

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA

PROCESSO Nº 07815e19

PARECER Nº 01067-19

CONSULTA. COMPRAS PELA INTERNET. DISPENSA EM RAZÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE. Ao contratar com portal eletrônico de vendas de bens, o gestor não pode se descuidar de exigir a documentação mínima necessária para a dispensa de licitação fundada no art. 24, II, assim como atentar-se para o cumprimento do art. 26, parágrafo único. Do mesmo modo, deve compatibilizar as características do *e-commerce* com o regramento legal, para que a contratação direta seja processada com os procedimentos devidos, inclusive com a observância das etapas da despesa pública. A compra em site eletrônico sem a observância do rito administrativo para a contratação direta contraria a Lei de Licitações.

O Presidente da **CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA**, Sr. Luciano Lisboa Gomes, por meio de ofício endereçado ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 07815e19, acerca das compras públicas, questiona:

- 1) É possível a administração pública fazer compras pela internet, em empresas de comércio eletrônico (sites), conseguindo assim economizar em compras de baixo valor, considerando que na Lei Geral de Licitações, tem-se que as compras, sempre que possível, deverão submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado, conforme dispõe o seu art. 15, inc. III?
- 2) Se possível, havendo preço vantajoso, é possível dispensar a licitação?
- 3) Ainda neste sentido, sendo possível a compra, como devemos proceder, uma vez que nas compras realizadas no comércio eletrônico (sites), o pagamento é realizado antes da emissão da nota fiscal e da entrega do produto, ou seja, o pagamento ocorre antes da liquidação?

Antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressalte-se ao Consulente que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação apresentada, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Cabe-nos ainda registrar **que os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese.**

Inicialmente, cumpre-nos registrar que de acordo com o quanto dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF/88, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações 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.”

Esta é a premissa geral, que faz com que o processo licitatório pela Administração Pública seja de realização obrigatória em atenção ao princípio constitucional da isonomia, de onde sobressai o entendimento de que contratações ao arrepio da legislação de regência constituem verdadeira burla a contaminar os contratos realizados, sujeitando o agente político às sanções legais.

A regra da obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório comporta exceções, conforme preceitua a própria Constituição Federal, quando, ao cuidar da matéria no inciso XXI do art. 37, autorizou a legislação infraconstitucional especificar os casos que não se submetem a prévio certame.

Assim, em consonância com o permissivo constitucional, o legislador editou a Lei Federal de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), instituindo duas hipóteses de contratação direta, que escapam ao crivo da licitação, denominadas de dispensa e de inexigibilidade.

Na doutrina da ilustre Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 345) consta a principal diferença entre os dois institutos:

“A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.” (grifos do original)

Os casos de dispensa de licitação estão previstos no art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93, dentre os quais, merece especial destaque, por se tratar da situação sob análise, a hipótese de prevista no inciso II desse dispositivo legal, que tem redação do seguinte teor:

Art. 24. É dispensável a licitação:

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Entendeu o legislador infraconstitucional que, nessas situações, o custo econômico do procedimento licitatório supera o benefício dele extraível, facultando ao gestor dispensar o certame. É o que a doutrina e a jurisprudência pátrias denominam de dispensa de licitação em razão do valor.

Note-se que, a dispensa em questão ocorre por ato discricionário do agente público que, diante do caso concreto e observando as hipóteses permitidas em Lei, procede um juízo de valor sobre a oportunidade e conveniência de contratar diretamente.

Importa registrar que a mesma Lei de Licitações autoriza que a Administração adote as providências constantes no rol do art. 15, com o fito de atingir a boa aplicação dos recursos financeiros para a consumação das necessidades públicas:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

Com relação a matéria em destaque, cabe mencionar às lições de Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2009, p. 175):

A Lei determina a aplicação, no setor público, das práticas adotadas no setor privado. No seu campo próprio de atuação, o Estado necessita de agilidade e de eficiência. Deve, de um lado, garantir-se contra fornecedores incapacitados. De outro lado, tem de atuar com rapidez e eficácia, contratando com a presteza necessária.

O art. 15 evidencia que a contratação administrativa não deve ser mais onerosa e menos eficiente do que a do setor privado.

Nessa linha de inteligência, ancorada na legislação que rege a matéria, cabe aqui tecer algumas considerações sobre as compras feitas pela internet e sua possibilidade na esfera municipal, a partir da análise das particularidades do *e-commerce* e sua adequação para as compras governamentais.

Sem embargos, pode-se afirmar que a internet impactou o processo de compras no setor público, na medida em que, utilizando-se das tecnologias disponíveis nos meios eletrônicos, foi possível ampliar a visibilidade dos certames, permitir redução de custos administrativos, além de trazer melhorias na eficiência.

Na atualidade, surge a hipótese de ampliar os benefícios da internet para as aquisições do ente público nos casos de compras de pequeno valor.

Em relação a ausência de estabelecimento comercial físico, a priori, não se percebe qualquer empecilho apto a afastar esta modalidade de compra pela Administração municipal.

Nesta senda já se manifestou o Tribunal de Contas da União, quando firmou entendimento de que a exigência de loja física em certos casos representa um fator impeditivo da competitividade:

A exigência de loja física em determinada localidade para prestação de serviços de agenciamento de viagens, com exclusão da possibilidade de prestação desses serviços por meio de agência virtual, afronta o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993.

(Acórdão n.º 6798/2012-1ª Câmara, TC-011.879/2012-2, rel. Min. José Múcio Monteiro, 8.11.2012.)

Prosseguindo na análise das características que revestem a compra pela internet nas relações com particulares, passa-se ao exame sobre a possibilidade de pagamento antecipado.

Forçoso recorrer novamente a brilhante doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em obra já citada, que leciona:

No Brasil quando se impugnam os pagamentos antecipados, usualmente se invocam os arts. 62 e 63 da Lei nº4.320/64. Tais dispositivos não disciplinam, no entanto, o tema específico, eis que sua finalidade reside em submeter o pagamento a um controle documental adequado.

(...)

Não se veda expressamente o pagamento antecipado no texto dos aludidos dispositivos. Ali apenas se estabelece que o pagamento concretizar-se-á mediante comprovação da prévia execução da prestação devida pelo contratado. A redação da lei retratou disciplina adequada à hipótese padrão, usualmente verificável na atividade administrativa. A lei visava a condicionar o pagamento à comprovação dos requisitos exigidos no ato convocatório. Como regra, o requisito seria o adimplemento por parte do contratado. Mas nada impediria que o ato convocatório estabelecesse outras hipóteses.

(...)

A Administração pode (deve) obter reduções de preço e outras vantagens, semelhantemente ao que se verifica no setor privado. Diante da possibilidade de pagar antecipadamente, deve ser reduzido o preço ou concedido outro benefício para o Estado.

O TCU em diversos julgados já se pronunciou acerca do tema, permitindo em situações específicas o pagamento antecipado, como se observa na jurisprudência colacionada abaixo:

O pagamento antecipado em contrato administrativo é procedimento excepcional que somente deve ser admitido quando presentes as devidas justificativas e observadas certas condições, como a prestação de garantia e a concessão de desconto pelo contratado.

(Processo TC 009.773/2001-4, data da sessão 18/04/2018)

Não se vê como conciliar a dispensa fulcrada no art. 24, II, da Lei de Licitações com as condições necessárias para validade de pagamento antecipado, onde exige-se previsão

no edital de licitação ou nos instrumentos formais de contratação direta, além de adoção de indispensáveis cautelas e/ou garantias.

Isto porque na dispensa em razão do valor se permite a compra pública com maior simplicidade, de onde se infere ser inviável impor à etapa da quitação as exigências que assegurem a lisura do pagamento antecipado.

De grande valia é a recente jurisprudência do TCU, que adverte o gestor quando não observados os requisitos para realização deste tipo de contraprestação pecuniária:

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como **erro grosseiro** (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado. (grifo nosso)
(Processo TC 020.244/2014-2, data da sessão 06/02/2019)

Convém realçar que, embora não se vislumbre a viabilidade para pagamento antecipado no caso em apreço, haja vista o diminuto valor do contrato e sua formalização, que impossibilitaria as exigências impostas para legalidade desse dispêndio, ainda assim seria viável uma aquisição em loja virtual.

Contudo, tal postura requer máxima atenção dos ordenadores de despesas, que não podem, em hipótese alguma, se furtarem de seguir os ditames legais, neste caso, relacionados as finanças públicas, ao procedimento licitatório e a responsabilidade fiscal.

No procedimento de compra direta por meio eletrônico, o responsável não pode se desincumbir das formalidades necessárias à concretização da contratação direta, como também não pode deixar de proceder as etapas da despesa pública.

Há de se ressaltar que o gestor deve instaurar processo administrativo prévio em que fique devidamente justificado o motivo da dispensa, bem como os requisitos dispostos no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

“Art. 26. (...)”

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”

Acrescente-se, por oportuno, que o processo de dispensa de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se, também, a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no artigo 38 da referida Lei de Licitações e Contratos.

Além dos requisitos legais autorizadores, deve ficar demonstrado também que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado.

O agente público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de dispensa deflagradora da contratação direta, sob pena de incidir no crime tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."

Ademais, a Administração municipal continuará consultando todos os documentos imprescindíveis à aceitação da proposta, como, por exemplo, consulta do CNPJ e a regularidade junto ao FGTS e INSS da empresa fornecedora, podendo, inclusive solicitar

amostra, se for o caso. Somente após verificação de todos os requisitos, será submetido à autoridade responsável para efetivação da aquisição.

Com o intuito de ampliar sua pesquisa de preços, poderá a Administração Municipal proceder cotações nos sites de comércio eletrônicos, lembrando de incluir o valor do frete ao custo do produto, momento em que verificará se o município está inserido na cobertura territorial de entrega do bem.

O Tribunal de Contas da União, em seu Manual de Compras Diretas do TCU, publicado em sua homepage oficial (<https://portal.tcu.gov.br/licitacoes-e-contratos-do-tcu/licitacoes/manuais-e-orientacoes/>), autoriza a utilização de propostas de preços de lojas *on line* para composição da estimativa de preços de órgão público, como se vê:

Adota-se, no TCU, o mínimo de 3 (três) propostas para que a estimativa seja considerada válida. Dessas, **admite-se a utilização de propostas de preços obtidas em lojas virtuais na Internet**, bem como propostas obtidas por consulta pessoal à loja física ou por telefone. (grifos nossos)

Entendendo conveniente obter proposta de preço de determinado estabelecimento comercial, que não possui ponto de venda físico, haverá de ser solicitado uma cotação formal ao fornecedor mediante seu sistema de atendimento ao cliente ou setor competente.

Neste momento, ao encaminhar a cotação, a empresa demonstrará o interesse em contratar com o Poder Público, estando ciente dos procedimentos que regem as relações com a Administração pública.

Dada as peculiaridades das operações de compras virtuais, mostra-se indispensável a leitura e concordância da política de venda do *e-commerce*, notadamente, em face da entrega, garantia e devolução dos bens, descritos, via de regra, nos Termos e Condições de uso do site.

Em suma, mesmo havendo diversos dispositivos que permitem a praticidade e celeridade nas compras de pequeno valor, deve o gestor se atentar para as prudências necessárias

na fase de planejamento e de instrução do processo administrativo, sobretudo aos cuidados exigidos para regularidade da dispensa licitatória.

Aqui, sublinha-se a vedação ao fracionamento de despesa, disposta no § 5º do art. 23 da Lei nº 8.666/93. Para tanto deve o Órgão proceder um rigoroso planejamento de suas compras durante todo o ano do exercício financeiro, para que não se caracterize o fracionamento com o intuito de se evitar procedimento licitatório mais rigoroso.

Frise-se, porque necessário, que, por força do princípio da anualidade orçamentária, a Administração tem o dever de prever seus gastos e planejar todas as suas contratações ao longo do exercício financeiro, que coincide com o ano civil.

O mesmo alerta é dado por Marçal Justen Filho, em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 16ª edição, Revista dos Tribunais, páginas 400/401, quando pontua:

É inadmissível que se promova dispensa de licitação fundando-se no valor de contratação que não é isolada. Existindo pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global – tanto para fins de aplicação do art. 24, I e II, como relativamente à determinação da modalidade cabível de licitação.

(...)

Significa que, sendo previsíveis diversas aquisições de objetos idênticos, deve considerar-se o valor global. A regra subordina a Administração ao dever de prever todas as contratações que realizará no curso do exercício. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas – proíbe-se que cada contratação seja considerada isoladamente, para fim de determinação do cabimento de licitação ou da modalidade cabível.

Por fim, é relevante ainda anotar que, a hipótese de dispensa de licitação motivada no inc. II do art. 24 sofreu majoração do seu valor, passando ao limite de gastos de até R\$17.600,00, com a atualização concedida por intermédio do Decreto nº 9.412/2018, aplicado também no âmbito municipal.

Alerte-se que em hipótese alguma deve uma Entidade valer-se deste meio para se furtar do dever geral de licitar, conforme preceitua a Carta Magna, no seu art. 37, XXI, o que poderá ser passível de análise e reprimenda por esta Corte de Contas, na análise do caso concreto.

Assim sendo, observados todos os aspectos aqui mencionados, entende-se ser possível compatibilizar o regramento legal da dispensa de licitação em razão do valor contido no art. 24, II, da Lei nº 8.666/93 com a compra pela internet. No entanto, faz-se necessário que toda a base normativa que rege a matéria licitatória seja respeitada, sob pena de qualificar a avença como irregular.

Saliente-se, mais uma vez, que ao contratar com portal eletrônico de vendas de bens, o gestor não pode se descuidar de exigir a documentação e os requisitos necessários para a contratação direta nos moldes da dispensa em apreço, aliado as cautelas necessárias nas compras feitas pela internet, o que exige uma precaução extra nesse formato de contratação, para que não haja desvirtuamento da dispensa em razão do valor no município.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Salvador, 04 de junho de 2019.

Tâmara Braga Portela
Assessora Jurídica