizem cotação prévia de preços no mercado quando da aquisição de bens e serviços com recursos advindos



de convênio.

(...)

O convênio firmado com entidade privada sem fins lucrativos, enquanto instrumento apropriado para viabilizar a associação de interesses entre o setor público e privado, permite que o particular, gerenciando recursos públicos, adquira bens e serviços de terceiros sem se submeter integralmente aos ditames da Lei 8.666/93, comportamento cuja legalidade foi reafirmada com a edição do Decreto 6.170/2007.

(...)

Logo, as dúvidas sobre a exigência ou não de que as entidades privadas sem fins lucrativos participem de convênios realizem procedimento licitatório na forma preconizada pela Lei 8.666/93 dissiparam-se em razão da edição do Decreto 6.170/2007 e respectivas portarias regulamentadoras: não é necessário adotar a lei licitatória, mas sim realizar cotação prévia de preços no mercado por meio do Sistema SICONV, desde que observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade

(...)[8]

49. Não se desconhece, todavia, a existência de posicionamento doutrinário em sentido diverso, ou seja, pela observância de licitação pública. Nesse sentido, são as lições dos juristas Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

13 Cotação prévia de preços no mercado e dever de licitar

Seguiu-se a edição do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, dispoendo sobre as transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Seu art. 11 estabelece que, para o efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666/93, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União, transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos, devam 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.' Cogitouse, então, de que o art. 11 do Decreto nº 6.170/07 revogou o art. 1º do Decreto nº 5.504/05.

Assim não é, todavia. O art. 11 do Decreto nº 6.170/07 não afasta o dever de licitar da entidade privada sem fins lucrativos que receba recursos provenientes do orçamento da União. Apenas ressalva que a entidade, no mínimo, deve realizar cotação prévia de preços antes de contratar, comando normativo que se veio somar a outros textos determinantes de que, em todo o procedimento licitatório e de contratação direta, a fase preparatória há de ser instruída com a estimativa de preços do objeto, aferida por meio da realização de ampla pesquisa no mercado. A pesquisa de preços, registre-se, objetiva estimar o custo do objeto a ser adquirido, servindo, também: (a) à definição dos recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais □ (b) à escolha da modalidade licitatória adequada □ e (c) como parâmetro para a análise das propostas dos licitantes.

Admitir que entidade privada possa contratar com recursos públicos, livre do procedimento licitatório, mediante a só pesquisa de preços no mercado, a esta transformaria de passo preliminar em requisito bastante para contratar com qualquer pessoa que cotasse preço aceitável, sem qualquer outro cuidado quanto à qualificação e condições da contratada para cumprir as obrigações pactuadas e, portanto, atender às finalidades de interesse público que motivaram a contratação.

A propósito, vejase que, no caso de convênio entre o poder público e entidade privada sem fins lucrativos, existe a determinação para que os recursos públicos repassados sejam aplicados mediante licitação. É o que prevê o art. 27 da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional n° 1/97, alterada pela IN n° 03/03, verbis: 'O conveniente, ainda que entidade privada, sujeitase, quando da realização de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista pela Lei n° 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.'[9]

50. Portanto, considerase que as entidades privadas sem fins lucrativos não qualificadas como Organizações Sociais nem Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não estão obrigadas a seguir as regras de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 10.520/2002 no caso da contratação de obras com recursos disponibilizados pela União.

51. Por óbvio, a prevalência da tese aqui firmada não significa pouco apreço pelo dinheiro público ao afastar a necessidade de licitação nos casos de contratação de obras por entidades privadas sem fins lucrativos receptoras de recursos da União.

52. Recomendase sempre máximo rigor na fiscalização da aplicação dos recursos públicos repassados a essas entidades. Os controles interno e externo devem ser exercitados plenamente.

53. Tratandose de entidade do Terceiro Setor o foco é que passa a ser o resultado alcançado com a aplicação do recurso público, abandonandose o mero contentamento com o controle burocrático dos meios.

54. Com efeito, é inafastável o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União quando se está diante de recursos repassados pela União (arts. 70 e 71 da Constituição da República).

V – Sugestão de consulta ao Tribunal de Contas da União

55. De qualquer modo, a relevância da matéria sugere uma prudência mais acentuada.

56. Recomendase, assim, a formulação de uma consulta ao Tribunal de Contas da União para que seja examinada especificamente a obrigatoriedade ou não de observância de procedimento licitatório por parte de entidades privadas sem fins lucrativos ao contratar obras com recursos da União.

57. Tal consulta, prevista no art. 1.º, XVII, da Lei n.º 8.443/92, e nos arts. 1.º, XXV□ 15, I, “o” e 264, III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, evidentemente, dependerá de juízo de conveniência e oportunidade a cargo do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União.

VI – Conclusão

58. Ante o exposto, com fundamento nas características essenciais do Terceiro Setor, na revogação parcial tácita do art. 1.º do Decreto n.º 5.504/2005 pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007 e na extensão, via analogia legis, da dispensa licitatória prevista no art. 14 da Lei n.º 9.790/99 ao presente caso, entendese que:

a) as entidades privadas sem fins lucrativos não qualificadas como Organizações Sociais nem Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não estão obrigadas a seguir as regras de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 10.520/2002 no caso da contratação de obras



com recursos disponibilizados pela União; e

b) diante da relevância da matéria, é recomendável a formulação de consulta ao Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 1.º, XVII, da Lei n.º 8.443/92, e dos arts. 1.º, XXV; 15, I, “o” e 264, III, do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

À consideração superior.

Brasília, 19 de novembro de 2014.

Antonio dos Santos Neto
Advogado da União
Matrícula SIAPE n.º 1507736
OAB/DF n.º 24.052

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO DOS SANTOS NETO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1765687 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO DOS SANTOS NETO. Data e Hora: 18 03 2015 13:41. Número de Série: 2354148774697928242. Emissor: AC CAIXA PF v2.

REFERÊNCIAS

[1] Meirelles. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 30.ª ed., Malheiros, 2005, p. 50.

[2] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14.ª ed., Forense, 2005, p. 110.

[3] SILVA, Ronaldo Quintanilha da. A obrigatoriedade de licitar não deve ser imposta às entidades privadas sem fins lucrativos. *Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS*, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, jan./jun. 2011. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.

[4] DIAS, Maria Tereza Fonseca. Licitação e Terceiro Setor. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, ago. 2012. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.

[5] FERRAZ, Luciano. *Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira*. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.

[6] ALMEIDA, Pericles Ferreira de. Convênio administrativo: reflexões sobre a contratação por entidade privada com recursos repassados e sobre a propriedade do bem objeto do ajuste. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 140, ago. 2013. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.

[7] SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o Terceiro Setor. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional – A&C*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.

[8] Aquino, Márcia Lima de. *Celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos: é exigível ou não o processo licitatório?* Monografia apresentada ao programa de PósGraduação da Universidade Gama Filho como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Auditoria Governamental, Brasília, 2009. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055864.PDF>

[9] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Gestão e probidade na parceria entre Estado, OS e OSCIP: apontamentos sob a perspectiva dos princípios e normas regentes das licitações e contratações administrativas. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 91, jul. 2009. Disponível em: . Acesso em: 11 nov. 2014.



DESPACHO n. 076/2015/CGOR/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.001565/201355

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

Sr. Diretor,

Estou de acordo com o PARECER N° 102/2014/DECOR/CGU/AGU, elaborado pelo Advogado da União Dr. Antônio dos Santos Neto, que conclui no sentido de que as entidades privadas sem fins lucrativos não estão obrigadas a seguir as regras de licitação previstas na Lei n° 8.666/93 e na Lei n° 10.520/02 nas hipóteses de contratação de obras com recursos repassados pela União.

Da leitura do opinativo em apreço, percebe-se que a tese albergada encontra respaldo na doutrina que se debruçou sobre o tema. Nada obstante, conforme sugerido expressamente no referido parecer, faz-se mister a remessa do entendimento adotado para análise do Tribunal de Contas da União, tendo em vista a relevância da matéria e a ausência de posicionamento consolidado da Corte de Contas a respeito da mesma.

Ultimada a análise da matéria, sugere-se sejam restituídos os autos à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde, bem como seja dada ciência do posicionamento adotado à Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Brasília, 17 de março de 2015.

Rafael Figueiredo Fulgêncio

Advogado da União

Coordenador-geral de Orientação do DECOR/CGU

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688001565201355 e da chave de acesso b7950af8

Documento assinado eletronicamente por RAFAEL FIGUEIREDO FULGENCIO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1746151 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): RAFAEL FIGUEIREDO FULGENCIO. Data e Hora: 18032015 14:09. Número de Série: 3615379769835701613. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO n. 00011/2017/DECOR/CGU/AGU

NUP: 00688.001565/201355

INTERESSADOS: CONJUR/MS E CONJUR/MP

ASSUNTOS: Obrigatoriedade ou não de observância de procedimento licitatório por parte de entidades privadas sem fins lucrativos no caso da contratação de obras custeadas pela União

Senhor ConsultorGeral da União Substituto,

1. Aprovo as conclusões do judicioso Parecer nº 102/2014/DECOR/CGU/AGU (seq. 4), e do Despacho nº 76/2015/CGOR/DECOR/CGU/AGU (seq. 5), no sentido de que as entidades privadas sem fins lucrativos, em sede de convênios ou contratos de repasse regidos pela Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, não estão obrigadas a realizar procedimento licitatório previamente à contratação de obras.

2. De fato, a Constituição Federal de 1988, no inciso XXI do seu art. 37, e no inciso XXVII do art. 22, exige a realização de certame nos casos em que a contratação for celebrada por órgãos ou entidades da Administração Pública direta e indireta. Nos convênios e contratos de repasse, regidos pela Portaria Interministerial nº 424, de 2016, e celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, não estará a conveniente obrigada a adotar a Lei nº 8.666, de 1993, nem tampouco a Lei nº 10.520, de 2002, justamente por não integrar a Administração Pública.

Constituição Federal de 1988

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

(...)

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:

(...)

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.

(...)



3. Disposições da Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, supervenientes ao Parecer nº 102/2014/DECOR/CGU/AGU, confirmam o entendimento ora consolidado. De fato, ao tratar “Da Contratação por órgãos e entidades da Administração Pública”, a norma foi cristalina ao prever a utilização da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 10.520, de 2002. Já quanto às contratações de terceiros por entidades privadas sem fins lucrativos, a norma não exige a aplicação das referenciadas leis, prevendo a realização, no mínimo, de cotação prévia de preços para contratação de serviços e aquisição de bens. O próprio conceito de contrato administrativo, previsto na Portaria, apenas se refere ao “órgão” conveniente (e não entidades privadas) como contratante:

Art. 1º Esta Portaria regula os instrumentos de repasse celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou entidades privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 1º Para os efeitos desta Portaria, considerase:

(...)

VII contrato administrativo de execução ou fornecimento CTEF: instrumento jurídico que disciplina a execução de obra, fornecimento de bem ou serviço, regulado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e demais normas pertinentes à matéria, tendo como contratante o órgão que figura como conveniente;

(...)

Art. 45. Para a aquisição de bens e contratação de serviços, as entidades privadas sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade.

§ 1º A cotação prévia de preços no SICONV será desnecessária quando, em razão da natureza do objeto, não houver pluralidade de opções, devendo comprovar apenas os preços que aquele próprio fornecedor já praticou com outros demandantes, com a devida justificativa registrada no SICONV.

§ 2º O registro, no SICONV, dos contratos celebrados pelo beneficiário na execução do objeto é condição indispensável para sua eficácia e para a liberação das parcelas subsequentes do instrumento, conforme previsto nos arts. 4º e 41 desta Portaria.

§ 3º Nos casos em que o SICONV não permitir o acesso operacional para o procedimento de que trata o caput, deverá ser realizada cotação prévia de preços, devendo ser feito o registro posterior no Sistema.

(...)

Art. 46. Cada processo de compras e contratações de bens, obras e serviços das entidades sem fins lucrativos deverá ser realizado ou registrado no SICONV.

(...)

Art. 48. Nas contratações de bens, obras e serviços as entidades privadas sem fins lucrativos poderão utilizar-se do Sistema de Registro de Preços SRP dos entes federados.

Art. 49. Os órgãos e entidades públicas que receberem recursos da União por meio dos instrumentos regulamentados por esta Portaria estão obrigados a observar as disposições contidas na Lei nº 8.666, de 1993, na Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002 e demais

normas federais, estaduais e municipais pertinentes ao assunto, quando da contratação de terceiros.

§ 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o uso da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo utilizada preferencialmente a sua forma eletrônica.

(...)

4. Deve ser destacado que o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, ao admitir que lei poderá dispensar ou inexigir a realização de licitação, está a se referir a lei em sentido formal e estrito. Nestes termos, não é o Decreto nº 6.170, de 2007, nem tampouco a Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, que, ao exigir cotação prévia de preços para contratação de serviços ou aquisição de bens por entidades privadas sem fins lucrativos, está desobrigando a realização de licitação, mas sim a própria Constituição Federal. A lei, referida no inciso XXI do art. 37 da Carta, poderá prever hipóteses em que a Administração Pública não está obrigada a licitar, até porque somente à ela (Administração Pública) a Carta impõe tal dever.

5. Nestes termos, com a devida vênia, não merecem prosperar as razões da douta CONJUR/MP (parágrafo 18 e seguintes do Parecer nº 07344.5/2013/DOL/CONJURMP/CGU/AGU, seq. 1, p. 3/12) que vão no sentido de que o Decreto nº 6.170, de 2007, ao exigir a cotação prévia de preços apenas para compras e prestação de serviços, está a compelir a realização de licitação prévia à contratação de obras por entidades privadas sem fins lucrativos, uma vez que, na forma da Constituição, apenas lei em sentido formal poderia prever as hipóteses em que a realização do certame licitatório não é obrigatória. Decretos, portarias e qualquer outro ato normativo de patamar infralegal não podem, *per se*, desobrigar a realização de licitação.

6. Não é, pois, o Decreto ou a Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016 que dispensam a aplicação da Lei nº 8.666, de 1993, ou da Lei nº 10.520, de 2002, mas a própria Constituição Federal que não arrolou as entidades privadas sem fins lucrativos como destinatárias do dever de realizar licitação, ainda que executem obras com recursos federais.

7. Sobre a matéria, e para confirmar o entendimento ora aprovado, segue recente e elucidativo precedente do Supremo Tribunal Federal, posterior ao Parecer ora aprovado, bem como aos pareceres que formam a controvérsia em exame, exarado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. No caso, dentre outras disposições, era impugnada a constitucionalidade do Art. 17 da Lei nº 9.637, de 1998, que cuida das organizações sociais e determina que a entidade deve editar “regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público”. Ao apreciar a matéria, a Suprema Corte pátria consolidou entendimento no sentido de que os contratos de gestão são espécie de convênio “por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados”.

8. Nesta toada, o STF delimitou que o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal apenas obriga a Administração Pública, e não entidades privadas, as quais, entretanto, devem observar, em suas contratações com terceiros custeadas por recursos públicos, os preceitos constitucionais que regem a Administração Pública. Assentouse que “As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública,

razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado”; que, por receberem recursos públicos, “seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade”; ou seja, ainda segundo o STF, os contratos celebrados com terceiros por entidades privadas sem fins lucrativos devem ser “conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF”:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÓMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, CAPUT), EDUCAÇÃO (ART. 209, CAPUT), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, CAPUT). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECESSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTEs). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES

PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII).

CONDICIONAMENTO À ADESÃO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo préconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclinase para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.



9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “organização social”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de credenciamento, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados; a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público pessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput).

14. As dispensas de licitação instituídas no art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de função regulatória da licitação, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e pessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o

disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

(...)

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

(ADI 1923, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe254 DIVULG 1612 2015 PUBLIC 17122015)

9. É certo que as Organizações Sociais possuem lei específica que disciplina os contratos de gestão, entretanto, o Supremo, no recente precedente acima referenciado, foi expresso ao qualificar os contratos de gestão como espécies de convênio, bem como foi por demais categórico ao delimitar o âmbito da aplicação do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que obriga os órgãos e entidades que integram a Administração Pública. Nestes termos, *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Não há, portanto, respaldo jurídico para salvaguardar a tese de que as entidades privadas sem fins lucrativos, em sede de convênios ou contratos de repasse, estão constitucionalmente obrigadas a licitar para contratação de obras.

10. As referenciadas entidades privadas sem fins lucrativos, entretanto, não podem se afastar das premissas constitucionais que norteiam a atuação da Administração Pública, consoante entendeu o Supremo Tribunal Federal, desta maneira, a exemplo do que se dá nas contratações de serviços e aquisição de bens, as entidades privadas sem fins lucrativos, para contratação de obras com terceiros, no âmbito de convênios ou contratos de repasse regidos pela Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, também devem promover procedimento público de seleção, com critérios objetivos e impessoais, observados os princípios dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

11. Segue outro precedente do STF, o qual respalda o entendimento ora consolidado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. ENTIDADES DE COOPERAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 11.970/1997 DO ESTADO DO PARANÁ. PARANAEDUCAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIAL-

MENTE PROCEDENTE.

1. Na sessão plenária de 12 de abril de 2004, esta Corte, preliminarmente e por decisão unânime, não conheceu da ação relativamente à Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação CNTE. Posterior alteração da jurisprudência da Corte acerca da legitimidade ativa da CNTE não altera o julgamento da preliminar já concluído. Preclusão. Legitimidade ativa do Partido dos Trabalhadores reconhecida.

2. O PARANAEDUCAÇÃO é entidade instituída com o fim de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, tendo como finalidades a prestação de apoio técnico, administrativo, financeiro e pedagógico, bem como o suprimento e aperfeiçoamento dos recursos humanos, administrativos e financeiros da Secretaria Estadual de Educação. Como se vê, o PARANAEDUCAÇÃO tem atuação paralela à da Secretaria de Educação e com esta coopera, sendo mero auxiliar na execução da função pública Educação.

3. A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO.

(...)

(ADI 1864, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2007, DJe078 DIVULG 3004-2008 PUBLIC 02052008 EMENT VOL0231701 PP00089 RTJ VOL0020402 PP00535)

12. Quanto ao encaminhamento de consulta ao Tribunal de Contas da União, proposto no Parecer nº 102/2014/DECOR/CGU/AGU, tratase de medida desnecessária, uma vez que a Corte possui recente precedente que, apesar de se referir às Organizações Sociais, adota a mesma *ratio decidendi* deste Despacho e do Parecer ora aprovado. De fato, segundo o Acórdão 5236/2015, de 11 de agosto de 2015, do TCU, as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, ainda que recebam repasses do Poder Público, “não são integrantes da Administração Pública, e, portanto, não são destinatárias da obrigatoriedade de licitar, segundo a conceituação que se extrai da Constituição Federal (art. 22, inciso XXVII, e art. 37, inciso XXI)”, *in verbis*:

“4. Em relação ao mérito, acompanho, por seus fundamentos, os posicionamentos emitidos nos autos pela Secretaria de Recursos/Serur (peças 26 e 27), com as quais também está de acordo o Ministério Público que atua junto a este Tribunal (MP/TCU), consoante Parecer de peça 28 — cujas análises reúno a este Voto como razões de decidir —, todos no sentido de que as razões recursais se mostram suficientes para dar provimento à reconsideração solicitada pela IMPA.

5. De fato, não deve ser exigido das Organizações Sociais — que não são integrantes da Administração Pública, e, portanto, não são destinatárias da obrigatoriedade de licitar, segundo a conceituação que se extrai da Constituição Federal (art. 22, inciso XXVII, e art. 37, inciso XXI) — a submissão às mesmíssimas regras aplicáveis à Administração Direta e Indireta, sobretudo porque tais organizações do setor privado devem gozar de maior flexibilidade em suas aquisições (compras e contratação de obras e serviços), o que não ocorreria com a sujeição aos estritos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/2002, mais formais e menos céleres.

6. Destaco, a seguir, os excertos que considero mais relevantes das análises interpretativas realizadas nas instâncias técnicas desta Corte. Início pelo exame emanado da Secretaria especializada em recursos (peça 25, pp. 6/7, 10, 12 e 13):

“(...)

5.29. De fato, o normativo [Decreto nº 6.170/2007], em seu art. 11, dispôs que, nas compras com recursos públicos, as entidades privadas sem fins lucrativos, ligadas ao Estado por convênios ou instrumentos congêneres e para os efeitos do art. 116 da Lei 8.666/1992, 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.

5.30. Com isso, concluíram os técnicos que:

124. Portanto, não se pode considerar como válida a exigência de pregão para organizações sociais e Oscips. Primeiro porque a Lei Federal 9.637/1998 exige das organizações sociais a elaboração de regulamento próprio de contratação de obras e serviços e aquisição de bens, e um Decreto, a princípio, não poderia dispor de forma divergente de lei ordinária. Segundo, porque o Decreto 6.170/2007, posterior, trouxe nova normatização acerca do mesmo tema, retirando a necessidade de pregão eletrônico para as transferências voluntárias, o que se aplica também às OSs.

(...)

Essa alteração parece ter tido origem em recomendação da AGU, mediante a Nota 25/2012/ConjurMCTI/CGU/AGU, de 20.1.2012, que assim concluiu (peça 21, pp. 39/43):

“11. Por todo o exposto, em atendimento às conclusões exaradas pela Consultoria Geral da União, recomendase que o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação adote as providências necessárias para fins de cumprimento do Parecer 81/2011/Decor/CGU/AGU (fls. 81105) [peça 21, pp. 15/38], com orientação de que sejam tomadas as seguintes medidas:

- a) a alteração por aditivo dos contratos de gestão vigentes celebrados no âmbito do MCTI, no sentido de excluir qualquer determinação que obrigue as Organizações Sociais a seguir, nas contratações de terceiros com recursos públicos, as modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/1993 (Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos) e na Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), devendose orientar, na verdade, pelas disposições contidas nos arts. 40, inciso VIII, e 17, ambos da Lei 9.637/1998, bem como pelo art. 11 do Decreto 6.170/2007; e
- b) que a SCUP/SEXEC/MCTI expeça comunicado a todas as Organizações Sociais qualificadas na esfera do MCTI, dando ciência do inteiro teor do parecer emitido pela Consultoria Geral da União.”

Em síntese, à luz do princípio da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas e das razões indicadas a seguir, entre outras, merece reforma a determinação ora recorrida, considerando que:

- a) na aparente antinomia jurídica entre a Lei 9.637/1998 e o Decreto 5.504/2005, prevalece a lei, norma hierarquicamente superior;
- b) o Decreto 6.170/2007, artigo 11, obriga as entidades sem fins lucrativos a observarem, na aquisição de produtos e na contratação de serviços com recursos transferidos pela União, 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;
- c) a exigência de cotação prévia de preços privilegia o interesse público;



d) o Plenário do STF indeferiu, por maioria, a medida cautelar na ADI 1.923/DF, no tocante a todos os dispositivos da Lei 9.637/1998;

e) um modelo de compras e contratação mais flexível e adaptável às peculiaridades de cada entidade é inerente à concepção legislativa das organizações sociais;

f) o contrato de gestão firmado com tais entidades consistiria, em linhas gerais, no dizer do Ministro Carlos Ayres Britto, em convênio, caracterizado por interesses recíprocos e convergentes (ADI 1.923/DF);

g) de acordo com o Ministro Luiz Fux (ADI 1.923/DF), a condição de pessoa não integrante da Administração dispensa a organização social de sujeição à licitação disciplinada na Lei 8.666/1993.”

s) Diante das análises realizadas, evidenciase que as Organizações Sociais não se submetem às normas licitatórias aplicáveis ao Poder Público, devendo as suas contratações com terceiros — com previsão de dispêndios com suporte em verbas públicas — observar o que tiver sido disposto em regulamento próprio, que deve, isso sim, ser orientado pelo núcleo essencial dos princípios da Administração Pública referidos no art. 37, caput, da Constituição Federal, compatibilizando-se, dessa forma, a incidência dos princípios administrativos com as atributos mais flexíveis inerentes ao regime de direito privado.

Diante do exposto, acompanho as propostas uniformes exaradas nos autos e Voto por que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado.” (grifei)

13. Portanto, diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal, bem como da Corte de Contas, é desnecessária a consulta ao TCU.

14. Resta acrescentar que, apesar de não haver imposição constitucional para realizar licitação para a contratação de obras em sede de contratos de repasse e convênios regidos pela Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, o órgão ou entidade concedente, se assim entender adequado, poderá exigir, como obrigação da entidade conveniente, o dever de licitar para contratar obras. É que, apesar de não ser obrigatório, não há empecilho jurídico para que o convênio ou contrato de repasse prevejam que o conveniente observe a Lei nº 8.666, de 1993, nas contratações de obras.

15. Por fim, cumpre reiterar o disposto nos parágrafos 51 a 54 do Parecer nº 102/2014/DECOR/CGU/AGU (seq. 4), de maneira que a tese ora aprovada em absolutamente nada reduz a necessária fiscalização, via controle interno e externo, da boa e regular aplicação dos recursos públicos repassados a entidades privadas sem fins lucrativos, evidenciandose, inclusive, o controle de resultados, como, aliás, é o que se extrai do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923, e da Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016:

Art. 1º Esta Portaria regula os instrumentos de repasse celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou entidades privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 1º Para os efeitos desta Portaria, considerase:

(...)

XXVI prestação de contas técnica: procedimento de análise dos elementos que comprovam, sob os aspectos técnicos, a execução integral do objeto e o alcance dos resultados

previstos nos instrumentos;

(...)

Art. 5º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal que pretenderem executar programas, projetos e atividades que envolvam transferências de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União deverão cadastrar anualmente no SICONV os programas a serem executados de forma descentralizada e, quando couber, critérios para a seleção do conveniente.

(...)

§ 2º Os critérios de elegibilidade e de prioridade deverão ser estabelecidos de forma objetiva, com base nas diretrizes e objetivos dos respectivos programas, visando atingir melhores resultados na execução do objeto, considerando, entre outros aspectos, a aferição da qualificação técnica e da capacidade operacional do conveniente.

(...)

Art. 6º São competências e responsabilidades do concedente:

I gerir os projetos e atividades, mediante:

a) monitoramento e acompanhamento da conformidade física e financeira durante a execução, além da avaliação da execução física e dos resultados;

...

§ 1º Quando o objeto do instrumento se referir a execução de obras e serviços de engenharia, a União poderá delegar as atribuições contidas nas alíneas constantes do inciso II do caput deste artigo às instituições financeiras oficiais federais mediante celebração de contrato de prestação de serviços CPS específico, competindo também à mandatária escolhida:

...

II - manter o concedente informado sobre o andamento dos contratos de repasse e encaminhar as informações necessárias ao processo de acompanhamento e avaliação da execução e dos resultados das ações; e

(...)

Art. 61. A prestação de contas final tem por objetivo a demonstração e a verificação de resultados e deve conter elementos que permitam avaliar a execução do objeto e o alcance das metas previstas.

16. Com esteio no inciso XXI do seu art. 37, e no inciso XXVII do art. 22, ambos da Constituição Federal, consolidase o entendimento no sentido de que, nos convênios e contratos de repasse, regidos pela Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016, e celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, não há imposição constitucional de observância da Lei nº 8.666, de 1993, para contratação de obras. Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1923, as entidades podem promover procedimento público de seleção, com critérios objetivos e impessoais, observados os princípios dispostos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, bem como os arts. 45 e seguintes da Portaria Interministerial MF/MP/CGU nº 424, de 2016.

17. Ultimada a análise da matéria, sugere-se que seja conferida ciência à CONJUR/MP, à



CONJUR/MS e aos demais órgãos consultivos desta CGU.

18. Por fim, recomendase que a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República também seja cientificada, especialmente para avaliar a possibilidade de formal revogação do Decreto nº 504, de 2005.

Victor Ximenes Nogueira

Advogado da União

Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688001565201355 e da chave de acesso b7950af8

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 19371419 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 10/01/2017 18:31. Número de Série: 8989594703127723889. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO n. 00231/2017/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.001565/201355

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURIDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

Aprovo, nos termos do DESPACHO n. 00011/2017/DECOR/CGU/AGU, o Parecer nº 102/2014/DECOR/CGU/AGU.

consideração superior (art. 1º, parágrafo único, da Portaria CGU n. 41/2016). Brasília, 25 de abril de 2017.

André Rufino do Vale
Procurador Federal
Consultor-geral da União Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688001565201355 e da chave de acesso b7950af8

Documento assinado eletronicamente por ANDRE RUFINO DO VALE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 38720225 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRE RUFINO DO VALE. Data e Hora: 25/04/2017 11:58. Número de Série: 13357071. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



DESPACHO n. 00262/2017/GAB/CGU/AGU

NUP: 00688.001565/201355

INTERESSADOS: CONSULTORIA JURIDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

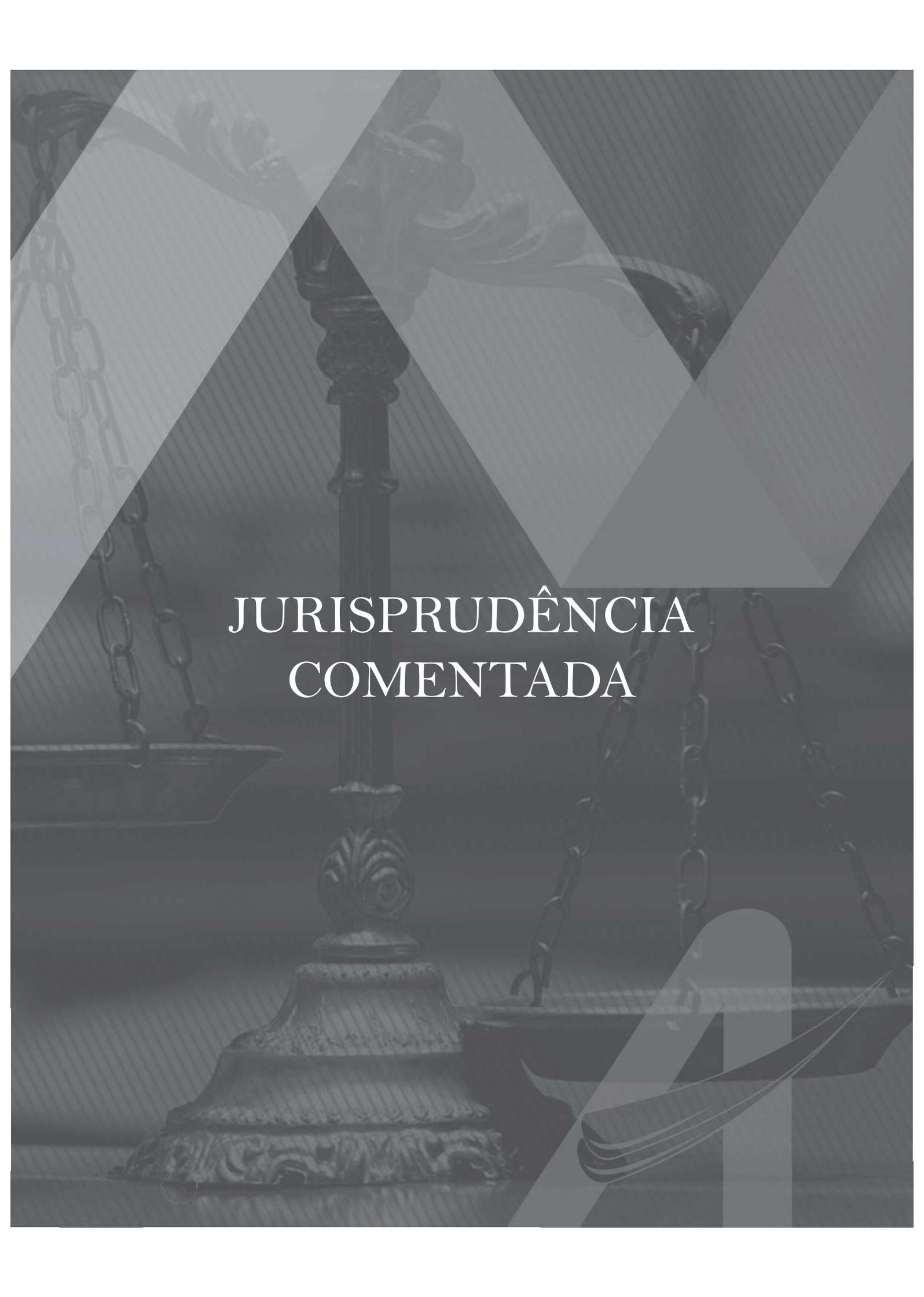
1. De acordo com o Despacho nº 231/2017/GAB/CGU/AGU, de 25 de abril de 2017.
2. Dêse ciência à Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, à Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, aos demais órgãos consultivos desta Consultoria Geral da União, assim como ao Tribunal de Contas da União, considerada a relevância da matéria.
3. Encaminhese, outrossim, à insigne Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, a fim de que avalie a possibilidade formal de revogação do Decreto nº 5.504, de 5 de agosto de 2005.

Brasília, de maio de 2017.

Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos
Consultor-geral da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00688001565201355 e da chave de acesso b7950af8

Documento assinado eletronicamente por MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 40446861 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS. Data e Hora: 03052017 10:50. Número de Série: 6618123039458971121. Emissor: AC CAIXA PF v2.

The background of the cover features a pair of ornate scales of justice, rendered in a dark, monochromatic style. The scales are positioned centrally, with the central pillar and the two pans visible. The image is overlaid with several semi-transparent geometric shapes, including triangles and a large stylized number '4' in the bottom right corner, creating a layered, modern aesthetic. The overall color palette is dark and muted, with shades of grey and black.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA