



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

PROCESSO TC-5167/08

Administração Indireta Estadual. Universidade Estadual da Paraíba - UEPB. Dispensa de Licitação. Contratação de pessoa jurídica de direito privado para a realização de concurso vestibular/2009 – Regular com ressalvas. Recomendação.

ACÓRDÃO ACI-TC - 1582 /2010

RELATÓRIO:

Tratam-se os presentes autos da análise da DISPENSA DE LICITAÇÃO n° 04/08, com fundamento legal no art. 24, inciso XIII, da Lei 8666/93¹, realizada pela Universidade Estadual da Paraíba - UEPB, objetivando a prestação de serviços de execução administrativa do Concurso Vestibular-2009, tendo celebrado o Contrato n° 14/08 com a FURNE – Fundação Universitária de Apoio de Ensino, Pesquisa e Extensão.

Considerando que a Divisão de Licitações e Contratos – DILIC, em seu relatório inicial, entendeu irregular o certame em função de várias impropriedades acusadas, e em atenção aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a Reitora da UEPB, Sr^a Marlene Alves Sousa Luna, foi citada nos termos regimentais com vistas à apresentação de justificativas e/ou defesa.

Após junção das peças defensórias pela responsável, a DILIC ratificou seu entendimento irregular acerca da dispensa de licitação em análise, tendo em vista que remanesceram quase todas as irregularidades elencadas no relatório exordial, quais sejam:

- 1. Não há nos autos orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários dos serviços, impossibilitando a comprovação de compatibilidade com os preços praticados no mercado, descumprindo a exigência da Lei 8666/93, no seu art. 26, parágrafo único, inciso III.*
- 2. Não há estimativa de pagamento a ser efetuado ao contratado, inviabilizando a comprovação de existência de recursos orçamentários para a despesa em análise.*
- 3. A remuneração do serviço sem qualquer base em custos operacionais, mas apenas alicerçada no número de inscritos fere a Lei 8.666/93.*
- 4. A fundamentação legal para a realização da dispensa de licitação é o art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, todavia é inaplicável o dispositivo legal, eis que o vestibular não constitui projeto, ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, não sendo possível a contratação direta. A contratação desvirtuou o disposto no artigo 1° da Lei 8.958/94.*
- 5. O contrato foi assinado por autoridade competente, contudo antes da ratificação do ato de dispensa, ou seja, antes da conclusão do procedimento legal de dispensa de procedimento licitatório, em desacordo com a Lei 8.666/93, no seu art. 61.*
- 6. Não há previsão de alteração unilateral do contrato pela administração, contrariando as exigências dos artigos 65, I e II e 77 e seguintes da Lei de Licitações e Contratos;*
- 7. À luz do art. 62 e 63 da Lei 4.320/64 e da alínea 'c' do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93, é vedado o pagamento antecipado de despesas, salvo exceções legais. Assim, a forma de pagamento constante no edital é ilegal, contrariando os dispositivos supramencionados;*
- 8. Não há previsão de rescisão contratual, contrariando ao artigo 55, VII e IX da Lei 8.666/93.*

¹ Art. 24. É dispensável a licitação:

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

9. O Parágrafo Único da Cláusula Quarta do Contrato estabelece a retenção da TPDP – Taxa de Processamento da Despesa Pública, tributo sem esteio na Constituição da República.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Especial emitiu o Parecer nº 1399/10 (fls. 102/107), da lavra da eminente Procuradora Sheyla Barreto Braga de Queiroz, tecendo seus comentários legais acerca das principais eivas identificadas nos autos, para, ao final opinar pela:

- irregularidade da dispensa de licitação homologada pela UEPB, com vistas à contratação de pessoa jurídica de direito privado para a realização de concurso vestibular;
- ilegalidade do Contrato decorrente;
- cominação de multa à Magnífica Reitora da UEPB;
- recomendação no sentido de não incorrer em nenhuma das falhas, omissões e irregularidades levantadas pela DIAFI nestes autos de processo de exame de dispensa de licitação;
- representação ao Ministério Público Comum na pessoa do Senhor Procurador-Geral de Justiça, a quem, por força do disposto no artigo 105, inciso III da Carta Doméstica, cabe interpor ação direta de inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

O Relator determinou o agendamento para a presente sessão, intimando-se a responsável.

VOTO DO RELATOR:

A licitação encerra em si a concretização dos princípios constitucionais explícitos no caput do art 37, da CF/88. O dever de licitar provém dos Princípios máximos da Administração Pública, a saber: Indisponibilidade do Interesse Público e da Supremacia do Interesse Público. É procedimento vinculado, como informa o inciso XXI do referido artigo, apresentando dupla finalidade, tanto é procedimento administrativo tendente a conceder à administração pública condições de contratar com a proposta mais vantajosa, quanto é instrumento da materialização do regime democrático, pois visa, também, facultar a sociedade a oportunidade de participar dos negócios públicos.

Licitar é regra, dispensar ou inexigí-la é exceção, e como tal deve ser interpretada restritivamente, nos exatos termos da norma, in casu, a Lei nº 8.666/93.

Esquadrinhadas linhas prefaciais, começo a discorrer sobre as falhas acusadas pela Auditoria e, ratificadas pelo Ministério Público de Contas.

- Não há nos autos orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários dos serviços, impossibilitando a comprovação de compatibilidade com os preços praticados no mercado, descumprindo a exigência da Lei 8666/93, no seu art. 26, parágrafo único, inciso III;

- Não há estimativa de pagamento a ser efetuado ao contratado, inviabilizando a comprovação de existência de recursos orçamentários para a despesa em análise;

- A remuneração do serviço sem qualquer base em custos operacionais, mas apenas alicerçada no número de inscritos fere a Lei 8.666/93.

Em parte assiste razão à defesa, vez que os custos da operação podem variar ao sabor do número de candidatos inscritos no vestibular, influenciando, conseqüentemente, o valor dos serviços contratados.

Por razoável, contudo, seria de todo possível orçar detalhadamente em planilhas os custos unitários dos serviços, porquanto a experiência histórica de contratações sucessivas com a precitada Fundação, considerando a similitude do objeto, autoriza a estimativa vindicada.

Longe de ser mero formalismo, a explicitação minudente dos custos é imprescindível para garantir os efetivos controles interno e externo. A lição de Ronny Charles Lopes de Torres² ensina: “A existência

² *Leis de Licitações Públicas Comentadas..* Bahia: Editora Jus Podvim, 2008, p. 45.

de planilhas é importante, porque facilita a verificação de eventuais aumentos de custos e seu espectro de incidência em um eventual reajuste”.

A acerca do assunto, o TCU, mediante Acórdão n° 690/2005, Segunda Câmara, proferiu entendimento:

“Somente proceda à licitação de obras ou serviços – ou dê prosseguimento a processos de contratação direta de obras e serviços – quando existir orçamento detalhado em planilhas que expressem todos os custos unitários das obras ou serviços objeto da licitação ou da contratação direta.”

Com base, ainda, nessas assertivas, é imperioso ressaltar que, como afirma a Auditoria, ausente detalhamento estimado da despesa impossível aferir a disponibilidade de recursos orçamentários para a ela se contrapor.

- A fundamentação legal para a realização da dispensa de licitação é o art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, todavia é inaplicável o dispositivo legal, eis que o vestibular não constitui projeto, ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional, não sendo possível a contratação direta. A contratação desvirtuou o disposto no artigo 1° da Lei 8.958/94.

O inciso XIII, da Lei n° 8.666/93, estabelece:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(omissis)

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Da inteligência do preceptivo nuper, a realização de seleção de candidatos para o ingresso em instituição de ensino superior pública, através de vestibular, não se subsume as hipóteses agasalhadas no inciso ora em debate, sendo imprescindível, portanto, a feitura de procedimento licitatório.

Em semelhante sentido, o TCU, por intermédio do Acórdão n° 1388/2006 – Plenário, proferiu o seguinte entendimento:

Dispensa: É vedado contratar, sem licitação, entidades de natureza privada para a realização de concurso vestibular, inclusive fundação de apoio.

No mesmo passo, o Ministério Público de Contas firmou posição, verbo ad verbum:

“Esta previsão legal não abrange ou alcança a contratação para a realização de concurso vestibular, que, aliás, pode ser objeto de licitação regular, dada a quantidade de empresas e entidades especializadas, inclusive na Paraíba. Apenas a título ilustrativo, e como é de popular sabença ser a COPERVE também apta a empreender tal certame, no mínimo, ter-se-iam duas possibilidades de contratação, já oportunizando a realização de um convite, procedimento extremamente simplificado.”

In fine, é bom trazer à baila que a Controladoria Geral do Estado, em parecer opinativo (fls. 06/07), alvitrou, em função do princípio da segurança jurídica – porquanto a prática se fazia recalcitrante e sem contestação do Órgão de Controle Interno – pela “continuidade do feito, ressaltando que contratações futuras baseadas no art. 24, inc. XXI da Lei de Licitações, cujo objeto seja a realização do concurso de vestibular, **devem ser evitadas...**”

Malgrado estar caracterizada a infração normativa, a falha pode ser suavizada, vez que, como se depreende dos autos processuais, em exercícios anteriores existiram idênticas avenças com a FURNE sem que os órgãos de controle externassem posições contrárias, conduzindo a Administração da UEPB a crer na legalidade de seus atos.

- O contrato foi assinado por Autoridade competente, contudo antes da ratificação do ato de dispensa, ou seja, antes da conclusão do procedimento legal de dispensa de procedimento licitatório, em desacordo com a Lei 8.666/93, no seu art. 61;

- Não há previsão de alteração unilateral do contrato pela administração, contrariando as exigências dos artigos 65, I e II e 77 e seguintes da Lei de Licitações e Contratos;

- Não há previsão de rescisão contratual, contrariando ao artigo 55, VII e IX da Lei 8.666/93.

De pronto, ressalte-se que a interessada admitiu as eivas. Mesmo admitindo-se que as impropriedades não repercutiu negativamente, mormente, por não redundarem em prejuízos ao erário, bem como não comprometeram a regular feitura do concurso, é importante frisar que as condutas violam o regramento legal e devem ser evitadas, sob pena de poderem contaminar a lisura dos procedimentos futuros.

- O parágrafo único da cláusula quarta do contrato estabelece a retenção da TPDP – Taxa de Processamento da Despesa Pública, tributo sem esteio na Constituição da República.

A Taxa de Processamento de Despesa Pública (TPDP), instituída pela Lei Estadual nº 7947/2006, é um tributo cujo fato gerador repousa no processamento do pedido de pagamento formalizado pelos credores do Estado em razão de contratos de obras públicas, prestação de serviços, de trabalhos artísticos e/ou fornecimento de máquinas, equipamentos, aparelhos, mobiliários, utensílios e instrumentos.

A cobrança dessa espécie de tributo não encontra amparo na Constituição Federal, tornando-a eivada do vício da inconstitucionalidade. Muito embora a jurisprudência aponte para a possibilidade de deixar de aplicar norma em flagrante conflito com a Carta Maior, é preciso assentar que tal mister cabe aos Chefes dos Poderes Constituídos, sem prejuízo do exame posterior do judiciário. No caso em crivo, não teria a então Reitora, na figura de membro auxiliar do Executivo Estadual, competência/autonomia para deixar de observar dispositivo legal em vigência. Destarte, o fato levantado não contamina o certame.

Ademais, trago à guisa entendimento exarado pelo TJ-PB, que acolheu a arguição incidental de inconstitucionalidade do artigo 3º, §§1º, 2º, 3º e 4º da Lei Estadual nº 7.947/2006:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 3º DA LEI ESTADUAL N.º 7.947/2006. CRIAÇÃO DA TAXA DE PROCESSAMENTO DA DESPESA PÚBLICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS DA LEGALIDADE, PROPORCIONALIDADE E ANTERIORIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. A Constituição é a Lei Fundamental de um Estado Soberano. Nela se estabelecem as premissas básicas de todo o ordenamento normativo vigente no ordenamento jurídico interno, de modo que as normas infraconstitucionais apenas serão válidas se compatíveis com a Magna Carta. A TDPD – Taxa de Processamento da Despesa Pública – tem como fato gerador o processamento do pedido de pagamento formalizado por credores do Estado em razão de contratos de obras públicas, prestação de serviços, de trabalhos artísticos, ou fornecimento de máquinas, equipamentos, aparelhos, mobiliário, utensílios e instrumentos. Dessa forma, não vislumbro qualquer contraprestação individualizada ao contribuinte, quando paga TPDP. O serviço prestado de processamento de pedido de pagamento por credores do Estado é voltado ao próprio ente tributante, pois é este que se beneficia do serviço. Dessa forma, inexistente serviço posto a favor do contribuinte. Além da inexistência de contraprestação de serviço público destinado ao contribuinte, a taxa instituída pelo artigo 3º da Lei n.º 7.947/2006 também viola flagrantemente o princípio da proporcionalidade, visto que tal artigo, em seu §2º, estabelece uma forma absurda de arrecadamento, sem nenhuma proporcionalidade ao custo do serviço prestado. O princípio da legalidade tributária preceitua que, salvo nas hipóteses previstas na própria Lei Maior, somente a lei em sentido formal poderá criar ou majorar tributos. No caso em tela, o referido §3º do artigo 3º da lei estadual em debate prevê a majoração da TPDP por meio de decreto do Governador. O §4º do art. 3º da Lei Estadual n.º 7.947/2006 dispõe que a TPDP deverá ser cobrada sobre os fatos geradores que ocorrem a partir do dia 1º de abril de 2006. Esta lei foi publicada no dia 23 de março do ano de 2006. Portanto, tendo em vista o princípio da anterioridade, consubstanciado no artigo 150, III, “b” e “c”, da

Constituição Federal, a TPDP só poderia ser cobrada a partir de 01 de janeiro de 2007. Vistos, relatados e discutidos estes autos. Acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à unanimidade, acolher a argüição incidental de inconstitucionalidade do artigo 3º, §§1º, 2º, 3º e 4º da Lei Estadual n.º 7.947/2006, para que a questão seja submetida ao Tribunal Pleno desta Corte de Justiça” (Incidente de Inconstitucionalidade no Agravo de Instrumento n.º 200.2008.037123-6/001, 2ª Câmara Cível, Relatora: Desembargadora Maria das Neves do Egito Ferreira, publicado no DJ de 22.02.2010).

Ainda que considerado o aresto do venerável Tribunal de Justiça da Paraíba, não se pode atribuir culpa a Reitora da UEPB pelo recolhimento da inquinada taxa, visto que o entendimento restou sedimentado quase dois anos após a assinatura contratual.

Sem mais delongas, diante do exposto, voto no sentido de:

- I. julgar regular com ressalvas a dispensa de licitação homologada pela UEPB, com vistas à contratação de pessoa jurídica de direito privado para a realização de concurso vestibular, bem como o Contrato nº 14/08 decorrente;*
- II. recomendar à UEPB para não incorrer em nenhuma das falhas, omissões e irregularidades levantadas pela Auditoria nestes autos de processo de exame de dispensa de licitação.*

DECISÃO DA 1ª CÂMARA DO TCE-PB:

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-5167/08, ACORDAM, à unanimidade, os Membros da 1ª CÂMARA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA, na sessão realizada nesta data, em:

- I. julgar regular com ressalvas a dispensa de licitação homologada pela UEPB, com vistas à contratação de pessoa jurídica de direito privado para a realização de concurso vestibular, bem como o Contrato o nº 14/08 decorrente;*
- II. recomendar à UEPB no sentido de não incorrer em nenhuma das falhas, omissões e irregularidades levantadas pela Auditoria nestes autos de processo de exame de dispensa de licitação.*

*Publique-se, registre-se e cumpra-se.
Mini-Plenário Conselheiro Adailton Coelho Costa*

João Pessoa, 07 de outubro de 2010.

*Conselheiro Umberto Silveira Porto
Presidente*

*Conselheiro Fábio Túlio Filgueiras Nogueira
Relator*

Fui presente,

Representante do Ministério Público junto ao TCE