

CONSÓRCIOS DISPENSA DE LICITAÇÃO – LIMITES

PROCESSO Nº : 153864/19
ASSUNTO : CONSULTA
ENTIDADE : CONSORCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE DO LITORAL DO PARANA
INTERESSADO : MARCELO ELIAS ROQUE
RELATOR : CONSELHEIRO JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

ACÓRDÃO Nº 1283/20 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA; Consulta. Dispensa de licitação em razão do valor. Limite aplicável aos consórcios. Interpretação restritiva. Impossibilidade de aplicação conjugada dos artigos 24, §1º e 23, §8º da Lei nº 8.666/93 para fixação da base de cálculo.

1 DO RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pelo Presidente do Consórcio Intermunicipal de Saúde do Litoral do Paraná – CISLIPA, Sr. Marcelo Elias Roque, na qual formula o seguinte questionamento:

Nos casos de Dispensa de Licitação nos termos do art. 24, II da Lei 8.666/93, qual o limite deve ser imposto aos consórcios:

- a) Aplicação do art. 24, II (alíquota de 10%), sobre o art. 23 §8º (parâmetros diferenciados para fins de licitação);
- b) Aplicação do art. 24 §1º, ou seja, alíquota de 20% sobre os parâmetros estabelecidos no art. 23, II, alínea a (sem a aplicação do §8º do art. 23);
- c) Aplicação de ambos dispositivos, ou seja, art. 24 §1º e o previsto no art. 23 §8º, ou seja 20% sobre o valor constante no art. 23, II, alínea a, multiplicado por 03, visto que o CISLIPA é formado por sete municípios.

O requerimento encontra-se instruído com parecer jurídico sobre o tema, cujo opinativo foi pela aplicação da hipótese indicada na alínea “c” acima.

De início, especificamente quanto à hipótese de dispensa prevista no artigo 24, II¹, da Lei nº 8.666/93, a procuradoria asseverou que a base de cálculo para a aplicação do percentual de 10% nele prevista depende dos limites impostos às modalidades licitatórias, considerando que há menção expressa ao dispositivo legal

1 Art. 24. É dispensável a licitação:
[...]

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

que trata da limitação aplicável à modalidade CONVITE (art. 23, II, “a”, cujo valor, a propósito, foi atualizado pelo Decreto nº 9.412/18).

Consignou, porém, que a legislação estabeleceu um limite diferenciado aos consórcios (e a outras entidades específicas), uma vez que o §1º² do mesmo artigo 24 lhes confere um percentual majorado de 20%, ao invés daquele de 10% previsto para a Administração Pública em geral.

Além disso, entendeu que a base de cálculo para fins de aplicação do referido percentual também é diferenciada, considerando que o artigo 23, §8º³ da Lei Geral de Licitações estabelece que, no caso de consórcios públicos, os valores utilizados para determinação das modalidades licitatórias serão dobrados ou triplicados, a depender do número de entidades que o integrem.

Diante de tal raciocínio, concluiu que “o limite de valor para dispensa de licitação, nos termos do art. 24, II, da Lei n.º 8.666/1993 (serviços que não de engenharia e compras), para os Consórcios Públicos é de R\$ 105.600,00 (cento e cinco mil e seiscentos reais)”, que corresponde à aplicação do percentual de 20% previsto no §1º do artigo 24, sobre o valor estabelecido no inciso II do artigo 23 (atualizado pelo Decreto nº 9.412/18) triplicado, considerando o seu § 8º.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca, através da Informação nº 20/19-SJB (peça 8), comunicou que não foram localizadas decisões sobre o tema.

A Coordenadoria-Geral de Fiscalização, em Despacho nº 411/19-CGF (peça 10), informa que “não se vislumbram impactos nos sistemas ou fiscalizações desta Corte advindos de Decisão do presente expediente”, sendo possível a sua regular tramitação.

Submetido o feito à análise técnica, concluiu-se pela impossibilidade de aplicação conjugada dos artigos 23, §8º e 24, §1º da Lei nº 8.666/93 para fins de enquadramento na hipótese de dispensa de licitação em razão do valor (Instrução nº 214/20-CGM, peça 11).

Destacou que a Administração em geral está dispensada do dever de licitar quando se tratar de contratação cujo valor não ultrapasse 10% do limite estabelecido para a modalidade convite. Já em relação aos consórcios, como o próprio artigo 24, em seu §1º, estabelece que será aplicado o percentual de 20% para fins de dispensa em razão do valor, não haveria dúvida sobre a sua aplicabilidade a tais entidades.

2 § 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

3 Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: [...]

§ 8º No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.

Restringiu a controvérsia, portanto, à base de cálculo do referido percentual: o valor previsto no inciso II do artigo 23 ou o valor majorado decorrente da aplicação do artigo 23, §8º.

Para a Coordenadoria instrutiva, deve ser realizada a “interpretação que confere menor amplitude à norma já que as hipóteses de dispensa de licitação deveriam ser analisadas restritivamente, justamente por se tratar de um procedimento de exceção”.

Apresentou entendimento doutrinário e jurisprudencial para corroborar seu posicionamento, concluindo, ao final, que “o limite que deve ser imposto aos consórcios públicos, considerando os limites de valores para a dispensa de licitação de compras e serviços, estabelecidos no art. 24, II da Lei nº 8.666/1993, corresponde a 20% dos limites dispostos no art. 23, inciso II, alínea ‘a’, já que o art. 24, §1º da mesma lei, destina-se exclusivamente àqueles entes públicos”.

No mesmo sentido foi o opinativo ministerial (Parecer nº 38/20-PGC, peça 12). É o relatório.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Preliminarmente, ratifico o juízo de admissibilidade feito por meio do Despacho nº 261/19-GCDA (peça 6), uma vez que presentes os requisitos estabelecidos nos artigos 38 e 39 da Lei Complementar Estadual nº 113/05.

Quanto ao mérito, tendo a acompanhar os opinativos exarados pelas unidades desta Casa.

De início, vale mencionar que a matéria deve ser examinada à luz dos princípios que norteiam a Administração Pública, dentre os quais cito especialmente o da legalidade.

Valho-me, aqui, da reflexão apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

Michel Stassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido é a observação de Alessi, ao averbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. Afonso Rodrigues Queiró afirma que a Administração “é a *longa manus* do legislador” e que “a atividade administrativa é atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”.

4 Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros Editores, 2019, p. 104.

A função administrativa está adstrita, portanto, ao que está previsto em lei, e não é à toa que pode ser entendida como função executiva, responsável precipuamente por dar concretude aos comandos legais – e não por inovar no mundo jurídico.

Partindo-se de tais pressupostos é que deve ser interpretado o regramento legislativo afeto ao tema, ou seja, as hipóteses de dispensa em razão do valor, as quais estão previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, em seus incisos I e II.

Esclareço, por oportuno, que embora o questionamento apresentado pelo consulente se refira apenas à interpretação do inciso II, atinente a contratações em geral, a análise será feita também em relação ao inciso I, relacionado a obras e serviços de engenharia, visto que ambos tratam de dispensa em razão do valor, diferenciando-se apenas quanto ao objeto contratado, fazendo-se necessário dar entendimento similar às duas hipóteses, as quais seguem abaixo transcritas:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Mais adiante, em seu §1º, o mesmo artigo confere um tratamento diferenciado a determinados entes, assim dispondo:

§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

Este último dispositivo, aplicável aos consórcios independentemente de qualquer qualificação – vez que tal condição é exigível apenas em relação às autarquias e fundações – estabelece que para as entidades nele referenciadas o percentual para fins de dispensa de licitação em razão do valor será de 20%, em substituição aos percentuais de 10% referidos nos incisos I e II.

Os consórcios foram beneficiados, então, através da majoração do referido percentual, inexistindo qualquer referência às respectivas bases de cálculo para fins de dispensa de licitação, aplicando-se, portanto, aquelas estabelecidas nos já mencionados incisos I e II do artigo 24, que determinam que a dispensa em razão do valor será calculada com base no artigo 23, inciso I, alínea "a", para obras e serviços de engenharia, e inciso II, alínea "a", para outros serviços e compras.

Ora, se fosse da vontade do legislador a utilização de base de cálculo majorada, assim o teria feito, mas, de forma diversa, optou por ampliar o percentual incidente sobre a base fixada para os entes em geral.

Veja-se que não se está diante de omissão legislativa hábil a justificar qualquer ingerência ou desvirtuamento do comando legal aplicável à espécie, vez que este é claro ao estabelecer sobre qual montante deve ser aplicado o percentual de 20% para fins de dispensa em razão do valor.

A mera irresignação com o texto legal não autoriza a alteração do seu conteúdo por quem não detém competência para tanto, ainda que sob pretexto de conferir-lhe melhor “interpretação”. A modificação de um comando estabelecido em lei (que, por óbvio, não esteja eivado de vícios que maculem o seu conteúdo e que possam despi-lo de legalidade) é atribuição afeta à função legislativa, cabendo àquele que está no exercício da função administrativa apenas a sua execução.

Some-se a isso o acertado raciocínio empregado pela Coordenadoria de Gestão Municipal no sentido de que as hipóteses de inexigibilidade e dispensa devem ser interpretadas de maneira restritiva, uma vez que configuram *exceção* à regra geral do dever de licitar.

Também é digno de nota o bem lançado Parecer Ministerial nº 38/20-PGC (peça 12):

Veja-se que os incisos I e II acima colacionados fazem referência expressa ao art. 23, I, “a” e art. 23, II, “a”, respectivamente, ambos da Lei nº 8.666/93. Portanto, são os valores fixados expressamente em tais dispositivos, atualizados pelo Decreto nº 9.412/2018, que deverão ser adotados como base de cálculo para a fixação dos limites de valores para a dispensa de licitação promovida por consórcio público.

Se o legislador pretendesse estabelecer base de cálculo especial para os consórcios públicos, o teria feito expressamente. Para tanto, bastaria ter feito referência ao art. 23, §8º, da Lei nº 8.666/93. No entanto, considerando a remissão direta feita pelo art. 24, incisos I e II, bem como a necessária interpretação restritiva a ser conferida ao dispositivo, a conclusão mais adequada ao sistema jurídico-normativo é a de que a base de cálculo a ser adotada deve ser aquela fixada pelo art. 23, II, “a”.

Arremate-se, nessa esteira, que o art. 23, §8º, da Lei nº 8.666/93 tem incidência restrita à definição dos parâmetros de valores que norteiam a escolha da modalidade de licitação em razão do valor do objeto, inexistindo autorização legislativa à sua utilização extensiva para a identificação da base de cálculo das hipóteses de dispensa de licitação previstas no art. 24, I e II, da mesma Lei.

Com base nas razões acima é que a presente consulta deve ser respondida no sentido de que o limite imposto aos consórcios para fins de dispensa de licitação em razão do valor é aquele obtido a partir da aplicação do percentual de 20%, previsto no §1º do artigo 24 da Lei de Licitações, sobre as bases de cálculo indicadas nos incisos I e II, ou seja, sobre os valores estabelecidos no artigo 23, incisos I e II, ambos em suas alíneas “a” (valores esses que foram atualizados por ocasião do

Decreto nº 9.412/18), não sendo possível a aplicação do §8º do mesmo artigo 23 para fins de majorar tais bases de cálculo, dada a ausência de previsão legal.

Face ao exposto, VOTO no sentido de que o Tribunal Pleno conheça da consulta e responda-a na forma indicada na fundamentação da presente decisão.

Certificado o trânsito em julgado, remetam-se os autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca para as devidas anotações e, em seguida, à Diretoria de Protocolo para o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de CONSULTA, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, por unanimidade, em conhecer da consulta e responder na forma indicada na fundamentação da presente decisão.

Certificado o trânsito em julgado, remeter os autos à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca para as devidas anotações e, em seguida, à Diretoria de Protocolo para o encerramento do processo, nos termos do art. 398, § 1º e art. 168, VII, do Regimento Interno.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL, FABIO DE SOUZA CAMARGO e IVENS ZSCHOERPER LINHARES.

Presente a Procuradora Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, VALERIA BORBA.

Tribunal Pleno, 24 de junho de 2020 – Sessão por Videoconferência nº 16.

JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL

Conselheiro Relator

NESTOR BAPTISTA

Presidente