

**PROCESSO : 20721-7/2011**  
**PRINCIPAL : FUNDO PREVIDENCIÁRIO DO ESTADO DE MATO GROSSO**  
**CNPJ : 08.530.205/0001-90**  
**ASSUNTO : DISPENSA Nº 015/2011/SENA/SAD (DEFESA)**  
**GESTOR : CESAR ROBERTO ZILIO**  
**RELATOR : CONSELHEIRO ANTÔNIO JOAQUIM**  
**ANALISADO POR : ANDRÉ LUIZ DE CAMPOS BARACAT**

## 1. INTRODUÇÃO

### Excelentíssimo Conselheiro Relator:

Em resposta aos ofícios nº 1.626/2011/TCE-MT/AJ, nº 97/2012/TCE-MT/AJ e nº 98/2012/TCE-MT/AJ, foram encaminhadas a este Tribunal de Contas as defesas da Secretaria de Estado de Administração, feita pelo atual Secretário, Sr. César Roberto Zílio (fls. 186 a 188), e do Banco do Brasil, realizada pelos advogados Ranulfo de Moura Machado Neto, Romeu de Aquino Nunes e João Batista Ferreira (fls. 102 a 120 e 180 a 182). Salienta-se, ainda, que foram encaminhados documentos pelo Banco do Brasil (fls. 121 a 152) e pela SAD (fls. 189 a 220).

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

## 2. SÍNTESE DA DEFESA

O Banco do Brasil, por meio de seus representantes, apresentou duas defesas a respeito do presente caso. Na primeira defesa, com data de 14 de dezembro de 2011 (fls. 102 a 120), os advogados do banco pedem a revogação da medida cautelar

homologada por meio do Acórdão nº 4.106/2011/TCE-MT e que seja julgado legal e constitucional o processo de dispensa de licitação.

Os argumentos utilizados pelo banco são os seguintes: o contrato foi baseado em decisão anterior deste Tribunal, e não existem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pois não ficou demonstrado o caráter urgente da liminar e o valor contratado é irrisório, já que o Banco do Brasil é uma instituição sólida. Os advogados justificam, também, que o preço contratado é compatível com o mercado, sendo possível a contratação direta com dispensa de licitação, segundo o entendimento do Dr. J. Cretella Júnior (parecer anexo às fls. 128 a 152) e do TCU (Acórdão nº 127/2007 – Segunda Câmara).

A segunda defesa foi apresentada pelo Banco do Brasil em 16 de fevereiro de 2012 (fls. 180 a 182), e novamente os representantes do banco pedem a revogação da medida cautelar, posto que ausentes os requisitos legais para sua concessão, e que seja julgado legal e constitucional a dispensa licitatória.

Já a defesa formulada pela SAD (fls. 186 a 188) é, em síntese, baseada na justificativa de que o mesmo objeto já fora anteriormente contratado pela Secretaria (Contrato 047/2005-SAD), e que tal instrumento nunca foi contestada pelo TCE/MT. Ao contrário, afirma o defendente, o contrato foi baseado em parecer da PGE/MT (cópia às fls. 190 a 219), e que, até então, o entendimento deste Tribunal era pela possibilidade de contratação do objeto com dispensa.

No que se refere à ausência de justificativa de preços, afirma o interessado que a contratação fora efetuada em consonância com o valor descrito no plano de trabalho, baseado no contrato anterior vigente. Por fim, argumenta sobre a impossibilidade de rescisão do presente contrato, tendo em vista que o pagamento já fora feito em sua integralidade, na data de 10 de novembro de 2011, enquanto a decisão singular fora publicada em 21 do mesmo mês.

### 3. ANÁLISE DA DEFESA

Inicialmente, é importante destacar que o recurso ordinário, interposto pelo Banco do Brasil neste Tribunal, visando à revogação da medida cautelar, foi encaminhado para sorteio eletrônico – conforme despacho de fls. 165 a 168 –, para ser analisada por outra SECEX, nos termos regimentais. Dessa forma, o presente relatório de defesa abrangerá apenas o aspecto legal da contratação por dispensa licitatória.

Como retratado exhaustivamente no relatório preliminar, não há entendimento pacífico na interpretação da abrangência do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, pois há uma nítida divisão, tanto doutrinária quanto jurisprudencial acerca do mesmo, com duas correntes bem distintas, embora atualmente haja a predominância 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.

Assim, por se tratar de um assunto polêmico, para se chegar a uma conclusão sobre a questão torna-se indispensável reproduzir, de forma resumida, os principais pontos tratados no relatório preliminar: o entendimento dos principais doutrinadores, o posicionamento dos órgãos de controle e as decisões judiciais ou colegiadas que atualmente tratam do tema. Será tratado, também, a ausência de comprovação da compatibilidade dos preços contratados com os de mercado.

#### 3.1. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal, dos doutrinadores e dos órgãos de controle

As empresas públicas e as sociedades de economia mista podem ser criadas para a realização de duas diferentes espécies de atividades: a prestação de serviços públicos e a exploração de atividade econômica. Ou ainda, pode-se afirmar que a atividade econômica em sentido amplo pode ser dividida em duas espécies: os serviços públicos e a

atividade econômica em sentido estrito. Logo, o Banco do Brasil se enquadra na segunda espécie, ou seja, é uma sociedade de economia mista que realiza atividade econômica em sentido estrito.

O artigo 170 da Constituição Federal vigente prescreve que a ordem econômica observará, dentre outros princípios, a livre concorrência (inciso IV). O objetivo final da política de defesa da concorrência é promover a eficiência econômica e o bem-estar social. Para existir competição, é necessário que existam regras delimitando o que vale ou não na disputa entre empresas e, em especial, que se defenda a concorrência do esforço constante das empresas para reduzi-la.

Precisamente para que não houvesse indevida redução da concorrência, com o favorecimento às empresas públicas e às sociedades de economia mista, é que o constituinte originário preceituou que a exploração de atividade econômica (sentido estrito) pelo Estado encontra-se sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributário (inciso II do § 1º do artigo 173). Nesse sentido, tem decidido o Egrégio STF:

ADI 1642 / MG - Relator: Min. EROS GRAU - Julgamento: 03/04/2008 - DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO. REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS. 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito. 4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. (grifou-se)

Logo, havendo no mercado uma série de entidades aptas a realizar a prestação de serviços bancários, necessária se faz, conforme preceitua o inciso XXI do

artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a realização de licitação, e não a contratação direta, sob pena de ferir o princípio constitucional da *isonomia*.

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 Licitação. 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. 128 a 152).

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 enquadra 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.

Portanto, como visto, diversas decisões recentes estão seguindo o entendimento do STF, da maioria dos doutrinadores e dos já citados órgãos de controle – Advocacia Geral da União (AGU), Tribunal de Contas da União (TCU), Tribunal de Contas de Mato Grosso (TCE/MT) –, ou seja, que é obrigatório a 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.

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.

### **3.2. Compatibilidade do preço contratado com o de mercado**

Além de não caber a dispensa de licitação no caso em estudo, por todas as razões expostas anteriormente, observa-se que não foi cumprido um outro requisito obrigatório para a realização da dispensa de licitação para fins de aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens ou serviços, previsto no art. 24, inc. VIII, da L. 8.666/93, que é a compatibilidade do preço contratado com o de mercado.

No procedimento de dispensa de licitação, realizado pela Secretaria de Estado de Administração, não há nenhuma comprovação da existência de qualquer tipo de comparativo com os preços praticados no mercado, não sendo possível afirmar se o preço contratado com o Banco do Brasil está de acordo com o praticado por outras instituições financeiras, contrariando, assim, o citado art. 24, inc. VIII, da Lei de Licitações.

O argumento apresentado pelo Secretário de Administração, de que os preços foram baseados no contrato anterior, não tem cabimento, e apenas confirma o

apontamento, isto é, não houve nenhum tipo de comparação de preço dos itens contratados, em desacordo com o citado dispositivo legal. Dessa forma, há uma grande probabilidade de que os valores contratados com o Banco do Brasil possam estar em patamares superiores aos cobrados por outras instituições financeiras, onerando os cofres públicos do Estado, e afrontando os princípios constitucionais da *economicidade* e da *eficiência*.

#### 4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que permanecem inalteradas, na íntegra, as irregularidades apontadas no relatório preliminar, visto que os defendentes (Banco do Brasil e Secretaria de Estado de Administração) não apresentaram nenhum fato ou argumento que pudessem modificar as irregularidades 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, 09/04/2012.

*ANDRÉ LUIZ DE CAMPOS BARACAT*  
*Auditor Público Externo*