

**PROTOCOLO Nº:** 273240/20  
**ORIGEM:** COMPANHIA DE HABITAÇÃO DE PONTA GROSSA  
**INTERESSADO:** DELOIR JOSÉ SCREMIN JUNIOR  
**ASSUNTO:** CONSULTA  
**PARECER:** 234/20

*Consulta. Contratação direta de empresa fornecedora de plataforma digital para realização de pregão eletrônico com custo zero para a contratante. Lucro do fornecedor proveniente dos valores cobrados pela utilização dos eventuais licitantes. Impossibilidade. Certame obrigatório por envolver custos de terceiros. Observância dos princípios que regem as licitações. Pela expedição de resposta nos termos da Instrução.*

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente da Companhia de habitação de Ponta Grossa - POLAR, mediante a qual questiona esta Corte a sobre a legalidade de contratação direta de empresa fornecedora de plataforma digital para realização de pregão eletrônico com custo zero para a contratante.

A peça vestibular foi instruída com o parecer emitido pela assessoria jurídica local (peça 04), que discorreu que o caso ilustra uma contratação em que possível fornecedor se propõe a disponibilizar de forma gratuita a plataforma digital para realização de licitações, sem qualquer ônus financeiro para o órgão público, sendo que o lucro do fornecedor seria advindo dos valores cobrados pela utilização dos eventuais licitantes, sem esclarecer quais os montantes que seriam cobrados.

Assim, entendeu ser possível a contratação direta com fulcro em permissivo legal fundado no artigo 29, inciso II da Lei 13.303/16, indicando jurisprudência<sup>1</sup> do Tribunal de Contas da União – TCU.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca informou que não encontrou decisões correlatas ao tema (Informação nº 35/20 - peça 08).

A Coordenadoria de Gestão Municipal, por força do Despacho nº 464/20 (peça nº 10), asseverou que, preliminarmente, deveria haver manifestação da Coordenadoria Geral de Fiscalização acerca dos impactos que eventuais alterações promovidas em consequência da resposta da presente poderiam causar nos procedimentos do TCE-PR.

Assim, com fulcro no art. 252-C do Regimento Interno, a CGF, no Despacho 474/20 (peça nº 12), aduziu que, a princípio, não se vislumbram impactos nos sistemas ou fiscalizações desta Corte advindos de decisão no presente

---

<sup>1</sup> Acórdão 325/2007-TCU-Plenário.

expediente, destacando que, caso haja alteração no entendimento jurisprudencial, deve o processo retornar para sua ciência.

Na sequência, a Coordenadoria Gestão Municipal, na Informação nº 562/20 (peça 13), inicialmente discorreu acerca do mandamento constitucional que impõe à administração o dever de contratação de serviços mediante licitação pública, ao passo que a inexigibilidade constitui mera exceção. Nesse sentido, concluiu que é ilegal a contratação direta com dispensa de licitação, tendo em vista o contido no art. 7º, § 2º, inciso II, e § 4º, da Lei 8.666/1993 e o art. 3º, inciso III, da Lei 10.520/2002 e as decisões<sup>2</sup> colacionadas, ressaltando *que não é gratuita a cessão da plataforma pois avulta o carácter sinalagmático e contratual da avença, com repercussões muito sensíveis à Administração Pública e aos interessados que ocorrem aos certames licitatórios.*

Após, vieram os autos à intervenção ministerial.

Presentes os requisitos regimentais de admissibilidade – legitimidade, objetividade dos quesitos, temática sujeita ao controle externo, elaboração de parecer jurídico local e apresentação em tese – a consulta há de ser conhecida.

No mérito, o tratamento jurídico dispensado pelo segmento técnico desta Corte bem aborda os detalhes pertinentes às dúvidas explicitadas pelo consulente, motivo pelo qual este Ministério Público especializado se manifesta em consonância com as razões expostas na Instrução nº 526/20 (peça nº 13), apresentando breve reforço ao posicionamento que se ratifica integralmente.

Nessa toada, a regra constitucional que incide sobre todas as aquisições do Poder Público é de submissão ao procedimento licitatório, sendo exceção a contratação direta, pelo que o enquadramento do caso concreto nas hipóteses dos arts. 24, 25 e 26 da Lei 8.666/93 tem de ser plenamente motivado e cabalmente documentado, devendo o respectivo processo reunir todas provas que demonstrem a adequação da medida e permitam reconhecer a inadequação do instrumento com forma de satisfação do interesse público.

Assim, a contratação de serviços, obras, compras pela Administração Pública devem ser precedida de licitação, ressalvados os casos especificados na legislação, art. 37, XXI, CF, ao passo que a opção de dispensa ou inexigibilidade de licitação há de ser feita com cautela e observância das regras e princípios a que se sujeitam a Administração Pública, sob pena de contratações inadequadas ao interesse público.

Dando seguimento, a obrigatoriedade de licitação como regra deve ser observada também pelas Empresas Estatais, sendo possível, contudo, o seu afastamento nas hipóteses excepcionais de dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade de licitação trazidas pela Lei das Estatais em seus artigos 28, 29 e 30, conforme se verifica de artigo da Professora Raquel Carvalho, referenciando jurisprudência recente do TCU<sup>3</sup>, vejamos:

---

<sup>2</sup> Acórdãos nºs 2055/2013 – Pleno e 2055/2103 – Pleno, ambos do TCU.

<sup>3</sup> Acórdão nº 3.533, 1ª Câmara do TCU, rel. Min. Bruno Dantas, julgamento em 30.04.2019.

“Cumpra destacar, também, que os marcos conceituais do Estatuto Licitatório de 1993 vêm sendo observado na legislação superveniente, como, p. ex., o conceito de inexigibilidade preservado no “caput” do artigo 30 da Nova Lei das Estatais e a noção de licitação dispensável mantida no artigo 29 da mesma Lei Federal nº 13.330/16.

(...)

Mesmo novos diplomas legais, já sob influência de um marco flexibilizador do procedimento que antecede os contratos, fixam a obrigatoriedade da licitação como regra, sendo nesse sentido o preceito do artigo 28, “caput” da Nova Lei das Estatais. Atentando ao presente contexto, as recomendações das Cortes de Contas têm sido para os entes federativos e entidades administrativas, quando da análise da pertinência da contratação direta por qualquer das suas espécies, realizarem “planejamento de suas contratações a partir de dados históricos e de estimativas futuras, de modo a permitir a realização de devido procedimento licitatório, na modalidade adequada, com vistas à contratação de serviços, obras e aquisições, evitando o fracionamento das despesas e fuga à licitação, em cumprimento ao art. 37, XXI, da Constituição Federal”. O objetivo é evitar a inobservância das regras dispostas no ordenamento e que fixam pressupostos específicos a serem atendidos para que se possa excepcionalmente firmar o vínculo direto com o particular, sem passar por uma das modalidades licitatórias da legislação vigente<sup>4</sup>.

Nesse contexto normativo, a Lei nº 13.303/2016 adota regime de licitações dispensáveis semelhante ao da Lei nº 8.666/1993 e, por essa razão, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais mostram-se aplicáveis, no que couber, às situações enfrentadas no âmbito da Lei das Estatais, salvo nas hipóteses em que a nova redação apresenta elemento diferenciador.

Impõe-se, pois, a regra geral da licitação nas contratações das empresas estatais, salvo nas contratações em que for especificamente demonstrada a existência de obstáculos negociais ao desempenho de suas atividades finalísticas.

Nesse diapasão, para que para que a administração selecione a proposta mais conveniente ela deve se utilizar de todos os meios legais para tanto, diversificando as fontes de informação, a fim de chegar ao valor de baliza para a sua contratação, quer seja por licitação ou de forma direta, devendo ficar demonstrado também que o preço cobrado é compatível com o praticado pelo mercado.

Ademais, como bem apontado pela unidade técnica, com relação a obras e serviços, o legislador enfatizou que somente poderão ser licitados quando “*existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários*” (art. 7º, § 2º, II, da Lei n. 8.666/93).

A elaboração de planilha detalhada com a indicação da composição dos custos unitários relacionados a cada obra ou serviço contratado, portanto, é exigência imposta pela legislação sem qualquer condicionante ou relativização. Inclusive o dispositivo impõe, na sequência, que a inobservância da regra acarretará

---

<sup>4</sup> Disponível em: [http://raquelcarvalho.com.br/2019/07/02/contratacao-direta-nao-erre-no-basico/#\\_ftn5](http://raquelcarvalho.com.br/2019/07/02/contratacao-direta-nao-erre-no-basico/#_ftn5). Acesso em 30/10/2020 às 14h46.

*“a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa”* (art. 7º, §6º, da Lei nº 8.666/93).

Por seu turno, a Lei n. 10.520/02 não trouxe previsão semelhante para o pregão, tratando apenas da obrigatoriedade de constar nos autos do procedimento *“o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados”* (art. 3º, III).

Importante salientar que a identificação e apresentação expressa dos custos unitários dos serviços que serão adquiridos é fundamental para que se possa dimensionar com maior precisão, ainda que de maneira estimada, todos os componentes que integram o objeto licitado e os requisitos adotados pelo gestor para a formação de seu preço. Sem tais parâmetros, ademais, seria impossível identificar a vantajosidade da contratação.

Avançando sobre o tema, à luz do mandamento constitucional consignado no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988 é dever da administração a contratação de serviços mediante licitação pública que assegure igualdade de condições a todos concorrentes, trata-se de exigência vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Desse modo, a enumeração dos princípios da licitação previstos no art. 3º<sup>5</sup> da Lei nº 8666/93 está diretamente relacionada ao disposto no art. 37 da CF/88, devendo-se considerar os princípios conjuntamente, de modo que a aplicação de um não produza a ineficácia de outro. Ainda, de acordo com o art. 3º da referida lei, a licitação está destinada a garantir a observância do princípio da isonomia e, ao mesmo tempo, obter a proposta mais vantajosa, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>6</sup>:

*“A licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares”*

Nessa linha, verifica-se a importância do princípio da competitividade, que veda cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustram o caráter competitivo da licitação, o qual apenas poderá sofrer restrições amparadas em razões técnicas e econômicas que a legitimem, bem como que não agridam os princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública.

---

<sup>5</sup> Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

<sup>6</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. Malheiros: São Paulo, 2006.

Assim sendo, qualquer situação que favoreça, limite, exclua, prejudique ou de qualquer modo fira a impessoalidade exigida do gestor público poderá recair sobre a questão da restrição de competição. Conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União<sup>7</sup>, não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que a licitação se destina a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, como também a observância do princípio constitucional da isonomia.

Nesse mesmo sentido, manifesta-se o doutrinador Marçal Justen Filho<sup>8</sup>:

A licitação é um procedimento orientado a fixar critérios objetivos para disciplinar a competição entre os interessados na contratação pública, eliminando a seleção fundada em preferências arbitrárias ou em critérios subjetivos. O tratamento isonômico visa assegurar a escolha da proposta mais adequada, dotada de maior vantajosidade. O que não se admite é a fixação de regras discriminatórias que impeçam a seleção da proposta dotada de maior vantajosidade.

De outra parte, com relação ao suposto “custo zero” da avença, percebe-se que o lucro do fornecedor seria advindo dos valores cobrados pela utilização da plataforma digital pelos eventuais licitantes, em nome da administração, afastando o alegado caráter de gratuidade que motivaria a dispensa de licitação em razão do valor.

Em linhas gerais, em se tratando de administração pública, a proposta mais vantajosa deve atender ao binômio menor onerosidade e melhor qualidade. Assim sendo, como acertadamente ponderou a unidade técnica, a economicidade não vige apenas para a Administração Pública, mas no aspecto de que deve zelar para que terceiros não sejam exauridos de forma injusta e se acarrete, em consequência, o enriquecimento sem causa, que é vedado pelo Código Civil em seu art. 884.

Por outro lado, a gratuidade ou custo zero não sugere o respaldo no artigo 24, inciso II, ou nas as hipóteses de dispensa de licitação arroladas no artigo 24 da Lei 8666/96, que são taxativas não sugerindo a interpretação extensiva. Por iguais razões, não se vislumbra permissivo legal fundado no artigo 29, inciso II da Lei 13.303/16 como sustentou o parecer jurídico da consultante, pois os marcos conceituais gerais da Lei das Licitações foram observados na Lei Federal nº 13.330/16 no que tange aos conceitos de inexigibilidade licitação dispensável.

Destarte, pode-se inferir que a contratação dos serviços na forma pretendida seria potencialmente nociva à própria ideia de isonomia, já que a regra geral sugere a realização de procedimento licitatório, garantido o princípio da

---

<sup>7</sup> Acórdão 1631/2007 Plenário.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª edição, 2014.

igualdade em oportunidade em ser contratado pelo Poder Público, devendo a dispensa de licitação ser utilizada como exceção à regra.

Pondera-se, outrossim, que a inexistência de pagamento por parte da administração não afasta a possibilidade de aferição de vantagens e benefícios de diversas ordens para a contratada, tais como prestígio social, político, e até em caráter promocional da empresa, sugerindo que o lucro indireto transcende à cobrança de terceiros, de modo que a contratação direta em tais condições daria margem para o favorecimento de determinadas empresas de forma absolutamente discricionária.

Nessa lógica, se existem várias interessadas que atuam no mercado e que oferecem produtos ou serviços compatíveis com o pretendido pela administração e que estejam aptas a executar o objeto da licitação, a contratação direta deve ser afastada, em observância aos princípios da igualdade de tratamento e de acesso livre à competição, como forma de garantir a seleção da melhor e mais qualificada das propostas.

Portanto, pode-se inferir que eventual disponibilização de plataforma digital sem ônus financeiro para contratante mostra-se nociva à garantia dos princípios da administração pública contemplados no artigo 37 da Constituição Federal, ainda que de forma indireta, tendo em vista a inequívoca violação à exigência da contratação mediante o devido processo licitatório, consoante orienta o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Diante do exposto, este Ministério Público de Contas **endossa a linha argumentativa empreendida pela unidade técnica e conclui pelo oferecimento da resposta nos termos propostos pela CGM.**

Curitiba, 16 de novembro de 2020.

Assinatura Digital

**VALÉRIA BORBA**  
**Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas**