JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-006.472/97*08

Licitação - dispensa - aquisição de bens produzidos por órgão ou entidade que integre a Administração Pública - cestas básicas - CONAB - Lei 8666/93, art. 24, VIII - norma geral - incompatibilidade do disposto na Lei 10544/88, art. 64, X - aprovado o ato determinativo de despesa

Exmo. Sr. Consº Relator

Versa o presente sobre o contrato celebrado com dispensa de licitação entre a Secretaria Municipal da Família e Bem Estar Social e a Companhia Nacional de Abastecimento - CONAB, visando à aquisição de cestas básicas.

Aud I, após solicitar esclarecimentos complementares, que foram prestados pela origem, considerou regular a contratação efetivada (fls. 33/34 e 44). Posteriormente, por determinação do Gabinete do Conselheiro Relator da época, promoveu pesquisa de preços para verificar a compatibilidade do preço contratado com os de mercado, elaborando quadro, no qual o preço contratual constou abaixo do preço médio pesquisado (fls. 49).

A ATJ, entendendo caracterizada a compatibilidade dos preços contratados com os do mercado, reputou regular o procedimento examinado (fls. 52/53).

Desse entendimento discordou a Sra. Assessora Subchefe daquela Assessoria, esclarecendo que o fazia para manter coerência com pronunciamentos anteriores em processos contendo matéria análoga. Sustentou, assim, que a origem estava obrigada a obedecer a legislação municipal sobre licitações (artigo 64, X, da Lei 10.544/88), que estabelece a possibilidade de contratação direta de entidades de direito público interno, ou paraestatais, ou submetidas a seu controle majoritário, desde que inexistentes pessoas privadas que pudessem fornecer os mesmos bens ou serviços, caso contrário seria obrigatória a licitação. Argumentando não ser a CONAB a única a dispor dos bens pretendidos e ser inconstitucional o dispositivo da Lei Federal adotado pela origem (artigo 24, VIII, da Lei Federal 8.666/93) opinou pela irregularidade do ajuste (fls. 54/56).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, manifestando-se em duas oportunidades, opinou pelo acolhimento do ajuste por ter atendido às exigências da lei federal (fls. 47 e 57).

Ante a divergência registrada no âmbito da Assessoria Técnica Jurídica, cumpre perfilhar, fundamentadamente, uma das posições adotadas.

Verifica-se, desde logo, existir incompatibilidade entre os dispositivos legais em confronto, apesar de ambos permitirem a dispensa de licitação no caso de aquisição de bens ou serviços de entidade integrante da Administração Pública.

Em efeito, o artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94, ao exigir que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, pressupõe a existência de outras empresas com disponibilidade do mesmo produto ou serviço.

De seu turno, o artigo 64, inciso X, da Lei Municipal 10.544/88, ao dispor que será obrigatória a licitação, no caso de existirem empresas privadas que possam fornecer os mesmos bens ou serviços, descreve a hipótese de fornecedor único, para admitir a dispensa de licitação.

Assim, não será possível a aplicação concomitante dos dois dispositivos, que não coexistem pacificamente no nosso ordenamento jurídico. Ou o intérprete se orientará no sentido da aplicação de um, ou de outro.

A respeito da redação original do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, cujos termos eram semelhantes aos da lei municipal 10.544/93, assenta Jessé Torres Pereira Júnior:

> "A solução encerrava impropriedade conceitual. Se a licitação só podia ser dispensada quando não houvesse possibilidade de competição entre empresas privadas ou de economia mista, a hipótese seria, em verdade, de inexigilidade de licitação, por opção da lei, e, não, de dispensabilidade. Nesta, a lei reserva à Administração poder discricionário para escolher entre dispensar ou não a licitação. No caso do inciso VIII, tal como originariamente definido, suprimia-se o espaço para escolha: ou não havia empresas privadas em condições de realizar o objeto, daí ser inevitável a contratação direta entre entes públicos; ou existiam tais empresas, e margem não havia para dispensar-se a disputa" (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública - 4ª. ed. Renovar p. 179).

À impropriedade técnica do artigo 64, X, da lei municipal, outra parte da doutrina contrapõe a inconstitucionalidade do artigo 24, VIII, da lei federal em sua atual redação, por afronta aos princípios da isonomia e da probidade (Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos - 4ª. ed. - AIDE, p. 157).

Esse entendimento é, a meu ver, suficientemente rebatido por Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, na análise de dispositivo semelhante da lei federal anterior:

> "Incita à meditação por que teria o legislador privilegiado essas pessoas. Entretanto, a solução não é de difícil destrinça. É bem verdade que, como em relação a outras causas de dispensa, terá de ser solvida a lume dos princípios vetoriais do instituto.
> Se a licitação é procedimento obrigatório no direito brasileiro, mesmo à falta de texto legal expresso, sua dispensa somente poderá ocorrer desde que razões de interesse público prevaleçam. O discrímen estabelecido expressamente na lei, encontra, em nosso entendimento, guarida nos princípios constitucionais.
> As pessoas, objeto do discrímen, não são iguais. Não estão colocadas lado a lado com os demais administrados (...)
> Calha, agora, apenas a assertiva, de que resguardados estarão os princípios da igualdade e da moralidade administrativa.
> Deveras, não se poderá dizer agredido o princípio da igualdade em virtude do discrímen estabelecido. Guarda esta íntima correlação como a finalidade a ser atingida pela norma.
> De seu turno, o princípio de probidade mantém-se integro, vez que não estará a Administração utilizando-se de favoritismos. Estará utilizando pessoa criada exatamente para atingir os cometimentos estatais" (Dispensa de Licitação - Editora RT - 1980, p. 67/68).

A par da excelência dos argumentos utilizados, que conferem ao princípio da isonomia seus exatos contornos, a simples existência dessa posição doutrinária é o suficiente para afastar qualquer eiva de inconstitucionalidade do dispositivo em questão.

Em efeito, já se cristalizou o entendimento, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no sentido de que a inconstitucionalidade há de ser inequívoca e flagrante, para ser declarada.

Em caso de dúvida, ter-se à por constitucional a lei em discussão.

Ante o exposto, entendo constitucional o artigo 24, X, da Lei 8.666/98, em sua redação atual, além de veicular norma geral, de observância obrigatória por Estados e Municípios, afastando, em consequência, a norma da Lei Municipal 10.544/88, com ele incompatível.

Ainda, era o dispositivo federal efetivamente aplicável ao caso vertente, dado que a contratação examinada objetivava a aquisição de bens de empresa pública federal, criada em 1990 e tendo como uma de suas finalidades a de suprir carências

alimentares em áreas desassistidas, podendo, para cumprir seus objetivos, vender gêneros alimentícios e produtos básicos de consumo (Estatuto de fls. 11/13).

Sou, pois, pela regularidade da contratação em análise, propondo o seu acolhimento.

À consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 01 de dezembro de 1998

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do TC nº 72-006.472/97*08, do qual é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, aprovar o ato determinativo da despesa.

Participou do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador da Fazenda RENATO TUFI SALIM.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de fevereiro de 1999.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator