

PROC. 4789/2010



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS

REPRESENTAÇÃO Nº 88/2010-MP-EFCLP

4789/10

09:27 13/09/2010 000711 TRIB. DE CONTAS DO ESTADO DO AM. DIÁRIO 0554

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS, por intermédio de seus procuradores signatários, no desempenho de sua missão institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático, a guarda da Lei e a fiscalização de sua execução no uso de suas atribuições constitucionais e legais e com base no disposto nos artigos 54 I e 288 da Resolução nº 04/2002-TCE/AM, vem perante Vossa Excelência oferecer presente **REPRESENTAÇÃO** contra a Secretaria de Estado de Cultura – SEC com o fito de apurar possível ilegalidade dos Termos de Convênio nº 47 e 48/2010, firmados com o Instituto Boi Bumbá Garantido e a Associação Folclórica Boi Bumbá Caprichoso, tendo por objeto a reforma e manutenção do Bumbódromo para o Festival de Parintins, em razão dos fundamentos adiante expostos.

Com fundamentos nos artigos 93 c/c 88 da Constituição Estadual, no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 2.423/96 e no artigo 55 do Regimento Interno, este *Parquet* de Contas requisitou ao Excelentíssimo Secretário da SEC, Sr. Robério dos Santos Pereira Braga, informações e justificativas sobre os convênios acima, solicitando esclarecimentos quanto aos termos do plano de trabalho e aos preços fixados, destacando-se a publicação dos extratos dos termos no Diário Oficial do Estado de 07/06/2010.



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Em resposta, mediante Ofício nº 450/GS/SEC, enviou-se a documentação relativa aos Termos de Convênio acima mencionados¹.

Depois de examinar os convênios em tela, algumas ponderações devem ser feitas acerca da legalidade dos ajustes firmados, o que se passa a fazer adiante.

O primeiro questionamento consiste em saber qual a razão para a Administração optar pela não realização de procedimento licitatório, sendo este o instrumento capaz de identificar as propostas mais vantajosas ao Poder Público.

A indagação justifica-se, sobretudo, por se tratar de bem público e a contratação consistir em reforma do mesmo, isto é, serviços de engenharia, o que não se encontra abrangido pelos objetivos sociais das entidades envolvidas.

Ora, considerada a amplitude de empresas atuantes no ramo, e a atuação apenas complementar das entidades componentes do Terceiro Setor, há que se questionar a outorga a terceiros de serviços inerentes à atuação estatal, uma vez que o ente estatal possui toda uma estrutura capaz de deflagrar licitação e acompanhar a execução dos serviços de engenharia contratados, o que pode ser feito pela SEINF, a qual inclusive junta aos autos do processo administrativo o orçamento utilizado para compor o montante do repasse.

Além disso, ainda que se admita a atuação do Terceiro Setor em atividade rotineiramente contratada diretamente pelo Estado, faz-se essencial a Administração comprovar a vantagem econômica da intermediação pelas entidades privadas, uma vez que não se tem conhecimento de prévia cotação de preços de mercado a justificar a opção

¹ Termo de Convênio nº 48/2010, firmado entre a SEC e a Associação Folclórica Boi Bumbá Caprichoso, no valor de R\$ 1.112.083,33, para cobrir despesas com a reforma e conservação do Centro de Convenções Amazonino Mendes (Bumbódromo), local onde ocorre o Festival Folclórico de Parintins. O Convênio nº 49/2010 teve o mesmo valor e idêntico objeto do anterior, tendo sido assinado com o Instituto Boi Bumbá Garantido.



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

pelo convênio em detrimento da realização de licitação, o que possibilitaria a participação de todos os interessados e o acolhimento da proposta mais vantajosa.

Ademais, mesmo tendo o Estado repassado o ônus da contratação para as entidades privadas, forçoso questionar se a contratação dos serviços decorreu de procedimento isonômico de escolha, considerando-se o elevado montante repassado, num total de R\$ 2.224.166,66 (dois milhões, duzentos e vinte e quatro mil, cento e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos).

Os parâmetros jurídicos para realização válida da contratação pelo Poder Público passa necessariamente pela razoável interpretação e aplicação dos princípios constitucionais da Administração Pública, em especial, da Moralidade, da Impessoalidade e da Eficiência.

Alertando sobre a necessidade de realização de procedimento licitatório para a celebração de convênio tendo objeto que pode ser alcançado por muitos, sob pena de ensejo a burla, Odete Medauar² preleciona:

No tocante aos **convênios entre órgãos** e entes estatais e **entidades particulares**, o que, sobretudo, fundamenta a desobrigação de licitação é a **especificidade do objeto e da finalidade**. No entanto, se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que **poderão ser alcançados por muitos**, deverá ser **realizada licitação** ou se abrir a possibilidade de **conveniar sem limitação**, atendidas as condições fixadas genericamente; se assim não for, haverá **ensejo para burla**, acobertada pela acepção muito ampla que se queira das aos convênios. Alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio, **obras são contratadas sem licitação** e pessoas são investidas em funções e empregos públicos sem concurso ou seleção. (grifou-se)

² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 6ª edição. São Paulo: RT, 2002, p. 283.



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Ademais, rechaçando a tese que nega a obrigatoriedade de entidade do Terceiro Setor realizar licitação, confira-se o posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nos autos da Consulta nº 683832 acerca do tema:

“ASSUNTO: CONSULTA Nº 683832, FORMULADA PELO PREFEITO MUNICIPAL DE SÃO ROMÃO, SR. DÊNIO MARCOS SIMÕES, SOBRE A POSSIBILIDADE DE ENTIDADES SEM FINS LUCRATIVOS DEVIDAMENTE REGISTRADOS COMO ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS – ONGS, SOBRETUDO NOS RAMOS DE EDUCAÇÃO, SAÚDE E CONSTRUÇÕES, ESTAREM ISENTAS DE LICITAÇÃO PARA SERVIÇOS EM OBRAS DE ENTIDADES PÚBLICAS
RELATOR: CONSELHEIRO MOURA E CASTRO

(...)

I- RELATÓRIO

O Sr. Prefeito Dênio Marcos Simões, do Município de São Romão, encaminha consulta a este Tribunal do seguinte teor:

‘As entidades, de maneira geral, sem fins lucrativos, devidamente registradas como Organizações Não-Governamentais (ONGs), sobretudo nos ramos de educação, saúde e construções, estão isentas de licitação para serviços ou obras de entidades públicas?’

(...)

II- FUNDAMENTOS

(...)

2- Mérito

A solução da dúvida comporta um só enfoque, haver ou não possibilidade de a Administração contratar organização não governamental - ONG, sem licitação.

A esse respeito, convém não olvidar que a vedação contida no art. 37, XXI, da Constituição da República, é clara e somente nas hipóteses expressamente previstas em lei é que o Poder Público estará dispensado de licitar, verbis:

(...)

Logo, **a regra para aquisição e ou alienação de bens na Administração é o procedimento licitatório.** No entanto, em certas circunstâncias, o interesse público justifica a sua dispensa ou inexigibilidade. Então, em três situações, o Poder Público é autorizado a contratar sem licitação, a saber: licitação dispensada (art. 17), dispensável (art. 24) e inexigível (art. 25).

Assim, se a contratação pretendida não se amoldar a nenhuma das hipóteses mencionadas, o procedimento concorrencial da Lei



ESTADO DO AMAZONAS MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

8.666/93 é aplicável, a não ser que exista, no ordenamento jurídico regulamentatório, legislação extravagante que contemple outros afastamentos da obrigatoriedade de se licitar, ocorrência legalmente possível, tendo em vista a ressalva inserta no inciso XXI do art. 37 da Carta Política.

No entanto, em que pese a essas observações, assevero que as situações dispensáveis e de dispensabilidade, enumeradas nos arts. 17 e 24 da Lei Nacional de Licitação, por serem exceção à regra, não comportam ampliação. Porém essa restrição, dada a inviabilidade de competição, não alcança as hipóteses de inexigibilidade estampadas no art. 25, donde se conclui que o rol ali insculpido, por ser exemplificativo, será elástico toda vez que a disputa licitacional for inviável.

Pontuadas essas advertências básicas, passo a analisar a questão quanto às Organizações Não-Governamentais (ONGs), entidades sem fins lucrativos, para saber se elas estão, ou não, sujeitas às normas da Lei 8.666/93 para contratarem com a Administração.

As ONGs são entidades de defesa de direitos e promoção de cidadania que criaram um espaço próprio de atuação na sociedade, o qual se convencionou denominar Terceiro Setor, ao lado do Estado, que ocupa o Primeiro, e da iniciativa privada, o Segundo.

A Constituição da República garante, no art. 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de discriminação.

Todavia é do conhecimento geral que atualmente os serviços públicos nem sempre têm conseguido atender as necessidades da população, obrigando a sociedade, em prol do bem comum, a se organizar para suprir essas deficiências e se mobilizar para desenvolver programas de política social em parceria com o Estado. E é nesse campo que o Terceiro Setor, do qual fazem parte as ONGs, vem ocupando os espaços deixados pela Administração Pública. Este Setor, apesar de não ser significativo em termos econômicos, é o espaço de atuação das ONGs, que estão comprometidas com os ideários moderno-igualitários relacionados à defesa de direitos difusos e às iniciativas de cunho comunitário, relevantes para o desenvolvimento humano e da sociedade. Contudo, **apesar de as ONGs fazerem parte de uma esfera pública ampliada não estatal, poderem receber recursos do Estado para a realização de sua missão e contratar com a Administração, elas não estão isentas de licitar**. Somente nos casos especificados na legislação



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

De fato, pela lei de regência, são hipóteses de dispensa de licitação a contratação de ONG brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, e de ONG dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos (art. 24, XIII).

Também, nesse mesmo flanco, estão aquelas que se encaixam nas situações descritas nos incisos XX e XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93.

Outra forma de as ONGs interagirem com o Poder Público é por meio de convênios e a estes aplicam-se, no que couber, as disposições da Lei de Licitações, conforme estabelece o art. 116 do mencionado diploma legal.

O instrumento convencional só poderá ser utilizado se os interesses da Administração e das ONGs forem comuns e direcionados para a obtenção de um benefício público, pois se antagônicos desafiam contratação por licitação. Nesse cenário, poder-se-ia afirmar que a junção governo-ONGs só poderia ser concretizada por convênio, não fosse a edição da Lei 9.790, de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), institui e disciplina, no âmbito da Administração Pública brasileira, o Termo de Parceria.

(...)

III – CONCLUSÃO

(...)

Todavia convém asseverar que, considerando **a regra do art. 116 da Lei 8.666/93, de utilização subsidiária, aplicam-se, no que couber, as disposições dessa lei aos convênios**, acordos, ajustes e instrumentos congêneres, inclusive ao Termo de Parceria por ser ele um instrumento similar aos convênios.

(...)

Aprovado o voto do Conselheiro Relator, por unanimidade.” (Consulta nº: 683.832; Data da Sessão: 04/02/2004; Publicação: Revista do TCE/MG, V. 50, nº 1, jan/mar 2004, pág. 141)

Novamente destaca-se a necessidade de realizar prévia cotação de preços de mercado, para que se tenha justificado o montante do repasse. Assim, de nada adianta contratar-se, e somente depois preocupar-se em realizar um comparativo para justificar a compra. Confira-se a lição do TCU, ao se manifestar sobre o tema:



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

“Os processos de dispensa de licitação **devem conter documentos que indiquem a prévia pesquisa de preços de mercado**, em relação ao objeto a ser contratado/adquirido, e a **habilitação do respectivo fornecedor**/prestador de serviços.” (TCU, Acórdão nº 2.986/2006, 1ª Câmara, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU de 27/10/2006).

Corroborando a necessidade de justificativa do preço contratado, invoca-se novamente o TCDF, segundo o qual o enquadramento no art. 25, III, exige cumprimento da justificativa de preços prevista no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. (TCDF. Processo nº 4823/94, Decisão nº 6516/94; Processo nº 4531/93, Decisão nº 3078/94).

E, relativamente à necessidade de restringir a subjetividade em processos do gênero e de justificativa do preço, são inúmeros os posicionamentos do TCU, veja-se:

“...restringa a subjetividade nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, incluindo nas justificativas para contratação, documentos e/ou estudos técnicos que deem suporte à escolha e ao preço avençado.” (TCU. Processo nº TC-007.307/2003-4. Acórdão nº 837/2004 - Plenário)

“...faça constar nos processos de dispensa de licitação as razões de escolha do executante e a justificativa para aceitação dos preços.” (TCU. Processo nº 525.127/96-8. Decisão nº 820/1997 - Plenário)

“...inclua, nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, justificativa expressa do preço contratado, em atendimento ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, evidenciando o cumprimento da Decisão nº 321/2000 (Ata nº 14/2000 – Plenário, item 8.1.1.a) de fixação da remuneração na Fundação com base em critérios claramente definidos e nos seus custos operacionais.” (TCU. Processo nº 007.805/2002-9. Decisão nº 1.646 - Plenário)

“... faça constar dos processos referentes a contratações por inexigibilidade de licitação a justificativa do preço exigida pelo art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, inclusive com consulta a outros órgãos, de modo a verificar o preço praticado no âmbito da Administração Pública para o mesmo produto ou serviço;” (TCU. Processo nº 005.561/2002-2. Acórdão nº 2.960/2003 – 1ª Câmara)



ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Cabe destacar, ainda, o magistério do ilustre autor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, segundo o qual:

Sendo a base nas licitações a busca da proposta mais vantajosa e o tipo, como regra geral, o menor preço, se o administrador elencar no processo os preços encontrados e contratar o menor, será dispensável justificar o preço³.

A regra inafastável que precisa ficar definida é que a Administração não pode justificar o preço cotado pelo único fornecedor, ou único possível contratado. Justificar o preço não é, em absoluto, informar que a Administração se sujeitou ao preço imposto pelo contratado. O sentido do termo é muito mais amplo: justificar o preço é declarar, conforme o que for determinado em cada inciso ou parágrafo único do artigo que autoriza a contratação direta, se o valor contratado é compatível com o de mercado, ou se é o preço justo, certo, que uma avaliação técnica encontraria. Afinal a norma seria inútil se fosse suficiente informar que esse foi o preço cotado pelo fornecedor ou executor e é elementar, em hermenêutica, que a Lei não contém palavras supérfluas⁴.

Dessa forma, entende-se que as razões demonstradas são mais do que suficientes a justificar a atuação mais específica desta Corte, no sentido de averiguar com minúcias a legalidade da contratação em tela, com vistas a assegurar o atendimento ao interesse público, inerente à atuação administrativa.

Paralelamente e sem comprometer o regular processamento desta representação, deve esta Corte de Contas determinar à Secretaria de Controle Externo competente a autuação apartada dos convênios em exame e de suas respectivas prestações de contas, com vistas à verificação da observância dos requisitos supra.

³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta sem licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação. 5. Ed. Brasília Jurídica, 2000. p. 640.

⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Vade-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 3. ed. Fórum, 2008. p. 525.

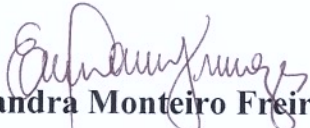


ESTADO DO AMAZONAS
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

Pelo exposto, o Ministério Público de Contas requer ao colendo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas digne-se:

1. **Determinar** a **apuração do fato**, com o fito de apurar os casos de ofensa aos critérios jurídicos acima delineados, identificando-se possível ilegalidade na celebração dos Termos de Convênio nº 47 e 48/2010, celebrados pela SEC, mediante inspeção e emissão de relatório conclusivo;
2. Paralelamente, **determinar** à Secad a **autuação apartada** dos Termos de Convênio nº 47 e 48/2010, para o fim de julgamento de legalidade dos atos, além das respectivas prestações de contas, para a verificação da regularidade das mesmas;
3. **Dar ciência** a este *Parquet* das providências adotadas, bem como sobre os resultados alcançados.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS,
em Manaus, 03 de setembro de 2010.


Elissandra Monteiro Freire de Menezes

Procuradora de Contas


Evelyn Freire de Carvalho Langaro Pareja

Procuradora de Contas


Ruy Marcelo Alencar de Mendonça

Procurador de Contas