

ANTÔNIO LÁZARO NETO

ADVOCACIA

Interessada: Federação Nacional dos Clubes Esportivos - FENACLUBES

Processo de Contratação nº 02/2019

Objeto: Pedido de esclarecimento

Assunto: Divulgação de valor estimado

1. Trata-se de pedido de esclarecimento solicitado por fornecedor interessado em participar do processo de cotação prévia levado a efeito pela Federação Nacional dos Clubes Esportivos - FENACLUBES, com vistas à contratação de serviços de assessoria jurídica.
2. A questão é de simples entendimento.
3. O fornecedor de serviços solicita à FNEACLUBES *“os valores estimados para a licitação em tela, ou, que seja retificação [SIC] o edital e enquadrado à modalidade pregão, nos moldes da Lei 10.520/02”*.
4. Pois bem. A questão, de fato, necessita ser esclarecida de modo que o licitante tenha pleno conhecimento da natureza jurídica da entidade para, dentro das regras estipuladas, possa elaborar e apresentar sua melhor proposta.
5. A FENACLUBES constitui-se em entidade sindical de 2º grau, conforme Certidão de Registro Sindical (entidade sindical nº 000.843.00000-7), expedida em 06 de março de 2012. Para além disto, recebe recursos do produto da arrecadação das loterias, para utilização em capacitação, formação e treinamento de gestores de clubes sociais.
6. A FENACLUBES não integra a Administração Pública Direta ou Indireta. Possui natureza jurídica associativa de direito privado e, por certo, não observa as mesmas regras estatais para realização de suas compras.
7. Em verdade, para a realização de suas aquisições, a FENACLUBES, dentro de seu autogoverno, editou seu Regulamento de Contratações de Bens e Serviços, aprovado pela Assembleia Geral Extraordinária, realizada em 22/06/2019.
8. Efetivamente, a FENACLUBES possui autonomia jurídica para editar suas regras sem olhar para as normas públicas, a exemplo das Leis nºs 8.666/1993 e 10.520/2002, tanto é que seu regulamento prevê uma única modalidade de licitação, que é a cotação prévia, modelo que não encontra ressonância nas mencionadas legislações, motivo pelo qual não é possível, em absoluto, enquadrar a compra em tela à modalidade pregão, como sugere o fornecedor.



ANTÔNIO LÁZARO NETO

ADVOCACIA

9. É oportuno dizer que mesmos as Organizações Sociais que fazem uso de verbas públicas não estão sujeitas a tais normas, e devem observar seus próprios regulamentos. Confira-se o voto do Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, em pronunciamento na Adin 1.923/DF, no âmbito da inconstitucionalidade da Lei nº 9.637/1988:

55. Por fim, ainda no tema das licitações, cabe apreciar se as Organizações Sociais, em suas contratações com terceiros fazendo uso de verbas públicas, estão sujeitas ao dever de licitar. As organizações sociais, como já dito, não fazem parte da Administração Pública Indireta, figurando no Terceiro Setor. Possuem, com efeito, natureza jurídica de direito privado (Lei nº 9.637/98, art. 1º, caput), sem que sequer estejam sujeitas a um vínculo de controle jurídico exercido pela Administração Pública em suas decisões. Não são, portanto, parte do conceito constitucional de Administração Pública. No entanto, o fato de receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos há de fazer com que seu regime jurídico seja minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, caput), dentre os quais se destaca a impessoalidade.

56. Isso significa que as Organizações Sociais não estão sujeitas às regras formais dos incisos do art. 37, de que seria exemplo a regra da licitação, mas sim apenas à observância do núcleo essencial dos princípios definidos no caput. **Essa incidência dos princípios administrativos deve ser compatibilizada com as características mais flexíveis do setor privado**, que constituem justamente a finalidade por detrás de todo o marco regulatório do Terceiro Setor, porquanto **fiado na premissa de que determinadas atividades podem ser mais eficientemente desempenhadas sob as vestes do regime de direito privado**. Assim, a conciliação desses vetores leva justamente ao que dispõe o art. 4º, VIII, da Lei nº 9.637/1998, segundo o qual o Conselho de Administração da OS deve "aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade". **Ou seja, embora não façam formalmente licitação, tais entidades devem editar um regulamento próprio para contratações, fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos**.

57. Desta forma, há plena conciliação do conteúdo dos princípios constitucionais **com a flexibilidade inerente ao regime de direito privado, que não se harmonizaria com a submissão pura e simples ao procedimento da Lei nº 8.666/1993, reconhecidamente formal, custoso e pouco célere**. Esse mesmo raciocínio já conduziu a que a Segunda Turma desta Corte, em sede cautelar, enxergasse a fumaça



ANTÔNIO LÁZARO NETO

ADVOCACIA

de bom direito na tese da validade do procedimento simplificado de licitação instituído pela Petrobrás com base na Lei nº 9.478/1997 - embora até o momento o Pleno não tenha firmado posição sobre o tema. Confira-se o precedente, da relatoria do Min. Gilmar Mendes:

(...)

10. Contudo, há que se reconhecer que este imbróglio- utilização do pregão - foi gerado na resposta ao pedido inicial de esclarecimento quando a entidade, ao ofertar sua resposta, utilizou como paradigma a dinâmica da Lei nº 10.520/2002, que permite a não divulgação do preço estimado da compra.

11. Inobstante esta percepção do fornecedor, tem-se, respeitosamente, que não é uma interpretação razoável. Fica evidente na resposta ofertada pela entidade que somente se apontou um paradigma normativo para o procedimento, e não que a compra estaria sujeita à modalidade pregão, até porque, repise-se, não existe esteio jurídico para utilização desta modalidade, à luz das normas da entidade.

12. O que se quer dizer, com efeito, é que a tendência legislativa para os modelos de compras governamentais é de que a divulgação ou não do valor estimado da licitação é avaliado pelo gestor a cada caso.

13. A resposta utilizou a Lei nº 10.520/20002, mas poderia ter utilizado o Regime Diferenciado de Contratações - RDC, a nova Lei das Estatais, ou mesmo regras interacionais.

14. O regulamento específico do RDC, Decreto nº 7.581/2011, assim dispôs sobre o tema:

Art. 9º O orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, sem prejuízo da divulgação no instrumento convocatório do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

15. A Lei nº 13.303/2016 é no mesmo sentido:

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

16. Além disto, o sigilo do orçamento estimado é uma prática empregada por organismos internacionais, a exemplo das próprias licitações organizadas pela Organização das Nações Unidas – ONU.



ANTÔNIO LÁZARO NETO

ADVOCACIA

17. Então, o que se trouxe para dentro do pedido de esclarecimento foi a inteligência de um modelo de compra governamental, mas, de maneira nenhuma, que a entidade é aderente à legislação mencionada, pelo contrário, a FENACLUBES segue seu próprio regulamento.

18. No trilho desta tendência, o Regulamento de Contratações de Bens e Serviços da FENACLUBES, diz que o valor de referência constará do Edital "se for o caso", deixando para a discricionariedade do Senhor Coordenador da Comissão de Contratação da entidade a decisão sobre avaliar, caso a caso, a divulgação ou não do orçamento.

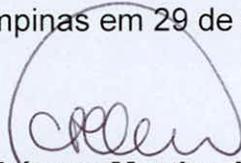
19. No caso, a FENACLUBES busca a maior vantajosidade, como exige o art. 9º, § 2º, inciso IV, do mencionado Regulamento, sendo que a opção pela não divulgação é inibir os proponentes de conhecerem os valores estimados e, com base nessa informação, apresentarem propostas menos vantajosas na cotação prévia. Evita-se que os licitantes inflem suas propostas caso conheçam o valor estimado, pois parte-se do pressuposto de que os proponentes tomem por base o valor estimado e, assim, não apresentem os preços mais competitivos.

20. O procedimento adotado, na realidade, gera uma assimetria de informações entre a FENACLUBES e os potenciais fornecedores, os quais terão o mercado como único parâmetro para a confecção de suas propostas. Estimula-se a oferta dos menores valores possíveis, aumentando as chances de a FENACLUBES selecionar propostas financeiramente mais vantajosas, até porque aumenta-se a concorrência.

21. De mais a mais, caso os fornecedores conhecem o valor estimado da contratação indicará a capacidade de pagamento da FENACLUBES nesse limite e a existência dos recursos, não havendo incentivos para que os fornecedores ofertem preços mais baixos que o orçamento, ficando a FENACLUBES fadada a pagar mais caro e a não se beneficiar dos ganhos de qualidade e eficiência inerentes à disputa livre e aos benéficos da livre concorrência.

22. Ante o exposto, a opinião jurídica é de que a não divulgação do valor estimado é prática legítima, ficando a cargo do Senhor Coordenador da Comissão de Contratação da entidade a decisão.

De Brasília para Campinas em 29 de agosto de 2019.



Antônio Lázaro Martins Neto
OAB/DF 25.354