

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE POJUCA

PROCESSO Nº 12853e19

PARECER Nº 01501-19 (F.L.Q.)

CONTRATAÇÃO DIRETA. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. EXCEÇÃO À REGRA. REQUISITOS PREVISTOS NA LEI Nº 8.666/93.

A regra na Administração pública é a contratação mediante processo licitatório, sendo a contratação direta, com fundamento nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações e Contratos, exceção. Para tanto, devem estar preenchidos todos os pressupostos legais autorizadores, inclusive, os elementos dispostos no art. 26, da Lei nº 8.666/93.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE POJUCA**, Sr. Carlos Eduardo Bastos Leite, por meio de expediente endereçado ao Presidente deste TCM, aqui protocolado sob o nº 12853e19, a respeito da possibilidade de contratação direta, questiona-nos nos seguintes termos:

“É possível, nas operações de consignações, a Gestão Pública contratar, sem licitação, empresa que oferta sistema de tecnologia, em COMODATO GRATUITO ao Município, para gerenciamento da margem consignável salarial, enquanto etapa essencial de concretização do processo de empréstimo consignado, e outras modalidades de descontos autorizados pelos servidores?”.

Antes de adentrar ao mérito da consulta sob exame, ressaltamos 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.

Ademais, os pronunciamentos desta Unidade, com relação aos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.

Prestados tais esclarecimentos, 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.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas em lei.

Sendo assim, o Legislador Infraconstitucional, ao editar a Lei Federal de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), enumerou nos arts. 17, incisos I e II, 24 e 25 as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, respectivamente, não se admitindo, portanto, a ampliação deste rol.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na Obra intitulada “Direito Administrativo”, Ed. Atlas, São Paulo, 2014, esclarece o seguinte:

“na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que ficaria 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”.

Como se vê, a dispensa ocorre por ato discricionário do agente administrativo que, diante do caso concreto e dentre das hipóteses em que a lei permite, analisa e decide, considerando o interesse público envolvido, a conveniência de se contratar diretamente.

A Consultoria fornecida pelo portal jurídico especializado em licitações e contratos, www.zenite.com.br, sobre o tema em questão elucida que:

“os casos de dispensas não devem ser confundidos com aqueles em que a licitação é impossível de ser realizada (inviabilidade absoluta de competição). Constituem, de fato, situações em que a realização de licitação é uma faculdade e não obrigação, e isto, consoante já referido, justifica-se por razões de interesse público.”

Por outro lado, para que se configure a situação de inexigibilidade facultada pelo art. 25, é necessária a configuração, no caso concreto, do requisito de admissibilidade expressamente previsto no *caput* do art. 25, qual seja, **a inviabilidade de competição**, além de outros pressupostos específicos dispostos nas hipóteses citadas nos seus incisos.

Assinale-se que a inviabilidade de disputa poderá decorrer tanto da ausência de pluralidade de concorrentes quanto da exclusividade na comercialização de determinado objeto por uma empresa, por exemplo, situação em que será inútil a competição.

Percebe-se que a inviabilidade de competição decorre de circunstâncias extranormativas, característica essa inerente à inexigibilidade de licitação. Desta maneira, as situações que ensejam tal espécie excludente do certame licitatório não se exaurem nos incisos do art. 25, da Lei nº 8.666/93, haja vista serem hipóteses, meramente, exemplificativas.

Não obstante os requisitos dispostos acima necessários à contratação direta, há de se ressaltar também que o Gestor deve instaurar um processo administrativo prévio em que fique devidamente justificado o motivo da inexigibilidade ou da dispensa, assim como, os requisitos dispostos no parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 8.666/93:

“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 ou calamitosa 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.

Ressaltamos, por oportuno, que o processo administrativo da inexigibilidade ou 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 art. 26, da Lei nº 8.666/93 e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se também a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no art. 38, da referida Lei de Licitações e Contratos.

Além dos requisitos legais autorizadores (inviabilidade de competição, singularidade do objeto, notória especialização, instauração de processo administrativo prévio), deve ficar demonstrado também que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado.

Ademais, o Agente Público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de inexigibilidade ou de dispensa deflagradora da contratação direta, sob pena de incidir no crime tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93, *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".

É importante salientar, mais uma vez, que a necessidade de motivação do ato decisório do Poder Público no tocante tanto à presença dos pressupostos para contratação direta quanto ao conteúdo da contratação propriamente dita. Ao optar por um determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos objetivos da decisão.

Como se vê, cabe ao Gestor agir com muita cautela ao contratar diretamente, uma vez que pode ser punido tanto pela contratação sem amparo na previsão legal, quanto nas oportunidades em que não observar as formalidades exigíveis para os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 26).

Pontuamos, por conseguinte, que, se o fornecedor ou o prestador de serviços concorrer com a ilegalidade, também será punido com pena semelhante à atribuída ao Administrador Público.

Dito isso, é salutar destacar que essa Assessoria Jurídica, em análise de situação similar ao abordado na Consulta ora em exame (Processo nº 16278e18), manifestou-se no sentido de, naquele caso concreto, não era recomendável a contratação direta da empresa ZETRASOFT LTDA, com a finalidade de "executar o Sistema eletrônico, via internet, da Reserva de Margem e Controle de Consignações, com desconto em folha de pagamento e outras avenças, objetivando o controle operacional, gerencial e automático das operações de consignações", visto que o objeto permitia a disputa entre

interessados:

“(…)

No processo não foi apresentado qualquer documento que torne a mencionada empresa a única capaz de executar os serviços de implementação da plataforma de consignação em folha, pelo contrário, restou claro da possibilidade de disputa, na medida em que existem “*sistemas similares existentes no mercado*”, conforme informado no despacho emitido pela Assessora Técnica da DAF, às fls. 18, existindo, portanto, competição.

A licitação é o procedimento obrigatório para contratação com terceiros por parte da Administração, de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, excetuadas as hipóteses legalmente previstas e tem por destinação assegurar a igualdade entre os concorrentes, bem como selecionar a proposta e executar o contrato mais vantajoso para a Administração, atendendo aos reclamos do interesse coletivo.

Nessa linha, verifica-se a importância do princípio da competitividade, que veda cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, o qual apenas poderá sofrer restrições amparadas em razões técnicas e econômicas que a legitimem, bem como que não agridam os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública. Isso porque, assegurar o caráter competitivo da licitação viabiliza que a Administração Pública obtenha preços mais baixos, maior qualidade e melhor escolha, além de proporcionar a inovação tecnológica; porém, o principal fator é em relação a proteção ao patrimônio público, a outros bens jurídicos que também podem ser atingidos e lesionados, e aos princípios da legalidade, isonomia, moralidade administrativa, impessoalidade, além da regularidade do certame.

A exceção à obrigatoriedade de licitação reside nos casos de dispensa e inexigibilidade impostos por lei. A inexigibilidade pressupõe a inviabilidade de competição, conforme estabelece o art. 60 da Lei 9.433/2005 e decorre de circunstância fática que demonstre essa inviabilidade, a qual está vinculado o Administrador. A dispensa, por sua vez, é produto da vontade legislativa, sendo prevista em rol exaustivo e ocorre em situações nas quais a competição é viável, contudo a licitação pode ser afastada para atender o interesse público de forma mais célere e eficiente.

Assim sendo, havendo viabilidade de disputa e ampla competitividade, é obrigatória a licitação, excetuadas as hipóteses previstas acima.

Logo, a contratação de bens e serviços de terceiros por parte da Administração deve voltar seus olhos para o fim do interesse público e a escolha dessas contratações não pode ficar a exclusivo critério do Administrador, o que daria margem a escolhas impróprias.

No caso em tela, não há razão para a não utilização de licitação para a contratação dos serviços descritos acima, pois a negociação com empresa que tenha por finalidade a administração de empréstimos consignados firmados entre servidores públicos e instituições bancárias não é juridicamente convênio ou parceria, mas sim ajuste comercial a partir do **qual a empresa terá lucros, especialmente a partir de comissão cobrada dos bancos, e embutida nos preços dos empréstimos**.

Assim, considerando tal proveito econômico, a utilização de sistemas do TCM, e dados e fichas funcionais de seus servidores, não pode ser enquadrada como **simples parceria**, já que há a exploração financeira de bens imateriais do ente

público e dos servidores em proveito de determinada atividade econômica. A realização do serviço, **de forma gratuita**, em favor de determinada empresa, **sem prévia licitação**, representa ato de improbidade administrativa potencialmente lesivo ao erário, nos termos do art. 10, II e XIII, da Lei 8.429/92.

Ou seja, as empresas desse mercado específico atuam, aparentemente, valendo-se de lucrativamente obtida não no COMODATO do sistema, mas na intermediação comercial das informações e atividades relacionadas à reserva de margem e consignação.

Ademais, mesmo que se tratasse de convênio, cooperação ou parceria, a força normativa dos princípios da impessoalidade e da eficiência exigiria a realização de seleção objetiva entre os interessados, como apregoa a doutrina especializada.

Isto posto, em resumo, conclui-se pela obrigatoriedade que tem a Administração Pública de contratar serviços com terceiros sempre através de processo de licitação, conforme dispõe o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, tendo em vista a possibilidade de disputa, devendo, na fase de planejamento interno providenciar estudos para verificar qual a melhor forma de realizar a licitação, caso seja ela autorizada.

Por fim, conclui-se ser imprescindível a realização de licitação para o objeto em questão, para reserva de margem e controle de consignações, com desconto em folha de pagamento e outras avenças, em atenção aos princípios da **legalidade e isonomia**, bem como aos arts. 37, inciso XXI, da CF, e 1º e seguintes da Lei Estadual nº 9.433/2005, uma vez que não foi apresentado que a empresa ora indicada dispõe de exclusividade para o desenvolvimento e comercialização de sistemas desta natureza, na medida em que existe um mercado próprio, com diversos outros fornecedores em condições assemelhadas ou equivalentes.

Tanto isso é verdade que tramita nesse Tribunal processo de natureza similar, em que figura como potencial interessada também a empresa **CONSIGLOG TECNOLOGIA E SOLUÇÕES**, oferecendo os mesmos serviços, razão pela qual sugiro que o processo de nº **08793e19** seja apensado ao presente expediente, a fim de que uma única solução seja dada ao assunto em tela.” (grifo no original)

Em defesa da existência de valor econômico agregado ao serviço de crédito consignado em folha de pagamento e da necessidade do procedimento licitatório para contratação da empresa, julga-se interessante citar o artigo publicado no site “jus.com.br”, da lavra dos Advogados Alexandre Massarana da Costa e Alexandre Dias Maciel, nos seguintes termos:

“(…)

Na verdade, ao aprofundar-nos sobre a questão, verificamos tratar-se de um mercado próprio que, com maior ou menor expressividade quantitativa entre os fornecedores, dispõe, atualmente, de diversas empresas com atuação regional ou nacional.

Mas, possível obterem, a matéria não se resume a um mero licenciamento de software para reserva de margem e consignação em folha. A contratação em questão trata, ao nosso sentir, outrossim, da **inserção de um intermediário no processo de viabilização da concessão de créditos consignados**, valendo observar que, ainda que não haja despesa pública evidente, nitidamente haverá

uma nova participação comercial, através da empresa comodante do referido software, atuando junto aos bancos que realizem a atividade creditícia correlata, podendo haver até mesmo o repasse de eventual custo adicional aos servidores mutuários.

O que se verifica, infelizmente, por vezes, é que o Poder Público não percebe, a tempo, que **está, não a deixar de gastar, mas a conferir à iniciativa privada bem ou serviço economicamente valorável**, sem maiores preocupações com possíveis receitas financeiras envolvidas ou com os ônus decorrentes dessa prática. No caso, confere à iniciativa privada, cremos, no mais das vezes, por falta de conhecimento, **a exclusividade das negociações da operação de consignação em folha com os bancos mutuantes**, dando a essas empresas sólidas ferramentas de negociação, inflacionando os preços praticados nesse peculiar mercado.

Dado o desconhecimento, o desinteresse, entre outros motes, a administração dos dados e processamento capaz de viabilizar a concessão de empréstimos em questão, quando realizado diretamente – e, mais uma vez diga-se, pelas diversas Administrações Públicas Brasil afora –, **talvez não observem o valor econômico agregado à sua atuação ou à relação de seus servidores públicos na condição de possíveis mutuários**, limitando-se, simplesmente, a um mero viabilizador ou repassador de informações aos bancos, reduzindo ou tornando insignificante sua expressão econômica efetiva nesse mercado.

Nem mesmo a falta de condições da Administração executar diretamente os serviços que serão automatizados pelo software em questão afasta a valoração das atividades em análise, uma vez que, em qualquer caso, a viabilização desse mercado implica na necessidade de integração de seus agentes e intermediários com cada respectivo ente ou entidade da Administração, no que tange à operação de consignação de pagamentos a seus respectivos servidores.

Essa matéria deve sobrepor-se à mera pretensão de dispor de um sistema apresentado “gratuitamente”. Em outras palavras, **as operações de consignações, com desconto em folha de pagamento, pelo Poder Público, enquanto etapa essencial de concretização do processo de empréstimo consignado, precisam ser alvo de valoração e percepção econômica pelo Poder Público antes da “terceirização”**.

Embora as empresas proponentes deste segmento não disponham, em regra, de fato e de direito, da exclusividade do desenvolvimento e disponibilização de softwares que permitam viabilizar o objeto em questão o que já exigiria a observância de regular processo de licitação pública, também, a meu sentir, **a própria concessão, ao particular, do direito de explorar economicamente os serviços de operação de consignação em folha de pagamento pública, realizados, de per si, prescrevem a mesma observação, pela absoluta e obrigatória condição licitável do objeto**.

(...)

Ocorre que a conclusão anterior leva a outra, a de que não se está diante de caso de um comodato gratuito ou de mera ausência de despesa pública que justifique a supressão de procedimento licitatório.

Por conseguinte, por todos os ângulos que se observa questão, **não é possível enxergar a contratação pretendida sem o estribo da prévia licitação pública**.

(...)

Destarte, com base nos fundamentos e quadro fático outrora exposto, o exame detido da matéria nos conduz a inexoráveis conclusões no sentido da:

1 – imprescindibilidade da realização de licitação para o objeto em questão, inclusive nos casos de licenciamento de software para reserva de margem e controle de consignações, com desconto em folha de pagamento dos servidores públicos municipais, dentre outras ferramentas, em atenção aos princípios da legalidade e isonomia, bem como aos arts. 37, inciso XXI, da CF, e 1º e seguintes da Lei Federal nº 8.666/1993, uma vez que a empresa indicada não dispõe de exclusividade para o desenvolvimento e comercialização de sistemas desta natureza, e porque existe um mercado próprio, com diversos outros fornecedores em condições assemelhadas ou equivalentes;

2 – necessidade de valoração econômica do ativo especial da consignação em folha de pagamento, consistente no direito decorrente da exploração econômica da operação de reserva de margem e consignações em folha de pagamento de servidores municipais, especialmente no que tange às contratações intermediadas com os bancos concessionários de empréstimos, e que não deve, em tese, ser simplesmente conferido à iniciativa privada pela mera oferta de ausência de custos ou taxa nula pela utilização de software correlato;

3 – utilização das modalidades de licitação concorrência ou pregão – esta uma vez que se constate a condição comum dos serviços pretendidos –, **pelo tipo maior oferta, ou, sendo compatível, pelo menor preço**, nesta última hipótese utilizando-se interpretação similar àquela empregada para as taxas administrativas negativas, a permitir a compatibilização dos objetos (de licenciamento de software e de exploração econômica das operações de consignação em folha de pagamento), uma vez que as empresas desse mercado específico atuam, aparentemente, valendo-se de lucrativamente obtida não no comodato do sistema, mas na intermediação comercial das informações e atividades relacionadas à reserva de margem e consignação, dentre outras, o que deve ser devidamente verificado pela Secretaria interessada.” (grifos no original).

Diante de tudo o quanto exposto, conclui-se que, a regra na contratação pública é o processo licitatório, admitindo-se, excepcionalmente, a contratação direta, com fundamento nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações e Contratos, desde que preenchidos todos os pressupostos legais autorizadores, inclusive, os elementos dispostos no art. 26, da Lei nº 8.666/93 e que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado..

Todavia, para o objeto em questão (reserva de margem e controle das consignações, com desconto em folha de pagamento e outras avenças), essa Assessoria Jurídica tem notícias, conforme citado anteriormente no trecho extratado dos autos do Processo nº 16278e18, que existe um mercado próprio, com diversas empresas que oferecem softwares com instrumentalidade, se não idêntica, ao menos semelhantes entre si, e que, por força do princípio da isonomia e da legalidade, bem como dos arts. 37, inciso XXI, da CF, e 1º e seguintes da Lei nº 8.666/93, seria recomendado ao Gestor avaliar cuidadosamente se a situação concreta vivenciada no Município importa, pelas suas



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

caraterísticas, na imprescindibilidade de se realizar o processo licitatório.

É o parecer.

Salvador, 07 de agosto de 2019.

Flávia Lima de Queiroz

Chefe da DACJ