



“Licitar é a regra geral, à qual a Administração Pública está vinculada, sempre que desejar comprar bens ou contratar serviços. A própria Lei de Licitações prevê casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, contudo, a avença em tela não está contemplada em nenhuma das possíveis hipóteses de contratação direta.”

Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Junior
Processo 213.117-0/06

ATO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO / CONVÊNIO

Trata o presente processo do Ato de Inexigibilidade de Licitação firmado pelo Município de Itaguaí, em favor do Banco Itaú S.A., com base no artigo 25, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93 c/c o artigo 4º, § 1º da Medida Provisória nº 2192-70/01, o qual deu origem ao Convênio de Cooperação Técnica nº 06/2005, cujo objeto visava expandir e facilitar o atendimento ao Município, mediante a cooperação em diversos projetos e a execução de pagamentos a servidores ativos, inativos e pensionistas lotados no Município, bem como a fornecedores, prestadores de serviços e outros credores, além de repasses a diversos órgãos municipais.

Pelo princípio da conexão processual, na forma do artigo 180 do Regimento Interno c/c os artigos 103 e 105 do Código de Processo Civil, será apreciado, em conjunto com o presente, o Processo TCE-RJ nº 217.840-7/06, relativo ao Convênio de Cooperação Técnica nº 06/2005.

O Corpo Instrutivo, após exame do presente ato de inexigibilidade de licitação e do convênio dele decorrente, propôs a NOTIFICAÇÃO ao Sr. Carlo Busatto Júnior, Prefeito Municipal de Itaguaí, para que apresente razões de defesa e encaminhe esclarecimentos e documentos em virtude das ilegalidades e impropriedades constatadas nos autos, conforme discriminado às fls. 34/36.

O Ministério Público Especial, por intermédio do Procurador Leonardo Vieira Marins, manifestou-se parcialmente de acordo com a Instrução, ao propor NOTIFICAÇÃO ao Sr. Carlo Busatto Júnior, Prefeito Municipal de Itaguaí, para que apresente razões de defesa em virtude da ilegalidade apontada nos autos, qual seja: contratação direta de instituição financeira privada, sem o devido procedimento licitatório; bem como a COMUNICAÇÃO ao mesmo, para que providencie a retificação do título do ajuste firmado entre a Prefeitura e o Banco Itaú S.A., substituindo a expressão “convênio” por “contrato”, bem como dê ciência ao Diretor-Gerente do Banco Itaú S.A., das irregularidades apontadas, facultando-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa.

É o relatório.

Preliminarmente, cabe ressaltar que as ilegalidades constatadas nos autos consistem no fato de a Administração Municipal não ter realizado certame licitatório para a contratação do Banco Itaú S.A., visando prestar serviços à Prefeitura, e sim ter realizado, equivocadamente, Ato de Inexigibilidade de Licitação, bem como ter firmado Convênio ao invés de Contrato, uma vez que os interesses em questão não são convergentes.

Embora o Prefeito tenha invocado o artigo 4º, § 1º da Medida Provisória nº 2.192-70 e o artigo 25, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93 para fundamentar a presente

contratação direta, estes dispositivos legais não se aplicam ao caso em tela, não só devido à inconstitucionalidade do artigo 4º, § 1º da Medida Provisória nº 2.192-70, mas também porque inúmeras instituições financeiras poderiam prestar o serviço de processamento da folha de pagamento dos servidores municipais, o que descaracteriza a inviabilidade de competição alegada pelo jurisdicionado.

Como bem aponta a Instrução e o Ministério Público Especial, o Supremo Tribunal Federal suspendeu cautelarmente, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a eficácia do artigo 4º, § 1º da Medida Provisória nº 2.192-70/01, impossibilitando ser invocado pela Administração para respaldar seu ato. Portanto, este ato é nulo de pleno direito, em razão da absoluta ineficácia do dispositivo legal em que se fundamentava.

Outra questão a ser abordada refere-se ao conceito de disponibilidades de caixa dos Municípios, que não se confunde com depósito líquido de folha de pagamento de servidores. O termo “disponibilidade de caixa” poderia ser conceituado como parte do Ativo Financeiro de uma organização, de alto grau de liquidez, representado pelos valores disponíveis nos Bancos, Contas Vinculadas, Aplicações Financeiras, Caixa da Tesouraria, etc., ou seja, os valores pecuniários de propriedade do ente federativo. Diferentemente do depósito líquido da folha de pagamento, que seria créditos disponibilizados aos servidores e não ao poder público.

A CRFB dispõe no § 3º de seu artigo 164, *in verbis*:

“§ 3º - As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do poder público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.”

O artigo 43 da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que está inserido no Capítulo da Gestão Patrimonial, reafirma o transcrito comando constitucional fazendo-o nos seguintes termos:

“Art. 43 - As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição.”

Desta forma, os pagamentos realizados aos servidores municipais não são disponibilidades de caixa, já que possuem a característica de despesa liquidada, pagamento feito, não estando disponíveis ao Município e sim aos servidores. Sendo assim, ainda que a eficácia do citado artigo não tivesse sido suspensa, a Administração não poderia se valer deste dispositivo legal, tampouco do § 3º do artigo 164 da CF, pois o processamento da folha de pagamento não se enquadra no conceito de disponibilidade de caixa.

Outro ponto a ser abordado está relacionado com a violação do artigo 37, inciso

XXI, da CF, pois havia obrigação de licitação. Licitar é a regra geral, à qual a Administração Pública está vinculada, sempre que desejar comprar bens ou contratar serviços. A própria Lei de Licitações prevê casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, contudo, a avença em tela não está contemplada em nenhuma das possíveis hipóteses de contratação direta.

A atividade objeto do contrato celebrado entre a Prefeitura e o Banco Itaú S.A., equivocadamente denominado de Convênio de Cooperação Técnica, é rentável para a iniciativa privada, atraindo várias instituições financeiras, e jamais poderia ter sido adjudicado por intermédio de ato de inexigibilidade de licitação. Trata-se de prestação de serviços bancários, em que a Administração e o Banco possuem interesses contrapostos: a primeira pretende efetuar regularmente o pagamento de seus funcionários e o segundo visa ao lucro e à captação de recursos para investimento no mercado de valores mobiliários.

Este tipo de contratação não pode ser feito sem licitação, sob pena de comprometimento do princípio da isonomia. Ademais, o instrumento utilizado – convênio – é absolutamente inidôneo, pois não há objetivos institucionais comuns, ou seja, inexistem interesses convergentes que justifiquem a celebração de convênio. Não estamos, portanto, diante de um verdadeiro convênio e sim de um contrato dissimulado, em que algumas cláusulas obrigatórias não estão presentes, quais sejam: incisos II, III, V, VII, VIII, IX, XI, XII e XIII do artigo 55 da Lei Federal nº 8.666/93.

Uma vez descaracterizada a inviabilidade de competição, podemos afirmar que o serviço contratado pela Prefeitura pode ser prestado por qualquer instituição financeira, já que a atividade de processamento da folha de pagamento dos servidores gera margem de lucro significativa. Portanto, entendo cabível determinar à Administração que realize procedimento licitatório para as contratações destes serviços junto às Instituições Financeiras Privadas.

Contudo, cabe ressaltar, ainda, que o objeto do presente ato de inexigibilidade de licitação não é apenas o processamento da folha de pagamento dos servidores. É neste ponto que discordo da Instrução e do Ministério Público Especial. A presente contratação direta do Banco Itaú visa também ao pagamento de fornecedores, prestadores de serviços e outros credores, bem como o repasse a diversos órgãos municipais. E, neste caso, estamos diante de recursos considerados como “disponibilidades de caixa”, os quais não podem ser entregues a nenhuma instituição financeira privada, nos termos do § 3º do artigo 164 da CF.

Assim, esta Corte de Contas deve atuar no sentido de não permitir que, nos procedimentos licitatórios desta natureza, sejam incluídas as disponibilidades de caixa dos órgãos públicos, contrariando a Constituição Federal e a Lei de Responsabilidade Fiscal. Assim, ao se propor que as contratações de serviços junto às Instituições Financeiras sejam precedidas de licitação pública, nos termos do art. 2º da Lei Federal n.º 8.666/93, deve-se atentar para o fato de serem excluídos do objeto os itens relacionados às disponibilidades financeiras de caixa do Município.

Quanto aos demais serviços acessórios, principalmente os de arrecadação de receitas municipais e de folha de pagamento (salário dos servidores), entendo ser possível que possam ser licitados, desde que observados os critérios legais para o procedimento licitatório. Vale ressaltar que as instituições bancárias privadas poderão se incumbir do recebimento relativo à arrecadação de tributos dos entes federativos, porém estes entes deverão centralizar a movimentação financeira desta e de outras receitas em instituição financeira oficial.

Os serviços bancários são serviços públicos, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, regulados pelo Banco Central, nos termos do art. 192 da Constituição Federal e da Lei Federal nº 4.595/64. Todos os serviços inerentes ao sistema financeiro estão entre as competências privativas da União, nos termos dos artigos 21, VIII, e 22, VI, VII, XIX e XX, CRFB. Os Estados e Municípios não têm competência sobre os serviços bancários e, portanto, não são os titulares do poder concedente destes serviços públicos.

As pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, ainda que sejam os entes federativos e seus servidores, serão usuárias dos serviços bancários, podendo contratá-los com as instituições financeiras. Apesar de a prestação de serviços, em regra, ser remunerada pelo contratante, temos que considerar as condições do mercado específico.

O serviço bancário de administração de folha de pagamento é, em regra, composto das obrigações de abertura e manutenção de contas-correntes dos funcionários (com a obrigação de oferecer um pacote mínimo de serviços individuais), administração e recebimento de numerário da pessoa jurídica pagadora e depósitos dos valores discriminados em cada uma das contas dos servidores. Entretanto, podemos constatar que, no mercado, este serviço pode sofrer até desconto total de seu preço, de acordo com o montante administrado.

Por outro lado, a administração de uma carteira de clientes tem valor de mercado, posto que a maior fonte de lucro esperada, neste tipo de contratação, decorrerá de todos os contratos acessórios que poderão ser firmados com os clientes-servidores, tais como: aplicações em fundos de investimentos, financiamentos, seguros, títulos de capitalização, previdência privada, administração de cartões de crédito, etc.

A licitação destina-se a garantir a observância da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública (art. 3º da Lei 8.666/93). Portanto, não é razoável se exigir que o ente público pague por um serviço quando, no mercado, este serviço, além de não ser cobrado de clientes com determinado vulto, passou a ter um valor intrínseco a ser remunerado, passível de concorrência entre as diversas instituições bancárias.

Este Tribunal de Contas já utilizou linha de raciocínio similar, quando da discussão do serviço de tíquetes-alimentação, em que o mercado passou a oferecer taxa de administração negativa, concedendo assim um abatimento do valor de contra-face do tíquete a ser distribuído ao servidor, em razão da disputa pela administração e emissão dos talonários. Cabe lembrar

que este entendimento afastou desse tipo de serviço a vedação de proposta com valor zero, irrisório ou simbólico, prevista no art. 44, § 3º, da Lei 8.666/93, por ser a mesma incompatível com as características do mercado específico e com o interesse público, pois não poderia o Poder Público pagar por um serviço, quando um particular não pagaria e ainda teria um desconto no valor do talão.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 45 dispõe:

Art. 45 - O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º: Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade “concurso”:

I - a de menor preço, quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço;

IV - a de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

(...)

§ 5º: É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo.

A previsão de critério de julgamento pela maior oferta não se incluiria na vedação do § 5º retrocitado, porque não seria a utilização de tipo não previsto no artigo 45 e sim a aplicação extensiva do tipo de licitação de maior lance ou oferta a um objeto, atendendo a peculiaridades do mercado específico, ao interesse público e ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Nessa linha de raciocínio, o tipo de licitação que melhor se coaduna com o objeto perseguido pelo jurisdicionado é exatamente o de maior lance ou oferta, previsto no art. 45, § 1º, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, considerando-se o rol nele disposto de caráter não exaustivo, dado o princípio licitatório da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

É possível, então, identificar vários interesses legítimos da Administração nesta forma de licitação:

- Deixar de pagar por um serviço bancário – administração da folha de pagamento – a um dos bancos oficiais;
- Concentrar as tarefas administrativas de listagem de funcionários, cadastro de contas-salário, comunicação mensal dos valores à instituição bancária, etc.
- Definir um “pacote” de serviços bancários a serem disponibilizados pela instituição financeira aos servidores, com previsão de tarifa diferenciada do cliente comum, possibilitando aos funcionários acesso a serviços bancários mais completos (talão de cheque, extratos semanais, etc.) por valor módico;
- Auferir receita, mediante o recebimento de valor pela outorga do direito ao acesso à carteira de clientes – servidores, conforme o interesse e práticas do mercado privado.

Ressalto, também, a questão concernente ao prazo de transferência dos recursos e ao “*float* financeiro” (rendimento que se consegue entre o tempo que o dinheiro é disponibilizado até o seu uso). Com a estabilidade da moeda e as alterações nas regras do Sistema Bancário, visando à segurança do Sistema Financeiro Nacional, o cenário dos bancos mudou, fazendo com que as instituições perdessem o chamado “*float* financeiro”, devido às baixas remunerações do mercado e a mínima incidência inflacionária em curtos períodos.

De qualquer forma, o “*float* financeiro” seria do banco de débito e não do de crédito, ou seja, em caso da disponibilidade de caixa em banco oficial, esse rendimento, se existisse, seria para o banco oficial e não para a instituição privada.

Por todos os motivos expostos, deverá o Município, por intermédio do atual Prefeito de Itaguaí, providenciar a migração dos recursos relativos à disponibilidade de caixa para instituições financeiras oficiais. Em acréscimo, deverá também providenciar procedimento licitatório visando à contratação de instituição financeira privada, se for o caso, apenas em relação aos demais movimentos de recursos não enquadrados no conceito de disponibilidade de caixa, já que estes, obrigatoriamente, devem ser depositados em instituições financeiras oficiais.

Assim, apesar da notória ilegalidade do presente ato de inexigibilidade de licitação e do convênio dele decorrente, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, entendo pertinente, antes de determinar ao Prefeito que anule o Convênio em vigor com o Banco Itaú S.A., notificar, preliminarmente, o responsável pela sua celebração para apresentar razões de defesa, tendo em vista a possibilidade concreta de competição, dadas as características do objeto contratado.

Em relação aos esclarecimentos e documentos solicitados pela Instrução, às fls. 34/35, e pelo Ministério Público Especial, concordo em parte com os mesmos. Entendo não ser necessário determinar à Prefeitura que informe quais as instituições financeiras existentes no Município; nem que encaminhe a comprovação do exame prévio e aprovação da assessoria jurídica, uma vez que o Sr. Alexandre Kuwada Oberg Marins, Procurador Jurídico do Município, assinou o Convênio de Cooperação Técnica nº 06/2005, o que nos faz crer que examinou e aprovou o instrumento pactuado; tampouco determinar a retificação do título do ajuste, pois a simples alteração do nome não irá descaracterizar a ilegalidade do mesmo.

Por fim, quanto à necessidade de intimação do Banco Itaú S.A., entendo que não deva prosperar, nesta fase processual, a posição do Ministério Público e, sim, somente após a apresentação de defesa por parte do jurisdicionado. Apesar de considerar fundamental que a sociedade contratada para realizar o processamento da folha de pagamento dos servidores públicos municipais seja intimada para, se desejar, integrar o feito e apresentar argumentos que respaldem a avença, entendo que a intimação deverá ocorrer somente após a apresentação de defesa por parte do jurisdicionado.

Considerando que a contratação direta é exceção ao princípio licitatório e que não ficou evidenciada nos autos a inviabilidade de competição, condição para que se pudesse celebrar o presente ato de inexigibilidade de licitação;

Tendo em vista que o Convênio de Cooperação Técnica nº 06/2005, considerado como Contrato Administrativo, não foi precedido de licitação;

Considerando o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa;

Considerando a gravidade dos fatos expostos e que foi verificada a existência de ilegalidade insanável;

Em face do exposto e analisado, de acordo parcialmente com o Corpo Instrutivo e o Ministério Público Especial,

VOTO:

I - Pela NOTIFICAÇÃO ao Sr. Carlo Busatto Júnior, Prefeito Municipal de Itaguaí, nos termos do artigo 6º, § 2º, da Deliberação TCE nº 204/96, na forma do artigo 26, e seus incisos, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, para que, no prazo de 30 (trinta) dias, em virtude das ilegalidades apontadas nos autos, apresente razões de defesa pela contratação direta do Banco Itaú S.A., sem que fosse procedido o devido processo licitatório para a prestação de serviços bancários, bem como por ter formalizado Convênio de Cooperação Técnica ao invés de Contrato;

II - Pela COMUNICAÇÃO ao Sr. Carlo Busatto Júnior, Prefeito Municipal de Itaguaí, nos termos do artigo 6º, § 1º, da Deliberação TCE nº 204/96, na forma do artigo 26, e seus incisos, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, para que:

II.1 - No prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência da decisão desta Corte, adote medidas visando a

a) sanear a contratação da prestação de serviços bancários com o Banco Itaú S/A., providenciando a migração dos recursos relativos à disponibilidade de caixa para uma instituição financeira oficial, comprovando esta medida junto a este Tribunal de Contas;

b) cumprir as seguintes Determinações:

1) esclarecer o item 1 do anexo I do Convênio de Cooperação Técnica nº 06/2005, informando os projetos de iniciativa do Município, que visem à melhoria de condições físicas, administrativas, operacionais e técnicas;

2) informar o lançamento contábil do valor global da cooperação, de R\$ 3.500.000,00, dado pelo Banco Itaú S.A., por força do Convênio de Cooperação Técnica nº 06/2005;

3) encaminhar pesquisas de mercado realizadas que justifiquem o valor ofertado pelo Banco Itaú S.A., a fim de demonstrar a sua compatibilidade com o valor de mercado da carteira de clientes da Administração Municipal;

4) encaminhe comprovante da publicação do presente ato de inexigibilidade de licitação, bem como do extrato contratual relativo ao Convênio firmado;

5) providencie a inclusão dos dados referentes ao Convênio de Cooperação Técnica nº 06/2005 no SIGFIS, que será objeto de verificação futura;

6) encaminhe o laudo de avaliação imobiliária dos espaços públicos destinados à instalação das agências e caixas eletrônicos nas dependências do Município;

7) esclareça se foi assegurado aos servidores o direito de firmarem ou não os contratos acessórios com o Banco Itaú S.A., uma vez que, segundo a Resolução do BACEN nº 2.303/96, é possível receber seus valores em conta-salário sem qualquer pagamento de tarifa.

II.2 - No prazo de 90 (noventa) dias, contados da ciência da decisão desta Corte, adote medidas visando a:

a) realizar procedimento licitatório para as contratações de serviços junto às Instituições Financeiras Privadas, excluídas as disponibilidades de caixa, nos termos do § 3º do artigo 164 da Constituição Federal c/c o artigo 2º da Lei Federal n.º 8.666/93;

b) providenciar a migração destes serviços, inclusive os relativos à folha de pagamento e as respectivas contas-correntes dos servidores, para a instituição financeira contratada, mediante certame licitatório determinado no item anterior.

III - Por DETERMINAÇÃO à Secretaria-Geral das Sessões, para que, ao efetivar a Notificação e as Comunicações retrocitadas, como normatizado no art. 26 do Regimento Interno desta Corte, aprovado pela Deliberação TCE nº 167/92, dirigidas pessoalmente aos responsáveis, faça as mesmas serem acompanhadas de cópia integral da Instrução, de fls. 17/36, dos Pareceres Jurídicos, de fls. 38/50 e 19/35 do Processo TCE nº 217.840-7/06, e do inteiro teor deste Voto.

Sala das Sessões, 19 de abril de 2007

JONAS LOPES DE CARVALHO JUNIOR

Relator