

Grupo/Classe/Colegiado

Grupo I / Classe V / Plenário

Processo

003.261/2002-2

Natureza

Levantamento de Auditoria

Entidade

Órgão: Câmara dos Deputados

Interessados

Interessado: Congresso Nacional

Responsável: Ademar Silveira Sabino (CPF nº 010.948.151-87)

Dados Materiais

TC 003.361/2002-2 (c/ 9 volumes)

apenso: TC 006.219/2002-7 c/01 volume

Sumário

Levantamento de Auditoria. Convênio. Irregularidades. Licitação em desacordo com a Lei nº 8.666/93. Audiência de Acolhimento das razões de justificativa em razão da existência de norma específica que ampara o procedimento adotado. Licitação realizada por particular para a aplicação de recursos oriundos de convênio. Aplicação de procedimento análogo ao Estatuto. Considerações. Impossibilidade. Art. 37, inciso XXI, exige lei específica na sua regulamentação. Licitação nos termos da Lei nº 8.666/93. Obrigatoriedade, ainda que conveniente particular.

Relatório do Ministro Relator

Cuidam os autos de levantamento de auditoria, em cumprimento ao Plano de Auditoria de Obras para o exercício de 2002, realizada na obra de implantação de Unidade do Instituto do Coração - InCor, no Distrito Federal, nas dependências do Hospital das Forças Armadas - HFA, cujos recursos foram alocados pelo Programa de Trabalho 10.302.0017.0002.0002.

2.Em cumprimento ao despacho deste relator, foi realizada a audiência do Sr. Ademar Silveira Sabino para apresentação de razões de justificativa, as quais foram objeto de exame pela Unidade Técnica, conforme instrução que abaixo transcrevo:

Versam os autos sobre a auditoria de conformidade/levantamento, sob o Registro no Fiscalis nº 182/2002, referente à obra de implantação de uma Unidade do Instituto do Coração - InCor, no Distrito Federal, nas dependências do Hospital das Forças Armadas - HFA, dentro do Programa de Trabalho 10.302.0017.0002.0002, atinente à Câmara dos Deputados. O relatório correspondente está inserido às fls. 32/61 - Volume Principal.

2.Consoante o Despacho do Exmº Senhor Ministro-Relator Ubiratam Aguiar (fl. 97), foi promovida a audiência do Sr. Ademar Silveira Sabino, Coordenador do Grupo de Trabalho de implantação do InCor-DF, nos termos do Ofício nº 333/2003/3ª Secex, de 25.03.2003 (fl. 98).

3.Em resposta, o responsável encaminhou o Ofício nº 032/2003, de 14.04.2003 (fl. 153/156), bem como a documentação de fls. 100/152.

4.Sob exame as razões de justificativas oferecidas face à audiência do responsável, ex vi do Ofício nº 333/2003/3ª Secex, de 25.03.2003 (fl. 98):

4.1 Alínea a - decisão adotada pelo Grupo de Trabalho de implantação da Unidade do Instituto do Coração - InCor, no Distrito Federal, para a realização da licitação para a obra do InCor-DF por meio de Convite, considerando que o valor que foi previsto para ser repassado à Fundação Zerbini, R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), não se aplica a essa modalidade de licitação, sendo que o procedimento licitatório adequado seria a Concorrência, nos termos do artigo 23, inciso I, alínea "c", da Lei nº 8.666/1993?

4.1.1 Razões de Justificativa: O responsável apresentou defesa fundamentada na tese de que a Fundação Zerbini, pessoa jurídica de natureza entidade privada, não estaria sujeita às regras da Lei nº 8.666/1993 e sim àquelas insculpidas na Instrução Normativa nº 01/1997 da Secretaria do Tesouro Nacional, cabendo-lhe a adoção de procedimentos análogos à citada lei. Foi afirmado, ainda, que

4.1.2 Análise: Com efeito, o parágrafo único do artigo 27 da Instrução Normativa Nº 01/97 - STN dispõe que as entidades privadas devem adotar, na execução das despesas com recursos recebidos em transferências, procedimentos análogos aos estabelecidos pela Lei nº 8.666/1993. Ademais, as disposições contidas na referida lei para a realização de obras e serviços, a partir de valores pré-estabelecidos, referem-se a critérios a serem observados no âmbito da Administração Pública. Entendemos que, no presente caso, por se tratarem de recursos transferidos à uma entidade privada, não haveria óbice de a escolha da empresa responsável pela obra ser a partir de comunicação dirigida às possíveis empresas do ramo, interessadas na sua execução.

4.1.2.1 Consta dos presentes autos que a Fundação Zerbini adotou como critério de escolha da empresa responsável pela obra o Convite. Conforme se verifica do Anexo III, houve a participação no Certame de 09 (nove) empresas, cabendo a escolha da MTD Engenharia Ltda. por haver apresentado o menor percentual para a taxa de administração, de 2,78%. Nesse sentido, e à luz da IN nº 01/97 - STN, constata-se que foi assegurada, no procedimento de escolha da empresa vencedora, a divulgação necessária com vistas à obtenção da melhor proposta em prol da utilização dos recursos públicos destinados à obra do InCor-DF, não ocorrendo direcionamento para a escolha da empresa em questão. Ressalta-se, ainda, que não houve embargo ou objeção por parte das demais empresas concorrentes quanto à escolha da MTD Engenharia Ltda. Nesse sentido, somos de opinião que o Tribunal poderá acolher a justificativa apresentada pelo responsável a respeito da ressalva apontada pela auditoria.

4.2 Alínea b - contratação da empresa MTD Engenharia Ltda. para a realização da obra do InCor-DF, sob o regime de administração contratada, regime esse não contemplado na Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666/1993.

4.2.1 Razões de Justificativa: Foi apresentada relação contendo as premissas básicas que norteariam todo o processo executivo de implantação da unidade do InCor-DF, a saber: - todos os insumos e serviços demandados seriam adquiridos e contratados exclusivamente através de processos licitatórios, realizados sobre o controle e coordenação das partes envolvidas (Câmara dos Deputados/Senado Federal/InCor), através da instituição da Comissão Executiva de Compras; - os procedimentos licitatórios adotados deveriam atender integralmente disposições análogas às contidas na Lei nº 8.666/1993, sobretudo no que se refere à publicidade dos atos e ao estabelecimento de mecanismos que garantissem a ampla concorrência; - a Coordenação e condução das obras ficariam a cargo da Comissão Executiva de Obras, dirigida por técnico de uma das partes concedentes, com o modo a garantir o fiel cumprimento das diretrizes norteadoras dos processos e métodos construtivos adotados. Foi informado, ainda, que, com o intuito de que fosse claramente definida a responsabilidade técnica pela execução da obra, em atendimento à legislação pertinente e aplicável à espécie, resolveu-se pela contratação, através de licitação pública com ampla divulgação, na modalidade de Convite, de empresa agregadora.

4.2.2 Análise: A referência ao regime de administração contratada, de que trata a alínea "b" do ofício de audiência, e inserida no contrato celebrado entre a Fundação Zerbini e a empresa MTD Engenharia Ltda., conforme se verifica do seu conteúdo constante da Cláusula Primeira do aludido contrato, verbis:

O objeto do presente instrumento é a prestação, pela CONTRATADA, dos serviços de reforma e reambientação física das áreas do Hospital das Forças Armadas, localizado na Estrada do Contorno do Bosque, s/nº, Cruzeiro Novo - D.F., destinada à instalação de um posto Avançado InCor, sob o regime de Administração Contratada, com área aproximada de 6.000 m², de acordo com o Caderno de Especificações Básicas e de Instruções Específicas anexos ao Edital de Convocação do Convite nº 001/2000.

4.2.2.1 Conforme constou da análise inserida no subitem 4.1.2.1, retro, no processo de contratação da empresa responsável pela execução da obra do InCor-DF, foi assegurado que a escolha da empresa vencedora fosse com base no menor preço ofertado. Quantos aos recursos financeiros utilizados na obra, foram prestadas as contas devidas, por parte da Fundação Zerbini, tendo sido ressarcidos aos cofres da Câmara dos Deputados eventuais valores glosados pela Contabilidade e pelo Controle Interno daquela Casa (Anexo II). Nesse sentido, entendemos que os argumentos do responsável, em resposta à ressalva apontada pela auditoria, poderá ser acolhida pelo Tribunal, haja vista que não restou comprovado nos autos favorecimento à empresa MTD Engenharia Ltda. pelo fato de haver sido feita menção, no contrato de execução de serviços, da expressão administração contratada.

4.3 Alínea c - designação dos servidores Reinaldo Carvalho Brandão e Maria Paula de Oliveira Porto, da Câmara dos Deputados, para atuarem nas Comissões Executiva de Obras e de Compras, sendo que a Srª Maria Paula de Oliveira Porto atuou como Ordenadora de Despesas, e o Sr. Reinaldo Carvalho Brandão era responsável pela aquisição de materiais para a obra, representando um conflito de funções entre os signatários do aludido convênio, considerando que à Câmara dos Deputados caberia o acompanhamento e avaliação da execução da obra.

4.3.1 Razões de Justificativa: O responsável afirmou que a situação assinalada pela auditoria ocorreu em caráter emergencial, uma vez que a Fundação Zerbini não contava com estrutura administrativa em Brasília-DF, quando do início da execução da obra. Foi assinalado, ainda, que a Srª Maria Paula de Oliveira Porto assinava os documentos juntamente com o Superintendente da Fundação Zerbini, Dr. Antonio Carlos da Silva Bueno, tendo sido informado, também, que a referida servidora foi dispensada dessa função em abril de 2001. Com respeito ao Sr. Reinaldo Carvalho Brandão, o mesmo não era o único responsável pela aquisição de materiais para a obra, e que este fazia parte da Comissão Executiva de Obras, juntamente com um representante do Hospital das Forças Armadas. Foi acrescentado, ainda, que, tão logo a Fundação Zerbini criou uma estrutura administrativa em Brasília-DF, o Sr. Reinaldo Carvalho Brandão foi dispensado da aludida função. Em conclusão, afirmou-se que, por tratar-se de uma situação emergencial, a mesma foi sanada logo que foi possível, não tendo causado nenhum dano à aplicação dos recursos públicos.

4.3.2 Análise: Verifica-se que a designação dos servidores da Câmara dos Deputados acima indicados deveu-se à carência de pessoal e de estrutura administrativa por parte da Fundação Zerbini, ocorrida na fase inicial da execução da obra. Diante

contexto em que o InCor-DF foi concebido, pode-se afirmar que não há como se desenvolver um projeto da magnitude de uma unidade hospitalar, nos moldes do Instituto do Coração de São Paulo, de forma unilateral e sem o apoio dos demais entes envolvidos nesse processo. Registre-se, ademais, que a intenção inicial seria a de que os serviços e obras necessários à instalação do InCor-DF fossem concluídos em um curto prazo, de aproximadamente seis meses. No que tange à questão do conflito de funções assinalada pela auditoria, por certo, referido conflito não se confirmou nos autos. Consta dos presentes autos que a prestação de contas dos R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), os quais foram utilizados durante o período em que os servidores supramencionados estiveram envolvidos com a obra, foi analisada por setores distintos da administração da Câmara dos Deputados, tendo sido inclusive objeto de verificação por parte da Secretaria de Controle Interno (Anexo II). Outrossim, foi designada Comissão Especial pela Diretoria-Geral da Câmara dos Deputados com o propósito de acompanhar e avaliar a execução da obra, a partir do Convênio nº 2001/021.0, conforme se verifica dos relatórios inseridos às fls. 160/189, obtidos durante a realização de nova auditoria na obra InCor-DF, em março p.p. À vista desses fatos, entendemos que a ressalva poderá ser considerada elidida pelo Tribunal.

4.4 Alínea d - continuidade de prestação de serviços por parte da empresa MTD Engenharia Ltda. à frente da obra do InCor-DF, tendo em vista que a referida empresa recebeu recursos financeiros da Fundação Zerbini nos meses de abril e maio de 2002, e considerando que deveria ter sido realizada nova licitação para escolha de empresa responsável pela obra na modalidade de Concorrência, haja vista o montante de recursos fixado no Projeto Básico.

4.4.1 Razões de Justificativa: O responsável reporta-se ao arrazoado apresentado para responder à questão apontada, não tendo sido elencadas as razões que resultaram na ressalva acima indicada.

4.4.2 Análise: Com relação à continuidade da empresa MTD Engenharia Ltda. à frente da obra do InCor-DF, foi apurado pela auditoria, realizada em março do corrente exercício, na obra do InCor-DF, que tal situação ocorreu face à necessidade de ser dada manutenção à parte da obra que já havia sido implementada, bem como para que fosse assegurado que não houve deteriorização do material empregado. Ou seja, a empresa não deu continuidade à execução da obra propriamente dita, tão-somente atuou em sua manutenção, no período em que a mesma esteve paralisada. Dessa forma, a ressalva em questão poderá ser considerada improcedente por esta Corte de Contas.

5. Conforme se verifica, de acordo com as informações e esclarecimentos prestados pelo responsável, todas as razões apontadas pelo Relatório de Auditoria de fls. 32/61, bem como pela instrução de fls. 87/95, as quais ensejaram a audiência com o responsável, foram devidamente esclarecidas e justificadas, não restando comprovado que as medidas adotadas para a implantação do InCor-DF tenham resultado em desvios de recursos, favorecimentos de terceiros e outras irregularidades graves que maculassem a gestão dos recursos públicos repassados à Fundação Zerbini. Registre-se, ainda, que a aplicação dos recursos destinados à obra foram devidamente comprovados por meio de prestação de contas, a qual foi aprovada pela Administração da Câmara dos Deputados, ex vi do Anexo II.

6. Todavia, durante a fase inicial de execução da obra de adaptação e reforma do Hospital das Forças Armadas - necessárias para a instalação do InCor-DF, foram identificadas irregularidades e impropriedades de natureza formal, as quais foram objeto de verificação por parte da Administração da Câmara dos Deputados, e devidamente sanadas, bem como resultaram na proposta de audiência sub examine. A respeito dos esclarecimentos e justificativas apresentados pelo responsável, entendemos que foram elididas as ressalvas apontadas pela auditoria, conforme se verifica da síntese seguinte:

VIDE TABELA NO DOCUMENTO ORIGINAL

7. Dessa forma, e considerando que as faltas ou impropriedades constatadas são de caráter formal e que foram adotadas as providências devidas para saná-las, entendemos que o Tribunal poderá determinar o arquivamento dos autos, com fundamento no artigo 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, c/c o artigo 250, inciso I, do Regimento Interno do TCU.

8. Diante do exposto, submetemos os autos à consideração superior com a proposição de que o Tribunal de Contas da União, com fundamento no artigo 43, inciso I, da Lei nº 8.443/1992, c/c o artigo 250, inciso I, do Regimento Interno do TCU determine o arquivamento do presente processo, considerando que as faltas ou impropriedades constatadas são de caráter formal e que foram adotadas as providências devidas para saná-las.?

É o relatório.

Voto do Ministro Relator

Coloco-me de acordo com as conclusões da Unidade Técnica no sentido de que sejam acolhidas as justificativas apresentadas pelo responsável, tendo em vista a existência de legislação específica autorizando os procedimentos adotados no caso ora sob exame, isto é, o particular convenente não está obrigado a proceder a licitação pública nos exatos termos da Lei nº 8.666/93, como se encontra expressamente consignado no parágrafo único do art. 27 da Instrução Normativa nº 01/97-ST publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997 que assim determina:

"Art. 27 - Quando o convenente integrar a administração pública, de qualquer esfera do governo, deverá, obrigatoriamente, sujeitar-se às disposições da Lei nº 8666/93, especialmente naquilo que se refira a licitação e contrato.

Parágrafo único - o convenente entidade privada não sujeita a Lei nº 8.666/93, deverá, na execução das despesas com recursos recebidos em transferências, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos pela referida lei."

2. Não obstante compreender que podem ser aceitas as justificativas apresentadas pois não se vislumbrou qualquer prejuízo ao erário e que na contratação da MTD Engenharia Ltda, ainda que não tenha sido observado o Estatuto da Licitação, procedimento do qual participaram 9 (nove) empresas, sendo certo, inclusive, que a contratada foi a que apresentou menor preço,

entendo que o dispositivo regulamentar acima merece considerações a respeito de sua legalidade e até mesmo de sua constitucionalidade.

3.É notório que a iniciativa privada não se sujeita aos princípios que regem a licitação no setor público e muito menos obrigada a aplicar, nas suas contratações, a Lei nº 8.666/93, mesmo porque naquela impera a autonomia da vontade e, por isso mesmo, só não pode fazer o que a lei expressamente proíbe, ao contrário do administrador público que só pode fazer o que a lei determina.

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

5.Nesse sentido, cumpre trazer à colação os ensinamentos de Maria Sylvia Zanela Di Pietro (in Direito Administrativo, Editora Atlas, 13ª edição, p. 287), quando defende que os convênios não possuem o condão de modificar a natureza dos recursos envolvidos:

"Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade das obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda a natureza por força do convênio; ele é utilizado pelo executor do convênio, mantida a sua natureza de dinheiro público. Por essa razão, é visto como alguém que administra dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no artigo 70, parágrafo único da Constituição." (grifamos)

6.Merece ainda ser mencionado o entendimento da mesma administrativista, quando defende que mesmo o particular em exercício da função pública está obrigado a realizar licitação quando da aplicação de recursos públicos:

"o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato". Mais adiante arremata: "A expressão ente público no exercício da função administrativa justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício da função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação". (grifamos)

7.Diante do exposto, não se vislumbra motivo para que, na aplicação de recursos provenientes de convênio, ainda que firmado com entidade privada, quando esta exerce função indiscutivelmente pública, não se proceda à licitação. Trata-se da única forma de se dar cumprimento ao que determina o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual, em síntese, pretende possibilitar a todos os interessados, pessoas físicas ou jurídicas, a participação, em igualdade de condições, em todas as aquisições realizadas pela administração.

8.Não obstante obrigatória a licitação, há que se questionar qual norma deve ser adotada pelo administrador quando particular na realização do procedimento licitatório. Aplicam-se as determinações contidas na Lei nº 8.666/93 ou os procedimentos análogos à mencionada Lei a que se refere a IN/STN nº 01/97, em seu art. 27, parágrafo único? Antecipo que deve ser aplicada a Lei nº 8.666/93.

9.Disciplina o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, abaixo transcrito, que o procedimento licitatório será realizado nos termos da lei.

"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."

10.Determina, ademais, o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, "que compete privativamente à União legislar sobre:" ... "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, II"

11.Diante do exposto, não há dúvida de que as licitações públicas só podem ser realizadas nos termos de lei, em sentido estrito, especificamente aprovada para essa finalidade. Portanto, qualquer que seja o procedimento licitatório realizado, devem ser observadas as determinações contidas na Lei nº 8.666/93 que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, como se encontra expressamente consignado na ementa da referida Lei:

"Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências."

12.Não pode, por isso mesmo, o administrador público adotar procedimento análogo àquela norma, como previsto no art. 27, parágrafo único, da IN/STN nº 01/97, especialmente quando não se sabe, de forma antecipada, nem mesmo

que procedimento licitatório poderá ser adotado pelo particular.

Não tenho dúvida, existem entidades privadas que, por alguma razão, podem se ver impossibilitada de aplicar, de forma plena, a Lei de Licitações. Entretanto, a regra é a utilização da Lei nº 8.666/93 e as exceções devem ser devidamente justificadas para cada caso concreto.

13. Além do mais, o art. 116 da Lei nº 8.666/93, determina que são aplicáveis as suas disposições, no que couber, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração?. Dessa forma, exercendo o particular a gestão da coisa pública está obrigado, quando da aplicação de recursos de convênio firmado por órgãos ou entidades vinculados à União, por expressa determinação constitucional, a realizar os procedimentos licitatórios fixados na multicitada norma.

14. Apenas para argumentar, não se alegue que estaria havendo ingerência indevida do setor público nas atividades desenvolvidas pela iniciativa privada. Note-se que a entidade privada não está obrigada a firmar convênio com a administração pública, mas ao assinar deve ter a certeza que está administrando recursos públicos em sentido estrito e, isto é verbas incluídas em lei orçamentária, dessa forma, deve observar rigorosamente, como todo administrador público, os princípios que informam a gestão da coisa pública, em especial o da legalidade, sob o ponto de vista formal e material. Não pode, por isso mesmo, destinar recursos para finalidade diversa aos recursos, daquela fixada na lei orçamentária, sob pena de ser condenado à devolução das importâncias recebidas por desvio de finalidade; não pode, ademais, deixar de prestar contas dos recursos recebidos, por expressa determinação constitucional; como também não pode descumprir a Lei nº 8.666/93.

15. Em razão do exposto, compreendo que deve ser fixado prazo, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal para que a Secretaria do Tesouro Nacional revogue o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 01/97, publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997, dando-se notícia desse fato ao Exmo. Sr. Ministro da Controladoria-Geral da União.

16. Por derradeiro registro que a questão que ora se examina não se confunde com o entendimento pacificado pelo Tribunal para o denominado "Sistema S" (Sesc, Senai, Sesi), nos termos da Decisão nº 907/97-Plenário. Nesta oportunidade, me restringi a examinar exclusivamente, como já explicitar, a aplicação de recursos públicos em sentido estrito, devidamente aportados em lei orçamentária, e descentralizado mediante convênio, o que não é o caso das entidades que fazem parte do aludido sistema.

Ante o exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 06 de agosto de 2003.

UBIRATAN AGUIAR

Ministro-Relator

Assunto

Levantamento de Auditoria

Ministro Relator

UBIRATAN AGUIAR

Representante do Ministério Público

LUCAS ROCHA FURTADO

Unidade Técnica

SECEX-3 - 3ª Secretaria de Controle Externo

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos relativos a levantamento de auditoria, em cumprimento ao Plano de Auditoria de Obras para o exercício de 2002, realizada na obra de implantação de Unidade do Instituto do Coração - InCor, no Distrito Federal, nas dependências do Hospital das Forças Armadas - HFA, cujos recursos foram alocados pelo Programa de 10.302.0017.0002.0002:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1 com fundamento no art. 250, § 1º, do Regimento Interno acolher as razões de justificativa apresentadas pelo responsável;

9.2 com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 45 da Lei nº 8.443/92, fixar o prazo de 30 (trinta) dias para que o Secretário da Secretaria do Tesouro Nacional/STN dê exato cumprimento à Lei, adequando o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 01/97, publicada no DOU de 31 de janeiro de 1997, ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal que exige lei específica na realização de licitação, no caso a Lei nº 8.666/93, quando da aplicação de recursos públicos ainda que geridos por particular, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 45 c/c o art. 58 inciso II, da mesma Lei; e

9.3 determinar o arquivamento dos presentes autos, após a comprovação pela STN de que foi dado cumprimento ao item

Quorum

12.1. Ministros presentes: Valmir Campelo (Presidente), Marcos Vinícios Vilaça, Iram Saraiva, Humberto Guimarães S, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar (Relator) e Benjamin Zymler.

12.2. Ministros com voto vencido: Marcos Vinícios Vilaça, Walton Alencar Rodrigues e Benjamin Zymler.

12.3. Ministro que alegou impedimento: Adylson Motta.

12.4. Auditores presentes: Lincoln Magalhães da Rocha, Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

Declaração de Voto

GRUPO I - CLASSE V - Plenário

TC 003.361/2002-2 (c/ 9 volumes)

apenso: TC 006.219/2002-7

Natureza: Levantamento de Auditoria

Órgão: Câmara dos Deputados

Interessado: Congresso Nacional

Advogado: não há

SUMÁRIO: Levantamento de Auditoria. Convênio. Construção de Unidade do Instituto do Coração (InCor) no Distrito Federal. Entidades privadas não estão sujeitas à Lei nº 8.666/93. Justificativas aceitas. Arquivamento.

DECLARAÇÃO DE VOTO

O eminente Ministro Relator destes autos propõe que esta Corte firme o entendimento no sentido de que entidades privadas, quando investidas na condição de gestoras de recursos públicos, estariam obrigadas à observância dos dispositivos da Lei nº 8.666/93.

Em coerência com essa tese, submete proposta de fixação de prazo para que a Secretaria do Tesouro Nacional revise o parágrafo único do art. 27 da IN/STN nº 01/97, sob pena de cominação de multa, uma vez que o mencionado dispositivo regulamentar formula orientação destoante com a aludida tese.

Data venia, dirijo do posicionamento formulado pelo ilustre Relator.

Preliminarmente, entendo que o Tribunal de Contas da União, no âmbito de suas prerrogativas constitucionais, exerce controle sobre atos concretos praticados no exercício da gestão dos recursos da União, não se incluindo na sua esfera de atuação o controle dos atos normativos. É certo que, ao examinar casos concretos, o Tribunal pode entender que determinada norma não é aplicável, por estar em contradição com normas juridicamente superiores ou por outras razões jurídicas; pode mesmo determinar que o normativo espúrio não seja aplicado pelos gestores públicos. Todavia, não pode esta Corte deter coercitivamente, sob a ameaça de sanção, a modificação de normas ou a sua revogação, eis que tal prerrogativa não expressamente incluída em suas competências constitucionais.

Assim, ainda que seja aceita a tese ora esposada pelo Ministro Ubiratan Aguiar, não poderia o TCU, segundo entendimento, determinar a expedição de ato normativo pela Secretaria do Tesouro Nacional.

No mérito, considero incabível o exercício das prerrogativas da Lei 8.666/93 por entes privados, uma vez que, dada a natureza dos mesmos, somente entes públicos podem exercê-las. A Lei em questão prevê, por exemplo, a aplicação de multa rescisão unilateral de contratos e a declaração de inidoneidade de licitantes, prerrogativas que são expressões concretas do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Não poderia um ente privado, em decorrência de simples pactuação de convênio com a Administração Pública, investir-se de tais poderes. São estes reservados aos agentes públicos investidos em cargos, empregos ou funções.

Esse tipo de delegação do múnus público somente seria possível mediante expressa previsão legal, em reverência ao princípio maior da legalidade, que reza que a administração pública somente pode fazer o que determina a lei. Por exemplo, a lei que permite a lei que o concessionário de serviços públicos possam expedir atos de execução no curso de processos de desapropriação.

Ademais, a observância de todos os dispositivos da Lei das Licitações por entes privados importaria a elevação dos custos operacionais daqueles, que passariam a necessitar de pessoal especificamente qualificado para a condução de licitações. Por exemplo, exigiria a criação e manutenção de cadastros de empresas para o aperfeiçoamento da modalidade tomada de preços. Além disso, não haveria espaço para se exigir a existência de dotações orçamentárias como condição prévia para a licitação.

O que ora se analisa, em essência, é a extensão da aplicabilidade da Lei nº 8.666/93. Dispõe a ementa daquela Lei que

mesma ?Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências?.

Uma vez que a aludida lei regulamenta um dispositivo constitucional, a sua abrangência está indissociavelmente ligada ao escopo de aplicabilidade da norma constitucional que a rege. Assim dispõe o art. 37 e seu inciso XXI, da Constituição Federal verbis:

?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.?

O art. 37 da Constituição Federal, no seu caput, delimita sua aplicação à administração pública direta e indireta dos poderes públicos dos três níveis da federação, não se incluindo ali os agentes privados. Assim, o escopo de aplicação da lei que regulamenta o seu inciso XXI - atualmente a Lei 8.666/93 - não pode exceder aos limites delineados pelo poder constituinte no caput do dispositivo retrotranscrito.

E de fato o legislador respeitou o texto constitucional. O parágrafo único do art. 2º da Lei em comento, ao descrever os entes a ela subordinados, o faz em perfeita harmonia com o âmbito de aplicação da norma constitucional que regulamenta, dispondo que ?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 e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios?

Como se vê, a Lei apenas descreveu com mais detalhes a composição da administração pública direta e indireta, não fazendo ali constar entidades não classificáveis como integrantes da administração pública, motivo pelo qual não incluiu entes do setor privado.

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

Pelos mesmos motivos, não poderíamos dar aplicação extensiva do art. 116 da Lei 8.666/93, de modo a abranger as relações entre entes privados. Esse dispositivo vincula a aplicação da Lei 8.666/93, no que for possível, aos acordos, contratos e instrumentos congêneres firmados por órgãos ou entidades da administração pública. Nem a Constituição nem a Lei expressamente sua aplicação a entes privados quando contratam entre si.

Por esses motivos, entendo que não se pode exigir que a Fundação Zerbini, de caráter privado, aplique as normas da Lei 8.666/93 quando da contratação de empresa de construção civil, ainda que os recursos a serem aplicados tenham origem pública.

Na minha avaliação, foi oportuna e feliz a redação dada ao art. 27, parágrafo único, da IN STN 01/97, ao explicitar que a conveniente entidade privada não está sujeita à Lei 8.666/93, sem embargo de firmar orientação no sentido de que sejam adotados procedimentos análogos aos estabelecidos pela referida lei, o que evidencia, ao mesmo tempo, reverência aos princípios constitucionais norteadores da gestão pública e respeito ao domínio dos agentes privados.

Dessa forma, data maxima venia por divergir do Voto do eminente Ministro-Relator, Ubiratan Aguiar, VOTO por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação deste Plenário.

?VISTOS, relatados e discutidos estes autos relativos a levantamento de auditoria, em cumprimento ao Plano de Auditoria de Obras para o exercício de 2002, realizada na obra de implantação de Unidade do Instituto do Coração - InCor, no Distrito Federal, nas dependências do Hospital das Forças Armadas - HFA, cujos recursos foram alocados pelo Programa 10.302.0017.0002.0002:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1 com fundamento no art. 250, § 1º, do Regimento Interno acolher as razões de justificativa apresentadas pelo responsável; e

9.2 determinar o arquivamento dos presentes autos.?

TCU, Sala das Sessões, em 06 de agosto de 2003.

BENJAMIN ZYMLER

Ministro-Redator

TCU, Sala das Sessões, em 06 de agosto de 2003.

BENJAMIN ZYMLER

Ministro-Redator

Publicação

Ata 30/2003 - Plenário

Sessão 06/08/2003

Aprovação 13/08/2003

Dou 18/08/2003

Referências (HTML)

Documento(s): [TC 003.361.doc](#)