



Procedência: Controladoria-Geral do Estado

Interessado: Controladoria-Geral do Estado

Parecer nº : 15.826

Data : 06 de janeiro de 2017

Classificação temática: Licitação. Sanções Administrativas.

Ementa :

CAIXAS ESCOLARES. ENTIDADES DE NATUREZA PRIVADA. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO. EXIGÊNCIA DE PROCEDIMENTOS ANÁLOGOS AOS LICITATÓRIOS PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO, PELO ESTADO, DE SANÇÕES DA LEI Nº 8.666/1993 À EMPRESA CONTRATADA PELA CAIXA ESCOLAR. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, IV, DA LEI Nº 12.846/2013.

Não obstante as Caixas Escolares estarem sujeitas a controle pela Administração e suas contratações sujeitarem-se a procedimentos análogos à licitação, os contratos por elas firmados com terceiros possuem natureza jurídica de direito privado, não se inserindo no conceito de contrato administrativo.

Inexiste vínculo direto entre a Administração e as pessoas jurídicas e físicas contratadas pelas Caixas Escolares, o que frustra a aplicação das sanções contratuais previstas no artigo 87 da Lei federal nº 8.666/1993.

Pela mesma razão, considerando o princípio da legalidade e a impossibilidade de interpretar norma restritiva de forma ampliativa, não há falar-se em responsabilização objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas que celebram contratos com as Caixas Escolares com base no inciso IV do artigo 5º da Lei federal nº 12.846/2013. Certo é, porém, que tanto as Caixas Escolares quanto as empresas por ela contratadas estão sujeitas à responsabilização da Lei Anticorrupção acaso pratiquem os atos lesivos arrolados nos demais incisos do mencionado dispositivo.



RELATÓRIO

1. O Assessor Jurídico-Chefe da Controladoria-Geral do Estado, por meio do Ofício AJUR/CGE nº 63/2016, apresenta a esta Consultoria Jurídica, para análise e orientação, os seguintes questionamentos formulados pela Superintendência Central de Integridade e Responsabilização de Pessoas Jurídicas – SRPJ – daquela Pasta (Memorando SRPJ/CG/CGE nº 11/2016):

1º) As empresas que firmam contratos com as caixas escolares para fornecimento de bens ou prestação de serviços, mediante pagamentos com recursos transferidos pela SEE às caixas escolares, estão sujeitas à responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nos termos do parágrafo único do art. 1º e do art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013?

2º) E quanto às penalidades previstas na Lei nº 8.666/1993, essas empresas podem ser punidas pela SEE, que não figura como parte ou interveniente nos contratos eventualmente firmados pelas empresas com as caixas escolares, em caso de descumprimento de cláusulas ou prática de atos lesivos no âmbito deste instrumento?

2. A consulta foi inicialmente dirigida ao Núcleo de Assessoramento Jurídico –NAJ/CJ/AGE –, havendo sua Coordenadora-Geral, a Procuradora do Estado Milena Franchini Branquinho, em vista da Resolução AGE nº 148/2005, determinado a sua devolução à CGE para instrução com manifestação prévia do órgão.

3. Na sequência, foi anexado ao expediente o Ofício AJUR/CGE nº 64/2016, no qual o Assessor Jurídico-Chefe da CGE, opinou, em apertada síntese, no sentido de que somente será possível a aplicação das sanções da Lei federal nº 8.666/1993 caso a Secretaria de Estado de Educação figure como parte ou interveniente nos ajustes celebrados pelas Caixas Escolares com terceiros, devendo tal possibilidade constar de forma expressa dos instrumentos celebrados; pela impossibilidade de instauração de processo nos moldes da Lei federal nº 12.846/2013 contra empresas contratadas pelas Caixas Escolares, uma vez que a lei cuida de “ilícitos praticados no âmbito de licitações deflagradas ou contratos



firmados pela Administração Pública”; e, por fim, concluiu que “a origem dos recursos não tem o condão de inserir a Administração Pública em contratos firmados entre empresas e instituições privadas”.

4. Retornando ao NAJ, foi emitido o Parecer nº 1164, de 23 de novembro de 2016, pela Procuradora do Estado Fernanda Paiva Carvalho, que promoveu exame minudente e irretorquível da matéria, abordando a legislação regente, a doutrina e a jurisprudência, concluindo que: i) *não compete à SEE a aplicação de sanções contratual-administrativas no âmbito dos contratos assinados pelas Caixas Escolares e seus contratados, tais como a aplicação de sanções constantes da Lei nº 8.666/93 ou inscrição no CAFIMP. Lado outro, entende-se competir à SEE o acompanhamento das atividades desempenhadas pelas Caixas no âmbito dos Termos de Compromisso firmados, tais como a prestação de contas dos gastos públicos e a fiscalização de obras nos estritos limites das obrigações avençadas nesses ajustes; ii) não se aplica, em tese, ao presente caso, a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, nas condições conferidas pela Lei 12.846/2013, na medida em que a despeito de envolver recursos públicos, não afigura casos de fraude à licitação ou contratos administrativos. A aplicação do art. 5º, inciso IV, no tocante a licitações e contratos, depende de elemento subjetivo do dolo com o intuito de lesão ao patrimônio público, ao passo que eventual descumprimento de contratos com as Caixas Escolares, a despeito do prejuízo ao erário e ao interesse público, não se enquadra em atos de corrupção e fraude em licitações e contratos administrativos tipificados pela lei.*

5. Tendo em vista que os questionamentos que integram a consulta apresentam relevante repercussão nas atividades da SEE e da CGE, e considerando haver recomendado, em seu parecer, o afastamento da aplicação do artigo 17, § 2º, do Decreto nº 45.085/2009, a subscritora do Parecer 1164, de 2016, sugeriu a submissão da manifestação a este Núcleo Central da Consultoria Jurídica.

6. É o que, em suma, tem-se a relatar.



PARECER

7. Principiando a análise, observa-se que ambos os questionamentos apresentados estão atrelados à relação existente entre a Secretaria de Estado de Educação e as Caixas Escolares e entre estas e terceiros por ela contratados para aquisição de bens e prestação de serviços, de modo que, no primeiro momento, mister examinar a natureza desses vínculos.

8. A natureza jurídica das Caixas Escolares foi objeto de abordagem nos Pareceres nº 12.895, de 7 de agosto de 2002, nº 14.843, de 16 de abril de 2008, nº 15.099, de 10 de agosto de 2011 e na Nota Jurídica nº 1.471, de 16 de agosto de 2007, consolidando-se, nesta Consultoria Jurídica, o entendimento no sentido de que são elas pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que receberam do Estado tratamento diferenciado.

9. Certo é que a Caixa Escolar não se enquadra no conceito de Administração Pública, mas de entidade que atua em parceria com Estado com vistas a um fim comum. Sobre a questão, destacam-se os excertos do Parecer nº 15.099, de 2011:

Os estudos anteriores desta Consultoria caminham no sentido de que as Caixas Escolares, criadas no âmbito das escolas estaduais, para envolver a comunidade, professores e pais de alunos, no aperfeiçoamento da atuação estatal no âmbito da educação, têm personalidade de direito privado, sob a forma de sociedade civil, modalidade associação. (...)

Por isso, diante da natureza jurídica privada das Caixas Escolares, associações privadas montadas fora do contexto da Administração estatal, direta ou indireta, impossível cogitar-se da delegação de competências do Estado ou da SEE para a entidade privada.

10. Observa-se, a este teor, a regência que lhe confere o Decreto nº 45.085, de 8 de abril de 2009. Mencionado decreto dispõe sobre a transferência, utilização e prestação de contas de recursos financeiros repassados às caixas escolares vinculadas às unidades estaduais de ensino, para fins de sistematização das normas e regulamentos pertinentes.

Art. 1º A transferência de recursos pela Secretaria de Estado de Educação - SEE, objetivando a realização de projetos e atividades educacionais para as **caixas escolares, associações civis com**



ESTADO DE MINAS GERAIS

Advocacia Geral do Estado

Consultoria Jurídica

personalidade jurídica de direito privado, vinculadas às respectivas unidades estaduais de ensino, será efetivada mediante a elaboração de plano de trabalho e celebração de termo de compromisso, nos termos deste Decreto, observada a legislação em vigor. (grifamos)

11. Colhe-se do dispositivo, que a Secretaria de Estado de Educação possui com a Caixa Escolar uma espécie de relação convenial - porém com regulamentação própria (não se lhe aplicando a legislação de convênios) - na medida em que transfere recursos, mediante a elaboração de plano de trabalho e celebração de termo de compromisso, para realização de projetos e atividades educacionais em cooperação.

12. Conforme elucida o Parecer nº 14.843, de 16 de abril de 2008, as Caixas Escolares, malgrado sejam pessoas jurídicas de natureza privada não integrantes da Administração Pública, obrigam-se à prestação de contas dos recursos públicos que recebem e administram e se submetem ao controle indireto do Estado de Minas Gerais, realizado por intermédio da Secretaria de Estado de Educação, isso porque dependentes do recebimento de recursos preponderantemente públicos, o que faz com que elas também se sujeitem aos procedimentos licitatórios, conforme artigos 118 e 119 da Lei de Contratos e Licitações, competindo-lhes editar seus regulamentos próprios¹, a exemplo do que

¹ Sobre a submissão à Lei federal nº 8.666, de 1993, manifestou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, reconhecendo ser diferenciada a situação das caixas escolares, chegando a dizer serem elas células de execução de comandos advindos na maior parte do Poder Público:

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINAR DE NULIDADE - REJEIÇÃO - INTERVENÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - NECESSIDADE - CAIXAS ESCOLARES DO MUNICÍPIO DE PARACATU - AQUISIÇÃO DE MERENDA ESCOLAR - SUBMISSÃO A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - NECESSIDADE - ARTIGO 119 DA LEI Nº. 8.666/93 - ENTIDADES CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE PELOS ENTES PÚBLICOS - REGULAMENTOS PRÓPRIOS - LEGALIDADE - RESOLUÇÃO SEE Nº. 2245/2012 - AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS ATRAVÉS DE CARTA CONVITE E TOMADA DE PREÇOS - ADEQUAÇÃO À ESTRUTURA EDUCACIONAL DOS MUNICÍPIOS - SENTENÇA REFORMADA.

Inegável o interesse direto do Estado de Minas Gerais na lide instaurada, bem assim a obrigatoriedade de sua participação no feito, quando a sentença repercute em todo o sistema educacional sob gerência de sua Secretaria de Educação, devendo ser garantido o acesso processual, na forma constitucional, autorizando o efetivo posicionamento na ação, com todos os direitos de parte litisconsorcial, segundo princípio de necessidade.

É desnecessária a anulação do feito, porquanto o Ente Público exerceu o seu direito de manifestação ampla, com discussão pertinente a todos os temas que teria a apresentar ao juízo de 1º grau, em situação que foi submetida ao duplo grau de jurisdição que na sua essência foi apreciada pelo Juiz prolator da decisão.

A Caixa Escolar é "uma sociedade civil com personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, com capacidade para receber e administrar recursos, públicos e privados, destinados às escolas públicas, visando coadjuvar no atendimento aos preceitos do ensino, segundo a LDB". **É, pois uma célula de execução de comandos advindos na maior parte do Poder Público, segundo os moldes federativos.** O princípio maior de busca da autonomia da escola, com participação geral, para fins pedagógicos, administrativos e financeiros.

Rua Espírito Santo, nº 495, Centro, CEP: 30.160-030, Belo Horizonte/MG.



ESTADO DE MINAS GERAIS

Advocacia Geral do Estado

Consultoria Jurídica

ocorre com os serviços sociais autônomos², não se lhes aplicando na íntegra a Lei federal nº 8.666, de 1993, *in verbis*:

Ante todo o exposto, concluímos no sentido de que, a partir da análise da documentação carreada ao expediente, revela-se presente, ao nosso sentir, a existência de controle indireto do Estado de Minas Gerais sobre as Caixas Escolares o que, aliado ao recebimento, atualmente, por estas entidades, de recursos preponderantemente públicos, impõe-se que as mesmas se submetam a procedimento licitatório, mediante a adoção, em espaço de tempo razoável e sem prejuízo para as relações contratuais em curso, como ressalvado no item 29 supra, de regulamentos próprios de licitação, à semelhança dos serviços sociais autônomos. Os regulamentos mencionados deverão observar os princípios jurídicos do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988, serem publicados pelas entidades e aprovados pela Secretaria de Estado de Educação. Em razão de todo o exposto, fica em parte revisto o Parecer PGE nº 10.597, de 1999.

13. Na linha preconizada pela Advocacia-Geral do Estado, o Decreto nº 45.085, de 2009, no artigo 2º, estabeleceu que somente poderão receber recursos da SEE as Caixas Escolares que apresentarem, anualmente, entre os outros documentos, regulamento próprio de licitação aprovado pela Assembleia Geral. O artigo 15 foi ainda mais enfático ao dispor:

Art. 15. Toda despesa realizada pela caixa escolar com recursos transferidos por meio de termos de compromisso deverá ser precedida de adequado processo licitatório, em conformidade com o regulamento próprio de licitação da instituição, adotando-se procedimentos análogos aos previstos na lei de licitações e contratos aplicáveis à Administração Pública, com vistas à seleção

A teor do artigo 119 da Lei nº. 8.666/93, a aquisição de bens e serviços pelas entidades controladas direta ou indiretamente pelos Entes Públicos pode ocorrer através de regulamentação própria, devidamente publicada.

A Resolução SEE n.º 2245, de 28.12.2012, especificou as modalidades de licitação a serem observadas pelas Caixas Escolares: a) a Carta Convite e, b) tomada de preços, esta em função do valor dos bens, serviços e obras a serem contratados, segundo os fundamentos dos artigos 22 e 23, da Lei n.º 8666/93, adequando-se a nomenclatura à Lei 8666/93, eis que o procedimento mostra-se análogo ao da licitação, e perfeitamente regular, assim atendendo aos princípios da Administração Pública insculpidos no artigo 37 da CR/88. (TJMG - Apelação Cível 1.0470.10.001557-2/004, Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18.09.2013, publicação da súmula em 27.09.2013). (Grifo nosso).

² O Tribunal de Contas da União na Decisão Plenária TCU nº 907/97 assentou "que os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos à observância aos estritos procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório."

Rua Espírito Santo, nº 495, Centro, CEP: 30.160-030, Belo Horizonte/MG.



da proposta mais vantajosa, respeitados os princípios jurídicos insertos no art. 37, caput, da Constituição da República, assim como os da igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Parágrafo único. As contratações da caixa escolar poderão ser realizadas mediante adesão a Atas de Registro de Preços de órgãos públicos nos termos estabelecidos pelo Decreto nº 44.787, de 18 de abril de 2008, após solicitação e aprovação do gestor responsável pela ata, ficando, nesse caso, dispensadas da realização de procedimento licitatório próprio.

14. Portanto, inegável que cabe às Caixas Escolares a adoção de procedimentos análogos aos previstos na Lei federal nº 8.666, de 1993, definindo regulamento próprio de licitação, o qual deve ser orientado pelo núcleo essencial dos princípios da Administração Pública referidos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República. Dessa afirmação emerge a seguinte indagação: se as Caixas Escolares devem obediência à Lei federal nº 8.666, de 1993, os contratos firmados com as empresas vencedoras dos certames subsomem-se no conceito de contrato administrativo?

15. O parágrafo único do artigo 2º da Lei federal nº 8.666, de 1993, considera contrato administrativo “todo aquele ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de um vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

16. Sobre a diferenciação desse tipo de contrato e o contrato de direito privado, Odete Medeaur³ esclarece:

Ao longo da elaboração da teoria do contrato administrativo, emergiram suas notas características, que o diferenciavam do contrato de direito privado. Sendo o órgão estatal uma das partes do vínculo contratual, não poderiam prevalecer os mesmos preceitos aplicáveis aos contratos firmados entre particulares. Isso porque os contratos celebrados por órgãos ou entes estatais direcionam-se ao atendimento do interesse público. Daí ser inaplicável aos contratos firmados por órgãos estatais a plena igualdade entre as partes e a imutabilidade do que foi inicialmente pactuado. A defesa do interesse público levou à atribuição de

³ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 266-267.



prerrogativas à Administração, que é parte do contrato, sem sacrifício de direitos pecuniários do particular contratado. Os contratos administrativos são norteados, assim, por um regime público dinâmico.

17. Assim, o contrato administrativo tem como notas características o fato de necessariamente uma das partes ser integrante da Administração Pública e a existência de um regime publicístico que atribui a ela um conjunto de competências, comumente denominadas de prerrogativas extraordinárias ou cláusulas exorbitantes, decorrentes do princípio da supremacia do interesse público.

18. Por este conceito, é possível afirmar que o vínculo existente entre as Caixas Escolares e a empresa contratada, não obstante a submissão da contratação à procedimentos análogos ao licitatório, não pode ser outro senão o contratual regido pelo direito privado. Nessa toada, não há falar-se, a rigor, em imposição a terceiros que com elas contratarem de cláusulas exorbitantes oponíveis pela Administração.

19. Firmadas essas premissas, passemos aos questionamentos apresentados. O primeiro deles atrela-se à verificação se as empresas que celebram contratos com as caixas escolares estão sujeitas à Lei federal nº 12. 846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências, reputada “Lei Anticorrupção”.⁴

20. Preceitua o parágrafo único do artigo 1º da citada Lei:

Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

21. O artigo 2º esclarece que tais pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou

⁴ No âmbito da Administração Pública do Poder Executivo estadual, o Decreto nº 46.782, de 23 de junho de 2015, dispôs sobre o Processo Administrativo de Responsabilização, previsto na Lei Federal nº 12.846, de 2013.



não. A responsabilização objetiva prescinde do elemento culpa, não depende de um nexos subjetivo entre o agente e o fato, no sentido de consciência ou vontade de realizá-lo, basta provar o nexos de causalidade entre a conduta e o dano, efetivo ou pretendido.

22. Os atos lesivos, por sua vez, estão delimitados no artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação,



ESTADO DE MINAS GERAIS

Advocacia Geral do Estado

Consultoria Jurídica

inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações , públicas internacionais. (grifo nosso)

23. A celeuma concentra-se, ao que parece, no que tange ao enquadramento no inciso IV das empresas contratadas pelas Caixas Escolares, uma vez que não pairam dúvidas quanto à possibilidade de aplicação da responsabilização de que trata a Lei se as pessoas jurídicas (inserem-se aqui tanto as Caixas Escolares quanto as empresas por ela contratadas) praticarem quaisquer dos atos lesivos constantes dos incisos I, II, III e V do artigo supratranscrito.

24. A Lei federal nº 12.846, de 2013, guarda certa similaridade com a Lei federal nº 8.666, de 1993, no tocante aos ilícitos administrativos e respectivas sanções, a citar a alínea “a” do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção que tipifica como infração administrativa o ilícito penal constante do artigo 90 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Em sendo assim, importante trazer à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho⁵, que ao discorrer sobre o artigo 85 da Lei federal nº 8.666, de 1993, asseverou:

A Lei 8.666/1993 tutela penalmente apenas as infrações praticadas no curso de licitação e de contratos administrativos desenvolvidos no âmbito da Administração Pública. [...]

Rigorosamente, as organizações sociais e outras entidades não governamentais não integram a Administração indireta nem se encontram sob “controle” estatal. A instituição de organização social ou organização social de interesse público pode configurar

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 17ª ed. ver., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016, p. 1335.





ilícitos diversos, quando presentes requisitos próprios. Não é possível, no entanto e como regra, reputar que o art. 85, ora comentado, abrande práticas ocorridas no âmbito de tais entidades.

25. O autor afastou a aplicabilidade das sanções penais da Lei federal nº 8.666, de 1993, às entidades governamentais e contratações por ela realizadas. De fato não poderia ser diferente, inegável que as entidades que atuam em colaboração com o executivo exercem importante papel na consecução de ações de interesse público, todavia não integram a Administração Pública, de modo que a elas não pode ser estendido o poder sancionatório concernente a licitações e contratações públicas firmadas por órgãos e entidades que integram a Administração. Essa afirmação vale não só para sanções penais, como também para os ilícitos administrativos.

26. Certo é que o princípio da legalidade é para a Administração um limitador de suas ações. No que toca à esfera punitiva da Administração, Alejandro Nieto (1994, p. 214-215, apud JUSTEN FILHO, 2016, p. 1340) afirma que o princípio da legalidade “compreende uma dupla garantia: a primeira, de ordem material e sentido absoluto, referida tanto ao âmbito estritamente penal como ao das sanções administrativas, reflete a especial transcendência do princípio da segurança jurídica em ditos campos limitativos e supõe a imperiosa necessidade de predeterminação normativas das condutas infratoras e das sanções correspondentes, isto é, a existência de preceitos jurídicos (*lex previa*) que permitam prognosticar com suficiente grau de certeza (*lex certa*) aquelas condutas e se saiba a que se vincular no que diz respeito à responsabilidade e a eventuais sanções; a segunda, de caráter formal, relativa a exigência e existência de uma norma de adequada hierarquia e que este Tribunal identifica como lei em sentido formal”.

27. Na esfera sancionatória não apenas as infrações devem vir tipificadas, como também não há a possibilidade de expandir sua aplicação para além dos casos entabulados, até porque vedada a interpretação ampliativa de normas restritivas.

28. Dessa forma, s.m.j., corroboramos o entendimento externado, tanto pela Assessoria Jurídica da CGE quanto pelo NAI, no sentido de não ser possível a aplicação do inciso IV do artigo 5º da Lei federal nº 12.846, de 2013, às



empresas que celebram contratos com as Caixas Escolares, ao sabor de que os atos lesivos constante do dispositivo atrelam-se a licitações e aos contratos administrativos celebrados exclusivamente pela Administração Pública.

29. De igual sorte, com relação ao segundo questionamento, malgrado o artigo 17, § 2º, do Decreto nº 45.085, de 2009, dispor que a Secretaria de Estado de Educação poderá instaurar processo administrativo punitivo para apuração de responsabilidade e imposição de sanções cabíveis, nos moldes da Lei nº 13.994, de 18 de setembro de 2001, e do Decreto nº 45.902, de 27 de janeiro de 2012, concernentes ao Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública Estadual – CAFIMP, se constatado descumprimento total ou parcial de contrato firmado com a caixa escolar, entende-se igualmente inaplicáveis as sanções administrativas delineadas no artigo 87 da Lei federal nº 8.666, de 1993, às pessoas jurídicas ou físicas contratadas pelas Caixas Escolares.

30. Além das razões acima aventadas, há de se destacar a total impossibilidade de punição, por parte Administração, das referidas pessoas jurídicas ou físicas contratadas por Caixa Escolar em virtude da ausência de vínculo jurídico entre estas e aquela. Conforme asseverado, o contrato firmado pela Caixa Escolar é de natureza jurídica privada, não se inserindo no conceito de contrato administrativo, o que impede a inclusão de cláusulas exorbitantes e a imposição de penalidades descritas no artigo 87 da Lei federal nº 8.666, de 1993. Tratando-se de contrato privado, há de aplicar, no caso de descumprimento ou inexecução de suas cláusulas, as cominações nele previstas regulamentadas pela legislação civil.

31. Consoante bem argumenta o Assessor Jurídico-chefe da CGE, o fato de as aludidas contratações envolverem recursos públicos, em si, “não tem o condão de inserir a Administração em contratos firmados entre empresas e instituições privadas”. De se destacar aqui julgado do TCU que afasta a aplicação da sanção de inidoneidade a empresa subcontratada, cujo entendimento, a nosso ver, pode ser replicado à situação em estudo:

Convém repisar que não se trata de fraude a licitação, uma vez que os orçamentos em questão não se referem às licitações efetuadas pelo Confea junto aos Consórcios Metra-Anagraphia e à Agência Agnelo Pacheco Ltda., mas sim de fraude nas subcontratações executadas por essas Agências, o que torna o fato irrelevante para efeito da declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei



ESTADO DE MINAS GERAIS

Advocacia Geral do Estado

Consultoria Jurídica

Orgânica. (Acórdão 78/2010, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa)

32. Por outro lado, de se ressaltar que se a Administração integrasse o contrato, ter-se-ia por completa a submissão à Lei federal nº 8.666, de 1993, não se permitindo utilizar procedimento simplificado de contratação, o que iria de encontro com o escopo da parceria que é justamente de desburocratizar procedimentos com vistas a garantir maior eficiência na assistência educacional.

33. Assim, conquanto não possa a Secretaria de Estado de Educação valer-se das sanções de suspensão temporária de participar em licitação ou impedimento de contratar com a Administração e declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, deverá a SEE, nos termos dos artigos 19 e 23 do Decreto nº 45.085, de 2009, exercer suas funções gerenciais fiscalizatórias e de auditoria, além de sua atribuição de editar normas e orientações complementares.⁶

34. Nesse passo, conforme apontado no Parecer NAI nº 1164, de 23 de novembro de 2016, pela Procuradora do Estado Fernanda Paiva Carvalho, “existe previsão específica contratual de sanção de multa pelo descumprimento das obrigações contraídas pela Contratada, conforme previsão da Cláusula Décima do Modelo 31 de contrato padrão (anexo à Resolução SEE nº 2245/12), a qual deve ser aplicada pela Caixa Escolar contratante”, sob pena de responsabilidade e devolução dos recursos na prestação de contas, o que deve ser verificado pela SEE.

⁶ EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - LICITAÇÃO - OBRAS EM ESCOLA ESTADUAL - IMPLEMENTAÇÃO DO CERTAME POR SOCIEDADE CIVIL DENOMINADA "CAIXA ESCOLAR" - FISCALIZAÇÃO DO ESTADO, ATRAVÉS DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DE ENSINO - CABIMENTO - ANULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO - AFERIMENTO DE VULNERAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, BEM COMO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE ENTRE OS CONCORRENTES E VINCULAÇÃO AO EDITAL, BEM COMO RAZÕES DE CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA - PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO - SÚMULA 473, DO STF - CABIMENTO - AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE OU ILEGALIDADE DO ATO INDIGITADO COATOR - RECURSO NEGADO - SENTENÇA MANTIDA. 1 - As "Caixas Escolares" são sociedades civis, sem fins lucrativos, que, apesar de terem capacidade para receber e administrar recursos públicos e privados, destinados às escolas públicas, com a finalidade de coadjuvar na consecução das finalidades do ensino público, estão sujeitas à fiscalização da Administração, através da respectiva Superintendência Regional de Ensino. 2- Pautada a anulação do certame licitatório, implementado por caixa escolar, pelo órgão administrativo fiscalizador competente, por razões de vulneração da legalidade e conveniência administrativa, não se verifica qualquer abusividade ou ilegalidade no ato indigitado coator. Poder de autotutela da Administração. Súmula 473, do col. STF. 3- Apelação negada. Sentença mantida. (TJMG - Apelação Cível 1.0105.13.027324-3/001, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30.06.2015, publicação da súmula em 10.07.2015) (grifo nosso)



CONCLUSÃO


35. Ante todo o exposto, ratificando os termos do Parecer NAJ nº 1164, de 23 de novembro de 2016, conclui-se em relação aos questionamentos apresentados:

a) pela inaplicabilidade da responsabilização civil e administrativa com base no inciso IV do artigo 5º da Lei federal nº 12.846, de 2013, das pessoas jurídicas que celebram contratos privados com a Caixa Escolares para fornecimento de bens ou prestação de serviços, ainda que envolvam pagamentos com recursos transferidos pela SEE, tendo em vista que a norma é aplicável a contratos e licitações celebrados tão somente pela Administração Pública;


b) pela impossibilidade de aplicação das sanções definidas no artigo 87 da Lei federal nº 8.666, de 2003, mormente as constantes dos incisos III e IV, às pessoas jurídicas ou físicas contratadas por Caixa Escolar, em virtude da ausência de vínculo jurídico entre elas e a Administração Pública.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 4 de janeiro de 2017.


CAROLINA BORGES MONTEIRO
Procuradora do Estado
OAB-MG 104.259 / MASP 1.211.251-2

Aprovado em 05.01.2017


Procuradora-Chefe Substituta da Consultoria Jurídica


Advogado-Geral do Estado

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral do Estado,
em exercício