

PROCESSO : 20224-0/2011
PRINCIPAL : SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DE MATO GROSSO (SAD)
CNPJ : 03.507.415/0004-97
ASSUNTO : DISPENSA Nº 038/2011/SAD (SEGUNDA DEFESA)
GESTOR : CESAR ROBERTO ZILIO
RELATOR : CONSELHEIRO ANTÔNIO JOAQUIM
ANALISADO POR : ANDRÉ LUIZ DE CAMPOS BARACAT

1. INTRODUÇÃO

Excelentíssimo Conselheiro Relator:

Trata o presente relatório de nova defesa acerca da Representação de Natureza Interna referente à Dispensa de Licitação nº 038/2011/SAD, desta vez apresentada pelo Procurador-Geral do Estado, Dr. Jenz Prochnow Júnior (fls. 468 a 472). Salienta-se, ainda, que o defendente encaminhou documentos inerentes à questão, os quais estão anexados às fls. 473 a 521.

Assim, em cumprimento ao Regimento Interno do Tribunal de Contas, segue a análise da defesa apresentada pelo interessado.

2. SÍNTESE DA DEFESA

Inicialmente, o defendente alega que, como já dito em outras oportunidades, por ocasião de respostas a ofícios anteriores deste Tribunal, entende-se por legal a contratação, por dispensa de licitação, de instituição financeira oficial integrante da Administração Pública federal, no caso o Banco do Brasil, sendo que tal posicionamento é fruto de acurada análise das questões jurídicas que o caso encerra, tendo sido objeto de

apreciação pelo E. Colégio de Procuradores, por meio do Processo nº 056.164/2003-PGE (anexo às fls. 473 a 479).

Continua, ainda, o interessado afirmando que a contratação foi respaldada pela PGE/MT, que mantém o posicionamento adotado, embora reconheça se tratar de matéria controvertida. Nesse sentido, cita o Parecer nº 585/SGA/2011, de 24/11/2011, da lavra da Procuradora do Estado, Dr^a Elisabete Ferreira Zílio (anexo às fls. 480 a 496), por meio do qual foi recomendada a abertura de processo licitatório, em atenção à regra geral de licitação. Ainda em relação à possibilidade de contratação direta do Banco do Brasil, a defesa cita, também, o parecer jurídico elaborado pelo celebrado professor José Cretella Júnior (anexo às fls. 497 a 521).

Por fim, o defendente esclarece que o assunto tem sido tratado com o devido cuidado pelas autoridades envolvidas que, embora acreditem na validade do contrato, por cautela e em atenção à determinação deste Tribunal, que parece apontar em sentido contrário, promoveu a rescisão do contrato e deu início a procedimento licitatório, atualmente em fase inicial. Fechando o seu raciocínio, o interessado alega que a validade da contratação direta, como visto, é amplamente defendida pela melhor doutrina e tem sido admitida pela quase totalidade das Cortes de Contas do país, devendo o TCE/MT trilhar o mesmo caminho.

3. ANÁLISE DA DEFESA

Antes da análise propriamente dita da defesa, é importante destacar alguns trechos do citado Parecer nº 585/SGA/2011, elaborado pela Procuradora do Estado, Dr^a Elisabete Ferreira Zílio, que, dentre outros assuntos, conclui pela ausência de consolidação de entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito do tema:

Toda esta explanação jurisprudencial (STF), busca demonstrar que a matéria tratada nestes autos não se encontra consolidada, pois mesmo o STF afastou

a necessidade de licitação no caso do RE a que se negou provimento, dada a interpretação que se deve emprestar aos argumentos ali expendidos. (grifou-se)

A parecerista argumenta, também, sobre a medida liminar proferida por este Tribunal de Contas:

Não se deve deslembrar, ainda, que o controle externo é de competência da Assembleia Legislativa, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, e no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela Assembleia Legislativa, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis, conforme a dicção do artigo 47 e seu § 1º, da Constituição Estadual. Portanto, a decisão liminar aqui considerada, *a priori*, revela-se em dissonância com os preceitos constitucionais e legais referentes ao tema.

Finalmente, a Procuradora conclui o seu parecer reconhecendo que a única solução para o caso é a elaboração de procedimento licitatório para a contratação de instituição financeira, porém mantendo em vigor o instrumento contratual firmado com o Banco do Brasil até que se concretize a licitação:

No presente caso, a solução – única que se avizinha plausível, é providenciar, de imediato, procedimento licitatório para contratação de instituição financeira para o processamento dos créditos salariais, mantendo-se intocado, até ulatimação daquele, o contrato em execução com o Banco do Brasil.

Sem entrar no mérito de quem é a competência para sustar contratos administrativos, a verdade é que os argumentos e posicionamentos do Dr. Jenz Prochnow Júnior, Procurador-Geral do Estado, e da Dr^a Elisabete Ferreira Zílio, Procuradora do Estado, retratam bem a complexidade do tema, em que não há unanimidade sobre a interpretação da abrangência do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, tendo, como já comentado reiteradas vezes, nítida divisão, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, com duas correntes bem distintas sobre a questão.

Por outro lado, ressalta-se que atualmente há a predominância, por parte da grande maioria dos doutrinadores e dos órgãos judiciais e de controle, do entendimento de que não é cabível a contratação direta por dispensa de licitação, por qualquer ente público, de órgão/entidade que explore atividade econômica, estando sujeito, portanto, a procedimento licitatório.

Posto isto, ressalta-se que, para responder adequadamente aos argumentos apresentados pelos operadores do direito, é importante reproduzir alguns trechos do relatório de defesa do processo em análises, elaborado em 9 de abril de 2012 (fls. 456 a 463):

(...) No que se refere aos posicionamentos doutrinários, destaca-se que há duas correntes distintas sobre o tema: uma corrente é liderada pelo jurista Jessé Torres Pereira Júnior, que defende que todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, quer prestem serviços públicos, quer explorem atividade econômica, não estarão submetidas ao estatuto a que alude o § 1º do art. 173 da Lei Maior. Dessa forma, entende o ilustre doutrinador que tais entidades podem ser contratadas mediante dispensa de licitação, com base no comentado art. 24, VIII, da Lei Licitatória. Como pode-se extrair da leitura do parecer elaborado em 22 de novembro de 2007 pelo Dr. J. Cretella Júnior – parecer este solicitado pelo Banco do Brasil – tal jurista também é da corrente do citado Jessé Torres P. Júnior (fls. 318 a 342).

Por outro lado, a grande maioria dos doutrinadores, na qual se inserem Marçal Justen Filho, Antônio Carlos Cintra do Amaral, Celso Antônio Bandeira de Mello e Jorge Ulisses Jacoby, apenas para citar alguns, discorda de tal posicionamento, pois entendem que não pode ser dispensada a licitação nas hipóteses em que o órgão/entidade, embora integrante da Administração Pública, exerça atividade econômica, tendo em vista que o art. 173, § 1º, da Carta Magna, determina a submissão da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Essa segunda corrente entende, ainda, que só seria possível a contratação por dispensa, se verificada a contratação de entidade criada para o fim específico de prestar serviços ou fornecer bens à Administração Pública. Ao contrário, se essas entidades prestarem serviços ou fornecerem bens a terceiros, não se enquadram na hipótese examinada, sendo a licitação indispensável.

Assim, tem-se que o entendimento da grande maioria dos doutrinadores é a de que não cabe a contratação direta por dispensa de licitação, por qualquer ente público, de órgão ou entidade que explore atividade econômica, estando sujeito, portanto, a procedimento licitatório.

Já quanto ao posicionamento dos órgãos de controle, há uma unanimidade a respeito da proibição da utilização da dispensa prevista no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 para a contratação dos bancos oficiais, por parte do Tribunal de Contas da União (TCU), da Advocacia Geral da União (AGU) e do Tribunal de Contas do Estado (TCE/MT). A AGU emitiu a Orientação Normativa/AGU nº 13, de 01/04/2009, o TCU publicou os Acórdãos nº 1447/2005-Plenário, nº 2063/2005-Plenário e nº 2399/2006-Plenário, dentre outros, e o Pleno do TCE/MT, respondendo a uma consulta formulada pela Prefeitura de São José dos Quatro Marcos, decidiu, em 23 de junho de 2008, que os bancos oficiais não podem usufruir do benefício da dispensa de licitação prevista no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, para obter uma vantagem desproporcional à concorrência de mercado.

Por fim, as decisões atuais, tomadas administrativamente ou por tribunais de contas estaduais e municipais, também é no sentido da proibição de tal dispensa. No relatório preliminar são citados como exemplos: a) o prefeito de Eunápolis (BA), José Robério Batista de Oliveira, é multado pelo Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia por contratar o Banco do Brasil por dispensa de licitação (exercício de 2007); b) a anulação do contrato firmado em 2009, por meio de dispensa licitatória, entre a Secretaria Estadual da Fazenda (SEFAZ) do Tocantins e o Banco do Brasil, determinada pelo Pleno do TCE/TO em 24 de agosto de 2011; c) o Governo do Estado da Paraíba, por meio da Procuradoria Geral do Estado/PGE, rescindiu o contrato com o Banco do Brasil para o pagamento da folha de pessoal (publicado no D.O. de

26 de maio de 2011); d) o Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia, em 25 de maio de 2010, concluiu pela irregularidade na contratação, por dispensa de licitação, do Banco do Brasil, realizada pela Prefeitura de Nova Viçosa no exercício de 2008; etc. (grifou-se)

Como se vê – e isso já foi exaustivamente comentado anteriormente – o entendimento da maioria dos doutrinadores, dos órgãos de controle (Advocacia Geral da União/AGU, Tribunal de Contas da União/TCU, Tribunal de Contas de Mato Grosso/TCE-MT, etc.), além de diversas decisões recentes (judiciais ou administrativas), é no sentido da obrigatoriedade de realização de licitação para a contratação das instituições financeiras oficiais, não cabendo a dispensa licitatória elencada no art. 24, inc. VIII, da Lei 8.666/93.

Quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, comentado pela Procuradora do Estado em seu Parecer nº 585/SGA/2011, ressalta-se que, embora a matéria tratada não se encontra consolidada no STF, há diversos entendimentos de Ministros da Suprema Corte (alguns citados no relatório de defesa) no sentido da proibição da contratação direta de instituições financeiras oficiais.

Dessa forma, conclui-se que o Banco do Brasil, por ser instituição financeira sob a forma de sociedade de economia mista, dotada de personalidade jurídica de direito privado, e explorar atividade econômica em sentido estrito, encontra-se submetida ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não podendo gozar de privilégios não extensíveis às empresas da iniciativa privada, conforme prescreve o art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, nem ser beneficiada com a dispensa de licitação.

Já no que se refere à ausência de compatibilidade do preço contratado com o de mercado, previsto no art. 24, inc. VIII, da L. 8.666/93, os defendentes não apresentaram justificativas sobre a irregularidade, que permanece inalterada.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que permanecem inalterados, na íntegra, os apontamentos descritos no relatório preliminar, tendo em vista que não foi apresentado nenhum fato ou argumento que pudesse modificar as irregularidades ocorridas na contratação equivocada do Banco do Brasil, com dispensa de licitação, fundamentada no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93.

SECRETARIA DE CONTROLE EXTERNO DA PRIMEIRA RELATORIA DO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO, em Cuiabá/MT, 27/04/2012.

ANDRÉ LUIZ DE CAMPOS BARACAT
Auditor Público Externo